

INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

TOMO I

JULIO CÉSAR RIVERA

Obra laureada con el Premio
Academia Nacional de Derecho - 1994

TERCERA EDICIÓN ACTUALIZADA



LexisNexis[®]
Abeledo-Perrot

INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

TOMO I

NÓMINA DE COLABORADORES DE ESTE TOMO

ABBIATI, Enrique Luis (Cap. XII).

- Profesor titular de Derecho Civil I - Universidad Nacional de Cuyo.
- Decano de la Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Cuyo.

ARRIBERE, Roberto Luis (Caps. VIII, X y XI).

- Ex profesor adjunto ordinario de Derecho Civil I - Universidad de Buenos Aires.

DI FILIPPO, María Isabel (Cap. XVII).

- Ex profesora adjunta interina de Derecho Civil I y Derecho Civil IV - Universidad de Buenos Aires.
- Secretaria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

IRAOLA, Francisco Javier - LEVERONE, Lucio (Cap. XV).

- Ex ayudantes de docencia de Derecho Civil I - Universidad de Buenos Aires.

LEAL DE IBARRA, Javier (Cap. XIII).

- Profesor adjunto de Derecho Civil I - Universidad de Buenos Aires.
- Juez de la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia.

MEDINA, Graciela (Caps. IX, XIV y XVI).

- Profesora titular de Derecho Civil V - Universidad Argentina de la Empresa.
- Profesora adjunta de Derecho Civil V - Universidad de Buenos Aires.
- Juez de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro.

INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

TOMO I

JULIO CÉSAR RIVERA

Obra laureada con el Premio
Academia Nacional de Derecho - 1994

TERCERA EDICIÓN ACTUALIZADA



LexisNexis®

Abeledo-Perrot

BUENOS AIRES

Rivera, Julio César, Instituciones de derecho civil : parte general. 3° ed.
Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2004.

V. 1, 750 p. ; 23x16 cm.

ISBN 950-20-1588-6

I. Derecho Civil I. Título

CDD 346

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT
LEXISNEXIS ARGENTINA S.A.
Lavalle 1280 - (C1048AAF) - Buenos Aires Argentina
Tel. (54-11) 5235-5430 - info@lexisnexus.com.ar
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-20-1588-6

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2°, 9°, 10, 71, 72, ley 11.723).

IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

Se terminó de imprimir el día 28 de julio de 2004,
en ENCUADERNACIÓN LATINO AMÉRICA S.R.L.,
Zeballos 885, Avellaneda - Pcia. de Buenos Aires, Argentina
Tirada: 1100 ejemplares

ADVERTENCIA

El plan general de esta obra ha sido concebido por el Dr. Rivera, cuyos colaboradores prepararon el material básico de los capítulos que se han indicado. Ese material fue adaptado, coordinado y ampliado por el autor en los casos que correspondía. En los capítulos que no se señalan colaboradores, todo el trabajo ha sido efectuado por el Dr. Rivera.

Como consecuencia de la técnica expositiva adoptada, cuando se expresan puntos de vista o se mencionan anteriores trabajos suyos, el autor no es citado como un tercero.

De modo que las opiniones que se manifiestan en esta obra son del autor, y cuando el colaborador ha expresado una idea distinta, ésta se ha destacado en el texto.

Esta tercera edición ha sido íntegramente revisada y actualizada por el autor.

ABREVIATURAS USADAS MÁS FRECUENTEMENTE

ADC	Anuario de Derecho Civil
BMDC	Boletín Mexicano de Derecho Comparado
CCiv.	Cámara Civil de la Capital Federal
CNCiv.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil
CNCom.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
CNFed.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal
CPN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
CSN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
D	Recueil Dalloz Sirey
D - CH	Recueil Dalloz Sirey section chroniques
D - IR	Recueil Dalloz Sirey section informations rapides
D - J	Recueil Dalloz Sirey section jurisprudence
<i>E.D.</i>	Revista El Derecho
<i>J.A.</i>	Revista de Jurisprudencia Argentina
<i>J.A.D.</i>	Revista de Jurisprudencia Argentina - Doctrina
LC	Ley de Concursos
LCT	Ley de Contrato de Trabajo
<i>L.L.</i>	Revista Jurídica La Ley
<i>L.L. Cdba.</i>	Revista Jurídica La Ley Córdoba
LS	Ley de Sociedades Comerciales
<i>RDCO</i>	Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones
<i>RDP</i>	Revista de Derecho Privado (Madrid)
<i>RGLJ</i>	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
<i>RIDC</i>	Revue Internationale de Droit Comparé
<i>Riv. Dir. Civ.</i>	Rivista di Diritto Civile
<i>RTDC</i>	Revue Trimestrielle de Droit Civil
<i>RTDCE</i>	Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Economique
SCBuenos Aires	Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires
SCMdza.	Suprema Corte de la Provincia de Mendoza
TSCdba.	Tribunal Supremo de la Provincia de Córdoba
Z	Revista Zeus

FORMA DE CITAR

Los números de artículos que no van seguidos de indicación especial corresponden al Código Civil.

Las opiniones doctrinarias se citan en el texto con indicación exclusiva del autor. La obra será la indicada en la bibliografía especial del tema o en la bibliografía general de la obra.

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN AL DERECHO CIVIL
FUENTES DEL DERECHO CIVIL
LA RELACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO I
**CONCEPTO, EVOLUCIÓN Y FUNCIÓN ACTUAL
DEL DERECHO CIVIL**

I. DERECHO CIVIL *

1. *DISTINCIÓN ENTRE DERECHO PRIVADO
Y DERECHO PÚBLICO*

Una obra clásica, la de Enneccerus, comienza con la afirmación indiscutida de que “el Derecho civil es derecho privado”; por lo tanto, antes de ingresar a definir el Derecho civil, parece preciso efectuar algunas consideraciones acerca de las nociones de derecho privado y de derecho público que constituyen los dos grandes sectores en los cuales se divide el derecho positivo, entendido éste como el conjunto de normas jurídicas que rigen en un Estado en un momento determinado.

Es preciso señalar que la división entre derecho público y privado no es esencial, lo que se advierte con sólo tener en cuenta que es una distinción que el sistema jurídico anglosajón no conoce. Entre nosotros, por herencia de la tradición jurídica del continente europeo, ha subsistido la dicotomía derecho público y derecho privado, y se han formulado —tanto en la doctrina europea como en la nacional— numerosos criterios tendientes a precisar los límites y contenidos de ambas categorías; pese a lo cual los autores coinciden en señalar que ninguna de las explicaciones vertidas ha sido totalmente satisfactoria, por lo que hay que conformarse con razones meramente aproximativas (Puig Brutau, Larenz, Santos Briz).

a) Tesis que distingue según la fuente creadora:

Una primera doctrina, cabe advertir que ya superada, en seguimiento de los antecedentes romanos, considera al derecho público como el establecido en forma imperativa por el Estado, y al derecho privado como el creado por los particulares en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.

* Cada capítulo comenzará con la bibliografía general sobre el tema que trata. En éste lo omitiremos pues virtualmente coincide con la bibliografía general de la obra.

Esta doctrina resulta errónea en tanto y en cuanto se advierte con plena claridad que aun en el ámbito del derecho privado existen numerosas normas imperativas o inderogables, tanto en materia de derecho de las personas individuales o jurídicas, cuanto en el derecho de familia y aun en el derecho estrictamente patrimonial, pues las reglas de los derechos reales son, por lo general, inderogables, y existen normas de ese carácter —aunque excepcionales— en el ámbito del derecho de las obligaciones.

b) Tesis que distingue según el interés protegido:

Una segunda opinión se ha fundado en el interés protegido, siguiendo también algunos textos romanos; sobre la base de ellos se entiende que el derecho público estaría destinado a la protección del interés general, y el derecho privado a la tutela de los intereses de los particulares. Bien se ha señalado que el derecho privado, aunque más no fuere mediamente, también protege un interés general.

c) Tesis que distingue según la naturaleza del sujeto:

Un tercer criterio ha sido el de distinguir según la naturaleza del sujeto que integra la relación jurídica. Cuando ese sujeto es el Estado u otra persona jurídica pública (el municipio, la provincia, etc.) la relación jurídica es parte del derecho público; cuando intervienen los particulares, la relación jurídica quedaría subsumida en reglas del derecho privado. Sin embargo, bien se advierte que en numerosas oportunidades el Estado actúa como sujeto de relaciones jurídico-privadas; tal, cuando arrienda un inmueble para que funcione en él una escuela.

d) Tesis que distingue según la posición de las partes en la relación jurídica:

Por ello el criterio que ha obtenido mayor preponderancia en la doctrina de los últimos años ha sido el de diferenciar el derecho público y el derecho privado según que la relación jurídica de que se trate presente caracteres de subordinación o de coordinación entre los sujetos. Así suele leerse que es derecho 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 derecho privado, las relaciones jurídicas quedan siempre establecidas sobre la base de la coordinación o igualdad de los sujetos.

Distinguidos autores argentinos, como Borda y Llambías, han sostenido que esta tesis es insuficiente por cuanto en las relaciones que se establecen en el ámbito del derecho público existen supuestos de coordinación e igualdad. Así, por ejemplo, en las relaciones entre municipios o entre provincias, y aun entre Estados diversos; y en el ámbito del dere-

cho privado, existen también relaciones de subordinación, como se dan a veces en el Derecho de familia y aun en el derecho de las asociaciones civiles.

Sin embargo, Larenz explica que este criterio de distinción es el más aproximado, pudiendo afirmarse que en el derecho privado predomina la coordinación y en el público la supraordenación y subordinación.

2. LAS RAMAS DEL DERECHO PÚBLICO

a) Derecho Constitucional ¹:

La rama troncal del derecho público es el Derecho constitucional, puesto que la Constitución es el fundamento de todo el ordenamiento jurídico. Estudia, por lo tanto, la organización de los poderes del Estado y los derechos y deberes fundamentales del individuo frente al Estado y en relación con los otros individuos.

El Derecho constitucional impregna todo el derecho positivo por lo que su influencia se extiende también a las reglas de derecho privado, entre ellas las del Derecho civil. En nuestra Constitución aparecen reconocidos los derechos y garantías individuales que en el ámbito civil merecen tutela particular; así, el derecho a la intimidad (art. 19), del cual son manifestaciones la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia y papeles privados (art. 18). También la igualdad, principio básico del sistema jurídico, reconocido en la Constitución (art. 16), se transfiere al Derecho civil, que lo recoge en la igualdad sucesoria, en la equivalencia de capacidad jurídica entre el hombre y la mujer, y en la inexistencia de distinciones —en punto a la capacidad— entre los ciudadanos y no ciudadanos, nacionales y extranjeros (artículo 53 del Cód. Civ.: el art. 20 de la Constitución garantiza a los extranjeros los mismos derechos que a los ciudadanos). Finalmente, el rango constitucional acordado al derecho de propiedad se extiende al ámbito del Derecho civil que lo tutela como derecho inviolable de los habitantes de la Nación.

Con la reforma de 1994, se han incorporado a la Constitución Nacional otras previsiones que tocan materias de derecho privado; así:

- la protección del consumidor (art. 42 CN);
- el denominado *habeas data* que, con la finalidad de tutelar la intimidad y otros derechos de la personalidad, autoriza a toda persona a ejercer la acción de amparo para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos (art. 43, tercer párrafo CN);

¹ Bibliografía especial: LUCHAIRE, François, "Les fondements constitutionnels du Droit civil", RTCD 1982-245; PERLINGIERI, Piero, "Por un Derecho civil constitucional español", ADC 1983-1; ARCE y PÉREZ VALDÉS, *El Derecho civil constitucional*, Madrid, 1986.

— la acción de reparación del daño ambiental (art. 41, primer párrafo CN);

— otras numerosas materias de derecho privado aparecen en los tratados a los cuales la Constitución reformada reconoce jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN) (v. *infra*, n° 87).

*b) El Derecho civil constitucional*²:

La circunstancia de que algunas materias del derecho privado —y concretamente del Derecho civil— estuviesen ya en la Constitución, y otras hayan aparecido con motivo de la reforma de 1994, ha dado lugar a que la doctrina analice lo que se ha dado en llamar el Derecho civil constitucional, lo cual ha puesto a la luz numerosas cuestiones, muchas de ellas de difícil solución. A ellas les dedicamos los breves párrafos que siguen.

El primer punto es determinar si las disposiciones de la Constitución que tratan materias de Derecho civil o comercial, son normas de derecho público o de derecho privado; en otras palabras, hay un Derecho civil constitucional o un Derecho constitucional civil (Mathieu). Señalamos que la doctrina se inclina decididamente por sostener que las normas son de derecho privado, aunque su continente sea la Constitución (Arce y Flores Valdés, De los Mozos), afirmándose que la Constitución no pretende sustituir el ordenamiento jurídico privado, sino antes bien confirmarlo en cuanto totalidad y en sus fundamentos decisivos (Larenz).

El segundo punto es la determinación de la eficacia que tienen las normas de derecho privado incorporadas a la Constitución. Así se suele decir que esas normas tienen:

— Eficacia directa, lo que significa que el sujeto que demanda la tutela jurisdiccional de una garantía o derecho constitucionalmente establecido, puede hacerlo invocando la norma constitucional si no hubiere norma legal que desarrolle la garantía o derecho de que se trate.

— Eficacia derogatoria, de modo que las normas civiles constitucionales derogan cualquier disposición legal que se contradiga con ellas; a título de ejemplo, podemos señalar que el artículo 165 del Código Civil dispone: *Este Código no reconoce esponsales de futuro. No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio.* Sobre la base de este artículo se ha resuelto en algún caso que, si bien no hay acción para exigir que se celebre el matrimonio, la ruptura de la promesa puede dar

² Bibliografía especial: RIVERA, Julio C., "El derecho privado constitucional", *RDPyC* n° 7, pág. 27; MATHIEU, Bertrand, "Droit constitutionnel et Droit civil", *RTDC* 1994-559; ATIAS, Christian, "La civilisation du Droit constitutionnel", *Rev. Française de Droit Constitutionnel* 1991-435; CHEROT, Jean-Yves, "Les rapports du Droit constitutionnel", *Rev. Française de Droit Constitutionnel* 1991-439; FRANGI, Marc, *L'apport du Droit constitutionnel aux droits de personnes et aux droits économiques individuels. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation du droit civil*, Aix en Provence, 1990; PERLINGIERI, Pietro, *Il Diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991.

lugar a la indemnización de daños y perjuicios. Esta interpretación es inadmisibile desde que la Constitución reformada incorpora la Convención sobre Eliminación de toda Forma de Discriminación de la Mujer, que en su artículo 16, inciso 2º dispone que los esponsales *no tendrán ningún efecto jurídico*, con lo cual tampoco pueden dar lugar a una indemnización de daños.

— Eficacia invalidatoria, la disposición de jerarquía legal que se oponga a una norma constitucional es inválida, y por ello puede ser declarada inconstitucional por los jueces.

— Eficacia interpretativa, quien interpreta la ley para aplicarla, debe hacerlo de manera que ella resulte conforme a la norma constitucional; en otras palabras, la norma constitucional dirige la interpretación de todos los textos comprendidos en la materia a que ella se refiere (Luchaire).

El tema de la interpretación de las normas civiles constitucionalizadas no es simple, pues cabe tener en consideración que el Derecho civil tiene un contenido dado por la tradición jurídica, la doctrina y la jurisprudencia; de donde en principio el intérprete se guía por esos contenidos propios del Derecho civil, por los métodos de interpretación que son también propios del Derecho civil, y sólo debe verificar que el resultado de su interpretación no sea contrario a la Constitución.

De todos modos la cuestión no es simple en la práctica y de hecho se plantean conflictos. En nuestro Derecho es una materia particularmente compleja la de la responsabilidad civil de la prensa por violación del honor o la intimidad de las personas. La Constitución protege la libertad de prensa y también la intimidad y el honor (la dignidad de las personas). Para resolver los conflictos que se crean entre esos derechos constitucionalmente reconocidos, la Corte Suprema ha recurrido en algunas oportunidades a la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos, sin tener en consideración que el sistema de responsabilidad civil de ese país es sustancialmente distinto del que rige en la Argentina (v. *infra*, nº 1101 y sigs.). Y este conflicto puede plantearse en muchas otras materias, pues cabe recordar que mientras nuestro derecho privado es de origen romano-germánico, la Constitución de 1853 tiene su fuente primordial en la Constitución de los Estados Unidos. Desde nuestro punto de vista, no ha de perderse de vista que las normas de derecho privado incorporadas a la Constitución no dejan de ser de derecho privado, y éste debe ser interpretado conforme a sus principios so riesgo de ser desnaturalizado.

c) Derecho administrativo ³:

El derecho administrativo es el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder: la adminis-

³ Bibliografía especial: DROMI, Roberto J., *Derecho administrativo*, 3ª. ed., Buenos Aires, 1994.

trativa; por ello se lo define como el régimen jurídico de la función administrativa y trata del circuito jurídico del obrar administrativo (Dromi).

Antiguamente se entendía que las relaciones entre el derecho administrativo y el civil eran escasas, y que los aspectos no regulados por leyes administrativas eran materia del derecho privado general. Sin embargo, hoy se advierte que numerosas instituciones pueden estar reguladas por ambos derechos, así como que ciertas instituciones propias del Derecho civil pueden verse modificadas cuando se establece una relación jurídica propia del derecho administrativo.

Así, entre las que Dromi enumera con prolijidad, destacamos:

— la capacidad de las personas, si bien por regla general se regula por el Derecho civil, se modifica en algunos aspectos del derecho administrativo por imperio de leyes especiales;

— la autorización para el funcionamiento de personas jurídicas, que el Código Civil defiere a la ley o al Poder Ejecutivo (art. 45), y que se halla reglamentada por leyes especiales;

— el dominio público y privado de los bienes (arts. 2340 a 2343), la determinación de la condición jurídica de tales bienes corresponde al Derecho civil, pero la forma de afectación de estos bienes, el uso directo o indirecto de la comunidad, es materia del Derecho administrativo;

— la expropiación, está prevista en el Código Civil (arts. 2511 y 2512), pero sus requisitos básicos están en la Constitución (art. 17 CN) y ha sido regulada por leyes locales (entre ellas la 21.499).

d) Derecho financiero:

El Derecho financiero es la disciplina que tiene por objeto el estudio sistemático de las normas que regulan los recursos económicos que el Estado y los demás entes públicos pueden emplear para el cumplimiento de sus fines, así como el procedimiento jurídico de percepción de los ingresos y de ordenación de los gastos y pagos que se destinan al cumplimiento de los servicios públicos ⁴.

e) Derecho penal:

El Derecho penal también forma parte del derecho público, por cuanto en su faz subjetiva es el reflejo de la facultad que el Estado tiene de describir las figuras delictivas y determinar y ejecutar las penas que corresponden a los hechos que en ellas se encuadran.

j) Derecho internacional público:

El Derecho internacional público es otra rama del derecho público, y es definido como el conjunto de normas que rigen las relaciones de los

⁴ SÁINZ DE BUJANDA, *Hacienda y Derecho*, Madrid, 1955.

Estados entre sí y también las de éstos con ciertas entidades que, sin ser Estados, poseen personalidad jurídica internacional.

Las normas internacionales (tratados celebrados por el Estado nacional con otros Estados; convenciones internacionales a las que adhiere el Estado nacional), se incorporan al derecho positivo interno por vía de la ratificación que de él hace el Congreso de la Nación (art. 75, inc. 22 CN), y a partir de ese momento constituyen ley suprema de la Nación (art. 31 CN).

Más adelante tratamos de la jerarquía que tienen los tratados en el ámbito del derecho interno (v. *infra*, n° 87).

Pero queremos destacar ahora que la doctrina nacional reconoce la influencia que ellos tienen en el derecho local, inclusive en el Derecho civil. Ello se advierte en particular en el ámbito de los denominados derechos de la personalidad (v. *infra*, n° 716 donde por consecuencia de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y otras convenciones, se admite la existencia de un Derecho supranacional directamente operativo en el ámbito interno (v. *infra*, n° 720), el que además ahora tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN).

*g) El derecho ambiental*⁵:

Una de las novedades más significativas que se han producido en los últimos decenios es la aparición de una nueva rama del Derecho que es el derecho ambiental. El hombre ha tomado conciencia de la importancia de los recursos naturales, de la posibilidad de su agotamiento o degradación y de su derecho a vivir en un ambiente sano.

El ordenamiento jurídico ha reaccionado reconociendo la prioridad y urgencia de la preservación del ambiente y de ciertos derechos que pertenecen a todos en general (llamados frecuentemente, intereses difusos o derechos de incidencia colectiva) relacionados con el ambiente.

La protección del ambiente se da en principio en el ámbito del derecho público; la ley argentina de residuos peligrosos y la denominada ley general del ambiente son normas de derecho administrativo y penal. Pero obviamente hay consecuencias de derecho privado, pues las personas afectadas por las actividades degradantes del ambiente tienen derecho a la reparación del daño sufrido.

⁵ Bibliografía especial: la bibliografía sobre esta materia es extensísima. Para el análisis de algunos conceptos esenciales de Derecho civil y procesal vinculados a ella, seleccionamos: RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, "Génesis y sentido del art. 41, Constitución Nacional", *J.A.*, 1998-IV-1020; ANDORNO, Luis O., "Aspectos constitucionales de la protección del medio ambiente", *J.A.*, 1998-IV-930; "La protección del medio ambiente en el ámbito del Mercosur", *J.A.*, 1997-IV-999; "La responsabilidad por daño al medio ambiente", *J.A.*, 1996-IV-877.

CAPELLA, José L., "El interés ambiental, legítimo y autónomo, en el nuevo texto de la Constitución Nacional", *J.A.*, 1998-IV-971; SERVI, Aldo, "Supranacionalidad y derecho ambiental (sobre el modelo de la Unión Europea)", *J.A.*, 1997-IV-1051; PEYRANO, Guillermo F., "La acción de amparo como medio de tutela de los intereses colectivos o difusos en el nuevo esquema constitucional argentino (particularidades del 'amparo ambiental')", *J.A.*, 1996-IV-937.

Es tal la importancia que ha adquirido esta rama que numerosos tratados y convenciones internacionales se refieren al medio ambiente y la Constitución Nacional ha incorporado expresamente una norma al respecto, al ser reformada en 1994. Se trata del art. 41.

3. QUID DE LA UBICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL

Existe una controversia respecto de la ubicación del derecho procesal; es común entre nosotros la afirmación de que el derecho procesal penal y el derecho procesal administrativo constituyen ramas del derecho público; mientras que el derecho procesal civil constituiría una rama del derecho privado (Borda). Tesis que se sostiene en que el objeto del procedimiento civil, como el de los procedimientos comercial y laboral, es hacer efectivos los derechos que las leyes conceden a los particulares; sin las correspondientes acciones, tales derechos no tendrían vigencia práctica; de donde esas acciones son consecuencia necesaria de estos derechos y deben tener su misma naturaleza jurídica; además, se sostiene que estas ramas del procedimiento regulan controversias entre particulares y, por consiguiente, forman parte del derecho privado.

Sin embargo, cabe hoy afirmar, siguiendo en esto a la doctrina mayoritaria, que el derecho procesal es derecho público, en cualquiera de las ramas en que puede ser subdividido, pues la administración de justicia es sin duda el ejercicio del poder del Estado. Y la relación de las partes, así como de los demás sujetos que pueden intervenir en un proceso: testigos, peritos, etcétera, respecto del tribunal no es una relación de coordinación sino de subordinación y de supraordenación.

Pese a ello, algunos autores sostienen que la clasificación de derecho público y de derecho privado es sólo aplicable al derecho material, y no al derecho formal o meramente instrumental como es el derecho procesal; se advierten en el derecho procesal, sostiene Larenz, elementos que podrían permitir calificarlo en una u otra categoría. Así, por ejemplo: en el proceso civil, las partes tienen libertad de disposición sobre el derecho implicado en el litigio; por otro lado, la relación jurídica no es bilateral sino trilateral, pues las partes se relacionan tanto entre sí como con el tribunal; de allí que, según este criterio, esa rama no puede ser incluida ni en uno ni en otro ámbito.

4. EL DERECHO CIVIL. CONCEPTO ⁶

a) *Noción preliminar:*

El derecho privado es básicamente el Derecho civil en cuanto éste es el derecho común que tiende a regular todas las relaciones jurídicas que

⁶ Bibliografía especial: HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *El concepto de Derecho civil*, Madrid,

el hombre tiene o puede establecer con otros sujetos de derecho sin consideración a sus calidades personales o profesionales.

De las muchas definiciones que se han dado del Derecho civil, una que se ha hecho tradicional es la de Clemente de Diego, quien lo identifica como *el conjunto de normas reguladoras de las relaciones ordinarias y más generales de la vida, en que el hombre se manifiesta como tal, es decir, como sujeto de derecho y de patrimonio, y miembro de la familia, para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia, dentro del concierto social.*

Cierto es que el derecho privado conoce hoy día otras ramas, como por ejemplo, el derecho mercantil o comercial, el derecho agrario, el derecho de trabajo, etcétera (sin perjuicio de las precisiones que daremos más adelante).

Pero lo que no puede desconocerse es que el Derecho civil constituye el cimiento común de todo el derecho privado. Las otras ramas pueden predicar cierta especialidad, pero justamente por ser derechos especiales reconocen en el derecho común o Derecho civil un ordenamiento completo e integrador de esas mismas ramas especiales; o como se dice en la doctrina más actual, actúa como el tejido conectivo de todo el derecho privado.

b) El Derecho civil y su aprehensión histórica 7:

Para comprender acabadamente el concepto actual del Derecho civil como derecho común, así como las relaciones que lo vinculan con las ramas o derechos especiales es preciso atender a su origen y evolución, tema al que dedicaremos los números que siguen.

Optamos así por una explicación histórica del concepto del Derecho civil como conjunto de normas, como rama del derecho positivo.

Cierto es que la materia propia del Derecho civil: la persona, la familia, el patrimonio, le dan una perdurabilidad que permitiría encarar un estudio dogmático, en busca de un concepto suprahistórico, absoluto y universal; pero también es exacto que el tratamiento positivo de esas materias presenta matices muy diferenciados a lo largo de los siglos; por ello ha podido decir Hernández Gil que "si la idea es inmutable, el concepto y los desarrollos acusan un gran condicionamiento histórico".

1943; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Acotaciones para un concepto del Derecho civil", *ADC* 1989-317; JORDANO BAREA, J.B., "Concepto y valor del Derecho civil", *RDP* 1962-717; Díez PICAZO, Luis, "El sentido histórico del Derecho civil", *RGLJ* 1959-595; CIAN, Giorgio, "Il Diritto civile come diritto privato comune", *Riv. Dir. Civ.* 1989-1^a. parte-1; PEREIRA ANDRADE, Antonio, "Contenido y significado actual del Derecho civil y análisis económico del Derecho", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata* año XXXIII, n^o 53, pág. 39; LLAMAS POMBO, Eugenio, *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

⁷ Bibliografía especial: RESCIGNO, Pietro, "Sullo studio storico del diritto privato", *RDC* 1990-parte 1^a.-11; THIREAU, Jean-Louis, *Introduction historique au droit*, París, 2001; CASTALDO, André, *Introductio historique au droit*, París, 1998.

En este sentido señala De los Mozos (en su actualización a la obra de Castán), que uno de los métodos del estudio del Derecho civil que ha alcanzado mayor relieve en los últimos decenios, en el histórico-comparado, en el que se toma al Derecho como una expresión secular que permite afrontar la conexión con las concepciones sociales de cada momento. De este modo, añade De los Mozos, la dogmática no viene ya hecha por la historia, se hace de acuerdo con ella y con las exigencias del presente, lo que a su vez impide que el Derecho abandone su carácter de saber práctico.

II. ORIGEN DEL DERECHO CIVIL. EL DERECHO ROMANO ⁸

5. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO ROMANO

El Derecho Romano constituye la elaboración jurídica más importante que puede haber brindado un pueblo en toda la historia de la Humanidad. Desde la Ley de las XII Tablas, cuyo origen se remonta (según la tradición) a los años 451 a 449 a.C. hasta la elaboración del *Corpus Iuris Civile* por mandato del emperador Justiniano (529 a 533 d.C.), transcurrieron diez siglos en los cuales se desarrolló una intensa labor, que resulta tan fecunda que puede decirse, sin temor a exageración alguna, que el derecho patrimonial de los códigos actuales sigue siendo un mero desarrollo de las construcciones legislativas, consuetudinarias, pretorianas y jurisprudenciales del Derecho Romano. Y su influencia aparece por doquier, aun en otros campos, por lo que la comprensión de este fenómeno es indispensable para el conocimiento del Derecho civil actual, no ya con la simple finalidad de la indagación histórica sino para reconocer las fuentes de nuestro Derecho vigente.

6. EL CONCEPTO DE DERECHO CIVIL EN EL DERECHO ROMANO

Como es obvio, a lo largo de diez siglos el Derecho Romano pasó por distintas etapas, pero ellas no siempre están claramente diferenciadas,

⁸ Bibliografía especial: DE FRANCISI, Pietro, *Síntesis histórica del Derecho Romano*, Madrid, 1954; ORTOLÁN, *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano precedida de la Historia de la legislación romana*, 6ª ed., trad. Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas, Madrid, 1896; SOHM, Rodolfo, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. de W. Roces, Madrid, 1928; CUG, Edouard, *Les institutions juridiques des romains*, París, 1904; D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 8ª. ed., Pamplona, 1991; ORTOLÁN, M., *Instituciones de Justiniano*, trad. de Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas, Buenos Aires, 1960; *Historia de la legislación romana*, Barcelona, s/g.; DE CHURRUCA, Juan (con la colaboración de Rosa Mentxaca), *Introducción histórica al Derecho Romano*, 5ª. ed., Bilbao, 1989; IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de derecho privado*, 8ª. ed., Barcelona, 1983.

y aun los investigadores más notables de la historia jurídica romana mantienen grandes disidencias en orden a temas muy importantes. Uno de estos temas, justamente, es la misma noción del Derecho civil, o *ius civile*, a lo que contribuye la circunstancia de que los textos de los mismos juristas romanos que podemos hoy consultar, difieren entre sí y, por ende, los estudiosos de esos textos se encuentran a veces perplejos por las diferencias que existen entre ellos.

De este modo Hernández Gil llega a reconocer la existencia de por lo menos diez conceptos que se han dado acerca del contenido del Derecho civil en Roma. Sin embargo, existe hoy en día alguna coincidencia en orden a caracterizar al *ius civile* como el derecho de un determinado pueblo, y en particular, el Derecho Romano por excelencia; es decir, el derecho del ciudadano romano.

7. FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL DERECHO ROMANO. LAS LEYES DE LAS XII TABLAS

a) Orígenes:

En la primera época de la historia romana, la del poder real, el Derecho civil se encontraba reducido a los usos y costumbres, los que estaban fuertemente arraigados y constituyeron el germen de todas las leyes que después habrían de aparecer.

b) Las Leyes de las XII Tablas:

La primera expresión legal —ya en la República— fueron las Leyes de las XII Tablas; aparentemente habrían recogido —en alguna medida— la tradición helénica, pero básicamente consagraron las costumbres conocidas y practicadas; fueron obra de unos funcionarios especiales —los Decenviros— quienes las redactaron a partir del año 303 de Roma y hasta el 305 del mismo calendario. No han llegado hasta nosotros en forma completa; el trabajo de los historiadores del Derecho Romano ha sido la reconstrucción de su contenido a través de los fragmentos tomados de diversos autores romanos y aun de presunciones personales, como explica Ortolán. Se sostiene hoy en día que ellas contenían fórmulas procesales para casos previstos y enumeraban los derechos de los ciudadanos romanos que la comunidad estaba dispuesta a proteger. Regularon los derechos del acreedor sobre el deudor, incluida la comparecencia frente al magistrado, el matrimonio, la sucesión, la posesión y la propiedad, los delitos, etcétera.

Las Leyes de las XII Tablas fueron un texto fundamental, tanto que su contenido era hecho aprender de memoria a los niños; atravesaron las edades de Roma y aun sobrevivieron a la misma República, y fueron tan respetadas que no eran derogadas sino por medio de subterfugios. En la obra de Ortolán, se encuentra un texto —reconstruido y por lo tanto aproximado— de las XII Tablas.

c) *Evolución en la República:*

De todos modos las instituciones de la República dictaron sucesivas leyes que morigeraron algunos principios de las XII Tablas; entre otras, la ley *Canuleia* (año 309 de Roma) abrogó la disposición que prohibía el matrimonio entre patricios y plebeyos; y la ley *Paetelia Papiria* (año 428 de Roma) atenuó los alcances del vínculo obligacional prohibiendo que los deudores pudieran entregarse en servidumbre a su acreedor en pago de la deuda.

Sin embargo, más que por las leyes, el Derecho Romano encontró cauce para su desarrollo en la actividad de un magistrado: el pretor; y en la tarea de los juristas que interpretaron el derecho vigente, a través de distintos medios (v. *infra*, nº 9).

d) *El Imperio:*

En el Imperio la actividad creativa del pretor y de los juristas halló fuertes limitaciones. En la época imperial se trasladó el poder legislativo al Senado, cuyas opiniones adquirieron el valor de las verdaderas leyes; eran las llamadas *senatus consulta*, porque eran vertidas a partir de consultas puestas por el emperador.

8. EL DERECHO HONORARIO O PRETORIO

a) *El pretor; origen y funciones:*

Como decíamos, uno de los desarrollos fundamentales del Derecho Romano aparece por vía de lo que se denomina el derecho honorario, o derecho pretorio. Es decir, el derecho nacido de la actividad jurídica creadora del pretor.

Hasta el año 367 a.C. (año 387 desde la fundación de Roma, según Ortolán), la actividad judicial estaba conferida a los cónsules; en el año indicado se crea una magistratura a cargo de un funcionario llamado pretor urbano cuya función era la de declarar el sentido de la letra de la ley en la resolución de los casos que se planteaban entre los ciudadanos romanos.

Los pretores, además de resolver los casos concretos, muchas veces a través de la libre interpretación de los textos vigentes, comenzaron a formular por escrito, al tiempo de comenzar el desempeño de su cargo, una enumeración de los derechos y reclamaciones que hallarían protección bajo su magistratura. Esto se conoce como *el edicto*. Ya en la época imperial, se entiende que bajo el imperio de Adriano (alrededor del 130 d.C.) se dio una formulación definitiva al edicto, a la que se denominó *edicto perpetuo*. De esta forma, el derecho honorario, o pretoriano, llegó a ser un derecho establecido, convirtiéndose en un verdadero código de derecho privado que contraponía al antiguo derecho estricto un derecho nuevo y más libre (Sohm).

b) *Derecho honorario y Derecho civil:*

Apunta Hernández Gil que el derecho honorario estaba integrado por un conjunto de medios de defensa procesal y que en ocasiones llegó a constituir una esfera jurídica diversa del Derecho Romano, lo que importó una verdadera dualidad en el ordenamiento jurídico, por lo que el Derecho Romano se dividió en realidad en Derecho civil y derecho pretorio. Sin embargo, debe advertirse que ambos sistemas estaban enlazados, pues por un lado el pretor procuraba adaptarse al Derecho civil, y por otro el derecho honorario se incorporaba al civil a través de la costumbre.

Ambos sistemas, derecho pretorio y Derecho civil, llegaron a fundirse definitivamente y constituir el verdadero derecho común con el fenómeno producido en la Edad Media que se conoce bajo el nombre de “re-
cepción” (v. *infra* n° 15).

c) *El pretor peregrino:*

Como decíamos más arriba, el *ius civile* era el derecho propio de los ciudadanos romanos. Naturalmente, las conquistas fueron creando un gran intercambio entre los ciudadanos romanos y otros pueblos; de allí nació la necesidad de regular esas relaciones y de resolver los conflictos que se planteaban. Por ello en el año 242 a.C.⁹, se creó la institución del *pretor peregrino*, verdadero juez para extranjeros, con la misión de amparar los intereses de los que vivían en Roma y que tenía como criterio de actuación el libre imperio inherente a su cargo y la tradición. De esta forma nació una nueva versión del Derecho Romano, el denominado *ius gentium*; debe aclararse que la expresión es ambigua, pues parecería referirse a un derecho de gentes o a un derecho de los pueblos, una suerte de derecho supranacional. Sin embargo, como explica Puig Brutau, siguiendo las enseñanzas de los más importantes romanistas europeos, no era un derecho supranacional, sino un Derecho Romano, nacional; por lo tanto, asequible a los extranjeros, exento de formalismo, regulador del comercio, que se aplicó tanto entre ciudadanos romanos como frente a los extranjeros.

9. LA ACTIVIDAD DE LOS JURISTAS

En todas las épocas del Derecho Romano, tuvo gran importancia la actividad de los juristas, quienes cumplían variadas funciones. La primera era intervenir en la formulación y redacción de negocios jurídicos, muy importante en el derecho primitivo en el que, a consecuencia del for-

⁹ El año 242 a.C. es suministrado como fecha de creación del pretor peregrino por SOHM, y reproducida por PUIG BRUTAU; MOLITOR indica el año 507 del calendario romano; de todos modos las fechas son siempre aproximadas y dependen de las fuentes en que han abrevado los distintos historiadores del Derecho Romano.

mulismo dominante, la falta de observancia de las formas reconocidas llevaba a la ineficacia o nulidad del negocio.

En la esfera procesal, los juristas procedían a la redacción o a la instrucción verbal de la parte de un caso concreto para elegir el medio procesal adecuado al fin buscado; esto estaba también en correspondencia con el denominado procedimiento formulario.

Una tercera actividad era la de la respuesta o *respondere*, que era la opinión que el jurista daba frente a alguna consulta; debe señalarse que muchas veces no existe un límite exacto entre las otras dos actividades y el *respondere*, puesto que generalmente las preguntas no se referían a casos abstractos, sino que tendían a echar luz bien para la celebración de un negocio, bien para el modo de actuar en juicio.

Justamente, aquel que recibía consultas sobre cuestiones jurídicas era literalmente llamado el *iuris consultus*, y las opiniones o *responsa* de los juristas más eminentes gozaron de gran autoridad. Incluso, como muchos de los pretores eran políticos sin formación jurídica necesitaban el asesoramiento de éstos.

La labor de los *iuris consultus* dio origen a la expresión *iuris prudentia*.

10. LA LITERATURA JURÍDICA

a) Orígenes; los primeros juristas:

En la primera época del Derecho Romano, comenzó también la práctica de escribir los consejos o consultas. Y nació así una actividad literaria jurídica a partir del siglo III a.C., período en el cual se destacaban obras muy importantes de los juristas llamados Catón, padre e hijo; luego aparecieron Manlio Manilio, Bruto, Mucio, Rutilio Rufo, Sexto Pompeyo; pero especialmente se destaca Quinto Mucio Scaevola, quien nació aproximadamente en el año 140 a.C., siendo cónsul en el año 95 a.C. La importancia de Quinto Mucio Scaevola radica en que su obra es el primer intento de sistematización científica del Derecho Romano.

b) La actividad de los juristas en el Imperio:

Pero es durante el principado que la jurisprudencia, nombre con el que se conocía la actividad de los juristas o *iuris consultus*, adquiere máxima relevancia. Allí las características fundamentales del método de los juristas romanos, su realismo, su pragmatismo, su intuición de la naturaleza de los hechos y la conciencia de la necesidad de la justicia alcanzaron su más alta perfección en la obra de construcción doctrinal, siendo necesario reconocer que el desarrollo del sistema recibió la influencia del pensamiento filosófico griego y de las instituciones encontradas en las regiones conquistadas, principalmente en el mundo heleno; incluso, desde el punto de vista político y social, hubo una gran difusión de la cultura jurídica aun en las provincias más lejanas.

Un acontecimiento singular durante la época del Imperio estuvo dada por la concesión del denominado *ius respondendi*, que era una suerte de favor imperial por el cual se reconocía a ciertos sujetos el derecho de dar respuestas que gozaban de un valor que no tenían las opiniones de los juristas no reconocidos oficialmente. Tal costumbre nació en época de Augusto (según información de De Francisci) o de Tiberio (opinión de Sohm). En realidad se trataba de que el Derecho fuese construido por los juristas que gozaban del favor imperial.

La actividad literaria de este período es enorme, y a pesar de que se ha perdido gran cantidad de obras, han llegado a nuestros días en el *Digesto* de Justiniano, y otras se han salvado, como las *Instituciones* de Gayo, las *Regulae* de Ulpiano, y las *Sententiae* extraídas de Paulo. Hubo así obras de enseñanza, como las *Institutas* de Gayo; y también las hubo sistemáticas, algunas en las que se trata preferentemente de las instituciones del *ius civile*, y otras en las que, por lo contrario, se toma como base el edicto del pretor. Incluso, en algunos trabajos sistemáticos es importante señalar que se tiende a fundir el *ius civile* y el *ius honorario* dando unidad al Derecho Romano.

c) Las escuelas:

Durante esta época los juristas se dividieron en dos escuelas: la de Sabino, llamados sabinianos; y la de Próculo, llamados proculeyanos, quienes desarrollaron numerosas controversias acerca de la interpretación de muchas cuestiones; algunas de las cuales siguen siendo materia de estudio hoy en día.

d) Los principales autores:

Sería inútil pretender una enumeración de todos los grandes juristas de la época imperial. Simplemente recordaremos a Gayo o Gaius, de cuya vida prácticamente nada se sabe aunque sí se conoce gran parte de sus obras, entre ellas la denominada *Instituciones*, primer ejemplo de exposición sistemática de los principios elementales del derecho privado, dividida en tres partes: a) la relativa a las personas, b) la relativa a las cosas, y c) la relativa a las acciones; método de exposición para el estudio del Derecho que perduró a lo largo de los siglos, prácticamente hasta el advenimiento de la Escuela Histórica en el siglo XIX.

En segundo término debe presentarse a Papiniano, cuyo nombre completo era *Aemilius Papinianus*, probablemente oriundo de Siria, y cuya obra comienza a publicarse en la última década del siglo II d.C. Se lo caracteriza como maestro insuperado por la sutileza de su lógica y la concisión en la forma, por su crítica moderada y serena, por la valoración de las necesidades prácticas y por el alto sentido en que se inspira.

Con posterioridad a él puede decirse que la actividad creadora de la jurisprudencia romana declina, pues los grandes juristas parecen con-

sagrados más que a elaborar nuevos principios a fijar en su conjunto la doctrina oficial de su tiempo. Es decir, actuaron más como órganos del poder imperial y colaboradores del príncipe que como creadores libres. Sin embargo, en esta época aparece Ulpiano, oriundo de Tiro, considerado el más fecundo de todos los juristas romanos y que se refirió no sólo al Derecho civil, sino también al derecho público y al derecho administrativo. Quizá el aporte más significativo de Ulpiano está dado no tanto por la notable extensión de su obra, que conspira contra la profundidad de la misma, sino por la formulación definitiva de los tres grandes principios que inspiraron al Derecho Romano y que inspiran, naturalmente, al Derecho actual: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

Contemporáneo de Ulpiano fue Paulo, o *Julios Paulus*, autor también de numerosas obras de desarrollo del derecho honorario y del Derecho civil, y algunas de ellas destinadas a la enseñanza y a la práctica cotidiana. De Francisci dice que si se examina el conjunto de la obra de Paulo se nos ofrece, igual que Ulpiano, como un sabio seleccionador y compilador, pero con más fuerte personalidad que éste, lo que se revela en la crítica de opiniones incluso de juristas venerados como Papiniano y de decisiones imperiales. Gozó de gran renombre entre sus contemporáneos y su posterioridad; de su obra se extrajo un gran material para la elaboración de las *Pandectas*.

e) Valoración:

Se advierte, entonces, la gran influencia de la jurisprudencia romana, especialmente la de la imperial, que abarca desde Adriano hasta la época de los emperadores Severo (Adriano fue emperador entre los años 117 y 138, y el último de los Severo, Alejandro Severo, reinó entre el 222 y 235). La jurisprudencia dirigió su actividad a una elaboración de todas las ramas del Derecho tendiendo a la creación de un sistema y a la unificación de los principios provenientes de las variadas fuentes. Y así han representado esta orientación científica con la fusión de los tres conjuntos jurídicos: el antiguo *ius civile*, el *ius honorarius*, y el derecho imperial conocido como el derecho nuevo o derecho extraordinario (*ius novum* o *ius extraordinarium*). Esa tendencia inspirada en fines prácticos se desarrollaba paralelamente a otra análoga que tenía fines doctrinales de sistematización científica. Y una y otra, aun partiendo de puntos de vista diversos y teniendo fines diferentes tendían a un mismo objetivo. Y de esta colaboración de esfuerzos con los que los juristas buscaban tener presentes todas las fuentes, compenetrar las reglas y principios, dando figura unitaria a las diversas instituciones, nació aquel edificio del derecho clásico, monumento insuperado de la sabiduría romana (De Francisci).

11. EL DERECHO POSCLÁSICO

Se conoce como Derecho Romano posclásico el que se desarrolla durante la época del Imperio Absoluto que prácticamente comienza a fines del siglo II con el advenimiento al gobierno de los emperadores Severo. Este período se caracteriza desde el punto de vista político por el gobierno absoluto y por la influencia que tal organización del Estado refleja en la vida jurídica.

Las constituciones imperiales pasan a ser la única fuente del derecho reconocida; se elimina el *ius respondendi* para privar de importancia a los opiniones de los juristas e incluso trata de limitarse severamente la libertad intelectual de los jueces al desconocerse la validez de las opiniones de los juristas precedentes y limitarse la facultad de elección de los magistrados respecto de la doctrina, lo que se concretó a través de la denominada Ley de Citas (siglo V) que sólo reconocía valor legislativo a las obras de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo, señalando que, cuando hubiera opiniones contradictorias, el juez debía seguir la de la mayoría, y en caso de empate debía prevalecer la de Papiniano.

12. LAS COMPILACIONES

De otro lado, la pretensión de reducir la validez de las fuentes originarias del Derecho Romano y de concentrarlo en el derecho creado por el emperador, impuso la necesidad de recoger las disposiciones legislativas emanadas del Imperio, generalmente bajo las formas de constituciones, en textos fácilmente asequibles.

De este modo comenzaron las compilaciones.

Las dos primeras se conocen como Código Gregoriano y Código Hermogeniano. La primera fue realizada entre los años 291 y 292 en Oriente y tiene por objeto preferentemente el derecho privado. Es posible que las primeras constituciones recogidas pertenezcan a la época de Adriano.

El Código Hermogeniano fue un complemento del anterior.

Ambas compilaciones tuvieron una gran difusión tanto en Oriente como en Occidente.

En realidad ninguno de los dos textos ha llegado completo a nuestros días y se los reconstruye sobre la base de otras obras o textos de leyes.

Si estas dos obras no tuvieron un reconocimiento oficial, si lo tuvo en cambio el Código Teodosiano debido a la preocupación de Teodosio II (emperador entre los años 401 y 450) por el estado de cultura jurídica de su tiempo. El Código Teodosiano se publicó el 15 de febrero del año 438 y entró en vigor el 1º de febrero del 439. En él tiene un predominio acentuado el derecho público aunque también hay, naturalmente, disposiciones de Derecho civil.

Tuvo una gran influencia en Oriente donde recién fue sustituido por la codificación justiniana y en Occidente donde sobrevivió aun a Justiniano a través de la influencia que tuvo directa o indirectamente en las leyes romano-bárbaras.

13. LA COMPILACIÓN JUSTINIANEA

A partir del siglo V el Imperio Romano concretó toda su vitalidad y actividad en Oriente donde se desarrolla también entonces, la cultura jurídica.

En el siglo VI el emperador Justiniano decide concentrar el Derecho en una recopilación definitiva en la cual estuviese contenido todo el Derecho, de tal modo que éste tomara una definitiva unidad. A tal punto consideró Justiniano que su obra significaba la unidad definitiva del Derecho que formuló expresamente la prohibición de que ella fuera comentada.

La obra de Justiniano, a la que se conoce en su conjunto con el nombre de *Corpus Iuris*, se divide básicamente en cuatro partes.

La primera se conoce como *Instituciones* o *Institutas* que constituyen un tratado elemental de Derecho que, originariamente, estuvo destinado a la sustitución de la obra de Gayo como texto de enseñanza del Derecho; pero a la vez que obra de enseñanza fue un código y tuvo fuerza de ley desde el día 30 de diciembre del año 533.

El *Digesto* o *Pandectas* es la parte más valiosa y extensa. Contiene extractos de los escritos de los treinta y nueve juristas, de los cuales treinta y cuatro pertenecen a la era de la jurisprudencia clásica, entre los que se encuentran los ya citados: Ulpiano, Papiniano, Gayo, Modestino, Juliano, etcétera. Siguió el orden del comentario de Ulpiano al edicto introduciendo también materias del *ius civile*.

Los fragmentos de los jurisconsultos están dispuestos en un orden que no siempre es rigurosamente sistemático. Cada fragmento tiene una inscripción que contiene el nombre del jurisconsulto y la indicación de la obra o del libro del que se ha sacado aquel texto.

La obra, debida en gran parte a la laboriosidad y sabiduría de Triboniano, se completó en sólo tres años, siendo publicada el 16 de diciembre del año 533 y entró en vigor el 30 de diciembre de ese mismo año, es decir, al mismo tiempo que las *Instituciones* o *Institutas*.

La tercera parte del *Corpus Iuris* es el *Código* que contiene constituciones imperiales desde Adriano hasta Justiniano e importantes rescriptos de tiempos anteriores a Constantino, y desde éste en adelante; más algunas *Leges Edictales*. La primera publicación es del año 529, pero la que llegó hasta nosotros es la publicación del 11 de noviembre del 534, que entró en vigor el 29 de diciembre de ese año y que contiene algunas adiciones.

La última parte de la obra son las *Novelas*, leyes especiales dictadas por Justiniano después de la terminación de su propio Código, es decir, entre los años 536 y 565.

En conclusión, la legislación justiniana ha recopilado con una extensión razonable las dispersas y difícilmente abarcables fuentes romanas, omitiendo algunas distinciones anticuadas y llevando a su término procesos de evolución jurídica que estaban en curso; le ha dado la forma fija en la cual se ha conservado a través de los siglos la sustancia espi-

ritual del Derecho Romano, que pudo así alcanzar a fines de la Edad Media un nuevo imperio universal. Se ha dicho por algún autor que la obra de Justiniano es un monumento que condensa la herencia y la transmite a la conciencia jurídica y al pensamiento europeo.

III. LA INFLUENCIA DEL DERECHO ROMANO

14. EL TRÁNSITO DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO COMÚN

Pese a la disgregación del Imperio como consecuencia de las invasiones bárbaras, el Derecho Romano continuó ejerciendo una influencia notable, y ello se advierte en diversos fenómenos.

En primer lugar se encuentran las que se conocen con el nombre genérico de leyes "romano-bárbaras", compilaciones ordenadas por reyes germánicos establecidos en Occidente que intentaron concretar un derecho codificado para sus propios pueblos y para sus súbditos romanos.

En esta categoría se incluyen algunos textos fundamentales. Uno es el conocido como *Breviario de Alarico* o también como *Lex romana visigotorum*, cuya finalidad fue dar a los romanos que habitaban dentro del reino visigodo un código que sirviera para eliminar las oscuridades y contradicciones que se encontraban en las fuentes del Derecho. El Breviario de Alarico fue sancionado el día 2 de febrero del año 506 y publicado en una asamblea de obispos y otros personajes reunidos en la ciudad francesa de Toulouse; está compuesto con extractos de diversas obras, colocados unos junto a otros sin ninguna elaboración y sin ningún ordenamiento lógico, los cuales fueron sacados de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, y novelas posteodosianas. También aparecen textos de Paulo, de Gayo, de Papiniano y de otros.

Idéntica finalidad que el Breviario tuvo la *Lex Romana Burgundiorum* correspondiente a fines del siglo V, comienzos del siglo VI. Constituye un código unitario y orgánico dividido en cuarenta y seis libros, y si bien las fuentes fueron también los códigos Gregoriano, Hermogeniano, Teodosiano, las sentencias de Paulo y una obra de Gayo, aparecen normas e instituciones de Derecho germánico.

También se conoce el edicto de Teodorico, compilación ordenada por ese rey a principios del siglo VI, la que debía ser observada tanto por los godos como por los romanos. No se trató sino de una colección de normas para los casos más frecuentes cuya finalidad no fue innovar, sino aclarar y afirmar principios ya vigentes.

Finalmente, en el territorio español, tuvo gran importancia el *Liber Iudiciorum* sancionado por el rey Recesvinto en 654, que siguió rigiendo aun después de las invasiones musulmanas (v. *infra* n^o 15 c).

15. LA RECEPCIÓN

a) Concepto y origen:

Bajo el nombre de "recepción" se conoce un fenómeno ocurrido a finales del siglo XI y comienzos del XII, por el cual el Derecho Romano vino a constituirse en sinónimo del derecho común de todos los pueblos de la Europa Occidental. En particular, de los que hoy constituyen los Estados de Alemania, España, Italia y Francia; y tuvo en esos pueblos naturalmente, causas y significaciones diversas.

Téngase en cuenta que la compilación justiniana es del siglo VI, pero nace en el Imperio Romano de Oriente, y es prácticamente desconocida en Occidente.

Su redescubrimiento se produce fundamentalmente por obra de los estudiosos de la Universidad de Bolonia, que constituyen la escuela de los glosadores, a la que nos hemos de referir más adelante.

La imponencia de la obra de Justiniano, justificó su divulgación, y los estudiantes de todas las comarcas que concurrían a Bolonia la llevaron a sus propios países, donde constituyó materia de estudio y aun de aplicación práctica para la resolución de los casos judiciales. A este fenómeno se le llama recepción.

b) La recepción en Alemania:

La más profunda influencia al Derecho Romano, la más sentida recepción del mismo, se produjo en lo que hoy es Alemania donde se lo recibió casi en su totalidad y vino a suplantarlo la mayor parte del Derecho germánico.

Esto tiene, en realidad, una explicación de carácter político, cual fue que toda la Edad Media vio en el emperador alemán al sucesor de los emperadores romanos, al señor del mundo cristiano occidental. Por ende, era razonable que en ese Imperio subsistiera el Derecho Romano y el Código Justiniano fuera considerado, como las leyes de los emperadores alemanes, derecho imperial.

Por otro lado, la recepción en Alemania reconoce una causa común con el mismo fenómeno ocurrido en otros lugares de Europa, cual es la notable influencia que emanó de la Universidad de Bolonia, a cuyo amparo, como dijimos, se desarrollaron entre los siglos XII y XIII las escuelas de los glosadores y de los posglosadores. Estudiantes de toda Europa, y naturalmente también de Alemania, concurrían a esa Universidad que llegó a tener diez mil alumnos.

La recepción del Derecho Romano en Alemania hizo que éste llegara a estar vigente en la forma del Código Justiniano, el que resultó obligatorio en su totalidad en el Imperio. Así pues los autores germanos suelen decir que la recepción tuvo lugar *in complexu*.

c) *La recepción en España* ¹⁰:

Cuando los visigodos llegaron a España traían su propio Derecho, de origen germánico y fundamentalmente consuetudinario; a su vez los hispanorromanos tenían el suyo que, aunque perteneciente a la época del Bajo Imperio, era superior al de los visigodos.

Según los estudios más modernos los reyes visigodos fueron grandes legisladores, y así el pueblo español se rigió por el Derecho visigodo, el que nunca estuvo definitivamente separado del Derecho Romano, y del cual fue tributario (Fernández Espinar).

La primera legislación visigoda son las leyes teodoricianas, de fuentes exclusivamente romanas y cuya fecha de sanción no es segura, aunque se ubica en la primera mitad del siglo v; luego rigieron —entre otros— el Código de Eurico (del siglo v, sin mayores precisiones posibles sobre fecha exacta, siendo la más probable el año 476), el Breviario de Alarico (año 506), y el *Liber Iudiciorum* (año 654 probablemente, según Fernández Espinar), un código con destino a la práctica forense.

Cuadra subrayar que el *Liber* o *Lex visigothorum*, como también se lo conoció, tuvo una extensa influencia pues perduró aun durante parte del proceso de la reconquista; las distintas versiones del *Liber* fueron producto de sucesivas modificaciones, siendo la denominada *Lex visigothorum vulgata* traducida al romance con el nombre de *Fuero Juzgo*.

En el 711 se produce la invasión musulmana y ello lleva al fraccionamiento del Derecho en dos grandes mundos: el musulmán y el cristiano. Pero también en los reinos cristianos se manifiesta, a partir del inicio de la reconquista una total falta de unidad jurídica, una diversidad y pluralidad de ordenamientos. En esta etapa se pone, pues, el germen de los derechos de cada reino, territorio o comarca, que dan lugar a los actuales *fueros*.

La recepción propiamente dicha se inicia en la Baja Edad Media (a partir del 1150), especialmente por obra del rey Alfonso X el Sabio, a cuya obra principal dedicamos el parágrafo que sigue.

d) *Las Partidas*:

Las Partidas se deben a la inspiración del rey Alfonso X el Sabio, quien manda publicar, además de este libro, el Fuero Real y el Espéculo. No es precisa la fecha en que se redactaron y publicaron las Partidas, aunque se suele señalar como fecha de iniciación y conclusión de los trabajos los años 1256 y 1263. Las Partidas adoptaron el sistema romano de división en libros, títulos y leyes; cada uno de los siete libros o partidas está precedido de un prólogo con explicaciones doctrinales de su contenido y de la división de la materia tratada.

¹⁰ Bibliografía especial: FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, *Las fuentes del derecho histórico español*, Madrid, 1985; BARRAGÁN, Guillermo C., *La obra legislativa de Alfonso el Sabio*, Buenos Aires, 1983; ALLENDE, Guillermo L., "Los códigos españoles como fuente de nuestro Código Civil", *LL* 1981-C-1015.

Las Partidas siguieron fundamentalmente al Derecho Romano y pese a que no tuvieron fuerza obligatoria hasta muchos años después de su publicación, ejercieron una notable influencia en la cultura jurídica hispánica posterior.

Es preciso señalar que las Partidas tuvieron fuerza de ley en Indias y de allí la gran importancia que tienen en la elaboración de Derecho hispanoamericano. En lo que hoy es nuestro país también tuvieron vigencia y constituyeron por lo tanto un cuerpo legal sobre el cual se fundaba el ejercicio práctico de la magistratura y la abogacía. De allí que nuestro codificador Vélez Sarsfield tuviese un gran conocimiento de ese texto, y constituyen fuente primordial de muchísimas disposiciones de nuestro Código Civil, aunque a veces no aparezca la cita o la transcripción del texto de las Partidas en las notas del codificador. Este era el Derecho aprendido por el codificador como alumno, como abogado, como profesor y, por lo tanto, el que estaba más profundamente internalizado en su conciencia.

El libro de las Siete Partidas es considerado por la opinión general como la obra más admirable del saber y la filosofía que produjo el espíritu humano en la edad en que se publicó, como el tratado más completo de jurisprudencia que ha visto la luz en los tiempos pasados, como un monumento espléndido de la ciencia y la literatura que se adelantó en muchas cosas a su siglo de tal manera que ni en él ni en algunos posteriores existe una obra que pueda comparársele. Los juristas españoles señalan que fue grande la influencia que ejerció en el Derecho, pues la generalidad y extensión de su doctrina, la sabiduría y justicia de la mayor parte de las leyes fueron causa de que se le considerase siempre como un libro de estudio para los jurisconsultos españoles. Un autor dijo que las tres maravillas de la Edad Media fueron la Catedral de Colonia, la Divina Comedia y las Siete Partidas (Puig Peña).

e) El Derecho Romano en Francia:

En Francia la persistencia del Derecho Romano se debe, en primer lugar, a que las provincias del sur habían sido conquistadas y latinizadas más temprano y más profundamente que en el resto de la Galia. Y los bárbaros que ocuparon en seguida esta región fueron los visigodos y los burgundios que, según recuerdan Ripert y Boulanger, eran ya medio romanos cuando entraron en el Imperio. De allí que en Francia, más concretamente en las provincias del sur, rigieran las leyes romano-bárbaras ya vistas, y tuviera gran influencia a partir del siglo XII y XIII la codificación justiniana conocida por obra de las universidades.

Debe señalarse que —por lo contrario— en el norte los francos conservaron sus costumbres primitivas y practicaron un sistema de ley personal, conforme al cual cada sujeto era regido por su ley nacional, el que fue luego sustituido por el sistema de leyes territoriales.

Así pues, en Francia se conoce la división entre los países de derecho escrito, básicamente las provincias del sur, donde se seguía enton-

ces el Derecho Romano; y los países de derecho consuetudinario donde se aplicaban las costumbres, de formación posterior y fuertemente imbuídas de espíritu germánico.

16. LOS FACTORES QUE CONDUJERON A LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO

Señalamos que en la Edad Media el Derecho civil se identificó plenamente con el Derecho Romano. En las universidades se enseñaba Derecho Romano y jurista era el que conocía esa disciplina.

Los factores de la unificación fueron, entonces, de carácter político (como en Alemania), o simplemente culturales (como fue la difusión dada al Derecho justiniano por las escuelas de los glosadores y de los posglosadores desde la Universidad de Bolonia).

17. LAS ESCUELAS DE LOS GLOSADORES Y LOS POSGLOSADORES

Una breve explicación merece este fenómeno cultural de difusión del Derecho Romano por vía de la Universidad de Bolonia. Aproximadamente en el año 1100 aparece Irnerio, profesor de Derecho Romano en Bolonia, a quien siguen muchos otros hasta Acursio con quien se cierra la escuela de los glosadores. Su trabajo fue la *exégesis del Corpus Iuris* escribiendo breves notas (glosas), al principio entre líneas, y más tarde al margen. Acursio refundió las glosas de sus predecesores y las suyas propias en un comentario consecutivo que se halla en todas las ediciones del *Corpus Iuris*. Estos trabajos eran puramente teóricos y carecían de una consideración sistemática. Tuvieron por mérito el gran conocimiento del *Corpus Iuris*, el estudio profundo de cada uno de sus fragmentos y la difusión que le dieron.

Entre los años 1250 a 1500 se desarrolla la escuela de los posglosadores cuya finalidad fue adaptar la doctrina de los glosadores a las necesidades y concepciones de la época, a los derechos estatutarios vigentes, a los derechos consuetudinarios y a la jurisprudencia italiana. Los posglosadores se alejaron cada vez más de las fuentes originarias y con el predominio del método sistemático deductivo propio de la escolástica formularon reglas con numerosas ampliaciones y limitaciones, establecieron distinciones y subdistinciones, divisiones y subdivisiones, comparación de instituciones jurídicas, extensa invocación de citas de autoridad e intentos de combinar sus enunciados. De este modo se facilitó la introducción de nuevos pensamientos jurídicos en la teoría y en la práctica. Los más importantes representantes de esta escuela son Bartolo y su discípulo Baldo.

18. EL DERECHO CANÓNICO

Otro de los factores importantes en la evolución del Derecho en la Edad Media lo constituye el Derecho Canónico, que es el derecho creado en esa era por los órganos de la Iglesia y que llegó a plasmarse en el Código de Derecho Canónico o *Corpus Iuris Canonici*.

El Derecho Canónico no se formó independientemente, sino que tuvo por fuente principal al Derecho Romano, al cual tiende a modificar en algunos aspectos. El Derecho Canónico continuó y profundizó la obra de humanización de las instituciones romanas que ya se había comenzado a producir por la influencia del cristianismo a partir de la conversión de Constantino.

Así el Derecho Canónico contiene la prohibición de los intereses como medio de lucha contra la usura y desarrolla conceptos fundamentales para el derecho moderno, como la idea de la causa, la del justo precio y particularmente el principio de la buena fe. El *Corpus Iuris Canonici* en su última redacción, fue promulgado el 27 de mayo de 1917, pero contiene sólo normas de derecho eclesiástico. La última reforma es del año 1984.

19. EL DERECHO MERCANTIL

a) Causas de su aparición:

Antes de continuar con el proceso de evolución del Derecho Romano identificado con el Derecho civil, la formación de los derechos nacionales y la equiparación del Derecho civil al derecho privado, es preciso señalar que mientras en Bolonia la escuela de glosadores desarrollaba el conocimiento del *Corpus Iuris*, en las ciudades italianas, que adquirían un gran desarrollo comercial, se asistía al nacimiento de una nueva rama del Derecho, que es el derecho comercial o mercantil. Las condiciones políticas y económicas de la época y del lugar dieron causa a la creación de una nueva clase que fue la de los comerciantes, que traficaban con el resto de Europa y con Oriente donde establecieron también prósperas factorías. La clase comercial, o comerciante, tuvo entonces una gran influencia en la vida política de las ciudades-Estados, de tal modo que adquirieron la aptitud de forzar la creación de normas jurídicas especiales destinadas a reglar sus relaciones, sea las que establecieran entre ellos, o aun con otros particulares, con motivo de la actividad mercantil. Por otra parte, los comerciantes obtuvieron la posibilidad de resolver sus litigios a través de tribunales compuestos por comerciantes y que resolvían no según el Derecho Romano, sino conforme a las prácticas y usos del comercio y del lugar. Esta jurisdicción, que se llamó consular, nació, seguramente, en los lejanos puertos orientales donde los comerciantes allí asentados no podían recurrir a otra autoridad, pero pronto se difundió a las ciudades italianas y luego al resto de Europa e incluso, a las In-

días, donde la aplicación de las ordenanzas de Bilbao era hecha por el tribunal del consulado ¹¹.

Sin duda que la posibilidad de contar con una magistratura propia, no sujeta a las reglas de Derecho específicas, sino al uso y costumbre mercantil, facilitó el desenvolvimiento de ese Derecho especial, el que después tuvo formulación escrita a través de los estatutos que también fueron aplicados por los magistrados comerciantes.

b) Los estatutos:

Los estatutos de los siglos XII y XIII constituyen ordenamientos muy completos, disciplinantes de la profesión de comerciante y de las relaciones jurídicas de éstos con los terceros; extremadamente severos, contienen las simientes de las más importantes instituciones del derecho mercantil como la letra de cambio, los seguros, la quiebra, etcétera. Más adelante volveremos sobre la especialidad del derecho mercantil y su evolución posterior a lo largo de los siglos para establecer cómo se manejaron las relaciones entre esta rama nacida del desenvolvimiento de la clase de los comerciantes con el Derecho civil y cuál es el estado de esas relaciones hoy en día (v. *infra*, n^o 51 y sigs.).

IV. LA FORMACIÓN DE LOS DERECHOS NACIONALES

20. LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL CON EL DERECHO PRIVADO

a) La necesidad de dar unidad al Derecho:

El confuso sistema jurídico existente a partir de la recepción se caracterizaba por la coexistencia de normas provenientes del Derecho Romano y del Derecho Canónico, recibido en la mayor parte de Europa occidental, instituciones propias de los pueblos bárbaros que habían desarticulado al Imperio Romano y disposiciones que el Estado general o los Estados feudales dictaban a lo largo del tiempo para la solución de cuestiones particulares o para intentar la obtención de un cierto orden y claridad en el sistema jurídico.

La necesidad de dar cierta unidad al Derecho se reflejó de manera diversa en los pueblos que constituyen hoy los Estados cuya legislación sigue siendo, en materia de derecho privado, de neto origen romanista.

Esa tendencia se manifestó en algún lugar como una reacción contra el Derecho Romano. Tal como sucedió en España, donde los autores

¹¹ El primer secretario del Consulado del Virreinato del Río de la Plata fue Manuel Belgrano; los tribunales de Comercio de la Capital Federal son continuación histórica y jurídica del consulado; aunque como sucedió en la mayor parte de los países, los jueces mercaderes han sido sustituidos por jueces profesionales.

de la época criticaban su subsistencia y su empleo para la resolución de los pleitos por los abogados y jueces. De allí que inclusive existiesen disposiciones especiales, como la del Consejo de Castilla en 1713, que mandaron aplicar el derecho nacional —tal como se hallaba contenido en sus varias fuentes— y sólo en última instancia el Derecho Romano. Más aún, se ordenó a las universidades enseñar el derecho nacional para facilitar su conocimiento; claro es que esto exaltó la importancia de las Partidas con lo cual, si bien no quedó en vigor el Derecho Romano, sí su espíritu, toda vez que como hemos visto las Partidas es un texto que recibe al Derecho Romano.

En Alemania, si bien por obra del feudalismo se asistía a una disolución del poder del Imperio, se dieron disposiciones emanadas del gobierno central desde fines del siglo y durante los siglos *xvi* y *xvii* que intentaron revitalizar y ordenar el derecho vigente. A la vez, entre los siglos *xvi* y *xviii*, se desarrollaron los derechos municipales y los derechos territoriales, los cuales reconocieron en forma permanente una gran influencia del Derecho Romano (Enneccerus).

b) Francia. La redacción de las Costumbres:

Donde se produce un movimiento muy importante es en Francia, lugar en que, como dijimos más arriba, coexistían los países de derecho escrito, y por lo tanto, con subsistencia del Derecho Romano, y los países del derecho consuetudinario.

El derecho consuetudinario cambió de carácter como consecuencia de la redacción oficial de las Costumbres, lo que fue impuesto por una ordenanza del 17 de abril de 1453 dictada durante el reinado de Carlos VII. La redacción comenzó en el siglo *xv* y la mayoría se concretó en el siglo *xvi*.

Las Costumbres, que eran cerca de trescientas según una cifra generalmente aceptada, se convirtieron en una verdadera ley, claro que con el inconveniente de su gran parcelación territorial.

El hecho de que las Costumbres obtuvieran fijeza a través de su conversión en una verdadera ley escrita tuvo como principal efecto la detención del movimiento en favor del Derecho Romano, el que no tuvo sino un papel supletorio aunque conservando una gran influencia (Ripert-Boulanger).

Las Costumbres fueron objeto de reformas, muchas veces sugeridas por la obra de los autores, los que comenzaron a tener gran influencia.

c) La doctrina: identificación del Derecho civil con derecho privado:

En el siglo *xvi* aparecen dos doctrinarios muy importantes, cuyas obras siguen siendo de interés, en particular, por la influencia que tuvieron en la modificación de las Costumbres y mediatamente en el Código Napoleón. Ellos son Charles Dumoulin y Bertrand D'Argentré.

Pero sin duda que el más importante autor de la época (ya en el siglo *xvii*) es Jean Domat, nacido en 1625 y muerto en 1696. La importancia

de Domat radica en que a partir de su obra se inicia para el Derecho civil una profunda transformación, tanto por su separación del Derecho Romano como del derecho público, cobrando propia sustantividad y una mayor concreción (Hernández Gil).

En verdad, a partir de la obra de Domat la noción del Derecho civil comienza a equipararse a la del derecho privado.

Planiol enseña que Derecho civil empieza a concebirse en oposición al derecho público, hecho que tiene su explicación en causas históricas: el *ius civile*, recogido en el *Corpus Iuris*, comprendía derecho público y derecho privado; pero sustituido el sistema político del Imperio Romano, y profundamente transformadas las estructuras de poder, carecía de sentido estudiar el derecho público y, por lo tanto, sólo se analizaban las normas justinianas de derecho privado.

Domat entonces hablaba de las leyes políticas públicas y de las leyes políticas privadas; las leyes políticas privadas constituían lo que se llamaba el Derecho civil.

Del mismo modo que en la obra de Domat, en algunos trabajos españoles del siglo XVIII se comienza a utilizar el término Derecho civil como diferente del Derecho Romano y como identificado con el derecho privado (Hernández Gil).

Finalmente debe señalarse que en 1699 nace Pothier, gran jurisconsulto francés, cuya obra en el ámbito del Derecho civil tendrá enorme influencia en el proceso posterior al que estamos viendo, que será el de la codificación. Ya identificado el Derecho civil con el derecho privado, Pothier sistematiza, ordena y clarifica la materia jurídica privada con la finalidad de que pase a los códigos modernos; y sin duda que su trabajo tuvo una gran importancia en el Código Napoleón, y por lo tanto en la legislación privada de todos los países que recibieron la influencia del Código francés de 1804.

V. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ¹²

21. ANTECEDENTES. LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL

Una de las aspiraciones del siglo XVIII fue la de llevar las normas del derecho escrito y consuetudinario vigentes a una forma de expresión uniforme, accesible, simple en la formulación de las normas, que diese seguridad jurídica.

Esta tendencia encuentra fundamento ideológico en por lo menos dos grandes corrientes de pensamiento. Una de esas corrientes es el racionalismo que imperaba en esa época; sin duda que la idea de un código

¹² Bibliografía especial: varios autores: *La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*, Buenos Aires, 2003; varios autores: "La codification", *Droits*, n° 24, 26 y 27, París, el último de 1998.

en el cual estuvieran condensadas todas las normas constituía un deseo casi esencial a los espíritus racionalistas del momento.

En el mundo estrictamente jurídico, la denominada escuela del derecho natural tuvo también gran influencia en este aspecto.

El derecho natural es concebido como el conjunto de reglas que en la elaboración del espíritu humano se estima que brotan de la naturaleza intrínseca de las relaciones de coexistencia sin que hayan sido creadas por un legislador (Trabucchi). Estas normas que constituyen el derecho natural son entonces anteriores e independientes de la decisión de cualquier legislador positivo y se basan sea en el orden divino, sea en la misma naturaleza de las cosas o de las relaciones humanas.

A partir del siglo xvii el derecho natural se desvincula de la idea de dependencia del orden divino para ser concebido como un producto conocido por el hombre a través de su razón. Gran influencia en esto tiene la obra del jurista holandés Hugo Grocio. Con posterioridad se desarrolló esta escuela a través de las enseñanzas de Puffendorf, Leibnitz, Tomassius y otros.

Más allá del cuestionamiento de la mutabilidad o inmutabilidad del derecho natural, lo cierto es que esta escuela ha sido de enorme trascendencia para el desarrollo del Derecho. Enneccerus dice que las doctrinas *ius naturalistas* fueron una de las armas más eficaces en la lucha espiritual por la libertad. La abolición de la servidumbre y el vasallaje, la liberación de la tierra de las cargas feudales, la libertad de la ciencia y la cátedra, la libertad del domicilio y la paulatina liberación de la industria, la supresión del tormento y de los juicios de Dios y la mitigación de las penas demasiado severas; la formación y el reconocimiento general de los principios del Derecho internacional, y aun otras varias conquistas del siglo xviii y de los comienzos del siglo xix, son, en una parte esencial, realizaciones del derecho natural, y así han influido notablemente en las grandes codificaciones del siglo xviii y comienzos del siglo xix.

Como se verá, juristas *ius naturalistas* han incidido notablemente en la redacción de estos códigos, los cuales incluso contuvieron, muchas veces, declaraciones que importaban el reconocimiento de la existencia de un derecho anterior y superior al orden jurídico positivo.

Hoy puede decirse que el derecho natural, más que como fuente de normas, constituye el criterio de ponderación que permite valorar las reglas de la vida social; y en este punto, siguiendo a Trabucchi, se puede decir que el derecho natural representa aquello que es siempre justo y bueno.

22. LAS CODIFICACIONES

Sin duda que el Código Civil por excelencia del siglo xix es el Código Napoleón. Pero antes de él, el movimiento codificador había hecho avances en la Federación germánica; ya en 1746 se había ordenado en Prusia

la redacción de un código; después de varios trabajos se sanciona en 1791 el Código General de los Estados Prusianos, el que finalmente apareció en 1794 con el nombre de Derecho General Territorial de los Estados Prusianos. Se componía de más de diecisiete mil párrafos, que contenían derecho público y privado. Defectuoso al rechazar los principios y conceptos generales y asimismo en la aspiración de resolver el Derecho en reglas aisladas tendientes a evitar toda controversia y a reducir la libertad de la consideración científica. Llegó a regir en siete provincias prusianas y en algunos otros distritos y principados.

La codificación del Derecho alemán territorial continuó después de la sanción del Código Napoleón, el que tuvo gran influencia en los nuevos derechos territoriales.

La definitiva codificación del Derecho civil alemán recién se concreta cuando el 1º de enero de 1900 entra a regir el Código Civil, fruto de arduos e intensos trabajos, y además resultado de una polémica doctrinaria y científica a la cual nos hemos de referir más adelante.

23. EL CÓDIGO NAPOLEÓN

El Código Napoleón, conocido al tiempo de su sanción como Código Civil de los Franceses, constituye el resultado de las ideas filosóficas y jurídicas en boga, así como la aspiración de los revolucionarios de sustituir en forma definitiva al antiguo Derecho civil, es decir, el que regía hasta la Revolución Francesa.

Cabe consignar que a partir de la revolución y hasta la codificación, en lo que se denomina por regla general el Derecho o Período Intermedio, los distintos organismos del Estado habían dictado ciertas normas tendientes a eliminar los resabios del feudalismo. La liberación del suelo y la reorganización de la propiedad, la igualdad sucesoria —eliminandose los privilegios de masculinidad y primogenitura—, un nuevo régimen hipotecario, etcétera, son algunos de los avances más notables en el plano del Derecho civil.

Inclusive hubo varios proyectos de código, aunque ellos no tuvieron fortuna por ser excesivamente abstractos, generales y racionalistas. Es Napoleón Bonaparte el que incentiva la tarea de la codificación; designado Primer Cónsul en el año 1800, nombró una comisión que estuvo integrada por cuatro juristas: Tronchet, Bigot de Préameneu, Portalis y Malleville, los que en muy pocos meses prepararon el proyecto definitivo.

Todos los autores franceses destacan el activo rol de Bonaparte en la redacción del código. Dicen los hermanos Mazeaud que Bonaparte creía en las virtudes de una buena legislación para una buena administración del país y testimoniaba un gran respeto a la idea de la justicia. Por eso muchos años más tarde, ya en su cautiverio de Santa Elena, se pone en boca de Napoleón la siguiente frase: "Mi verdadera gloria no es haber ganado cuarenta batallas: Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nada borrará, lo que vivirá eternamente es mi Código Civil".

El Código Civil fue sancionado por ley del 21 de mayo de 1804.

24. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL CÓDIGO NAPOLEÓN

El Código tiene un estilo muy preciso y constituye el resultado de la conciliación de esfuerzos de juristas formados en el derecho escrito, como lo eran Portalis y Malleville y de otros formados en el derecho consuetudinario, como lo eran Tronchet y Bigot de Préameneu: por eso, si bien tuvo preeminencia en la redacción el derecho que provenía de la costumbre de París, ello no impidió que el Derecho Romano fuera la fuente de los textos rectores en materia de contratos y obligaciones.

Por otro lado, el Derecho Canónico estuvo presente en lo concierne a la organización de la familia. Y naturalmente la influencia de la revolución se manifestó en el apogeo de la libertad individual y la eliminación de todos los resabios del feudalismo, hecho que se manifestó en el carácter absoluto dado al derecho de propiedad individual. La voluntad de las partes, que el derecho natural entendía y anhelaba todopoderosa, se refleja en el principio de la autonomía de la voluntad que aparece en el artículo 1134 del Código de Napoleón, equivalente al 1197 del Código Civil argentino. Finalmente en materia de responsabilidad la idea de culpa es la predominante para atribuir la.

De allí que pueda señalarse que los grandes principios del Derecho civil consagrados en el código de Napoleón son: la libertad contractual, el carácter absoluto del derecho de propiedad y la responsabilidad civil basada en la culpa (Diez Picazo y Gullón).

25. LA INFLUENCIA DEL CÓDIGO DE NAPOLEÓN

El Código francés ha tenido la virtud de proyectarse en el espacio y en el tiempo a través del reconocimiento que, de su carácter ejemplificador, hicieron los legisladores de otros países. Así es evidente su influencia en el Código italiano de 1865 que es prácticamente una copia textual del Código de Napoleón con algunas adaptaciones; en Alemania, destacándose que en 1809 se introduce como derecho territorial badense una traducción del Código de Napoleón; Bélgica y algunos cantones suizos lo adoptaron como derecho propio y tuvo también gran incidencia en el Derecho latinoamericano a partir del primer Código Civil de este continente, el de 1830 para Bolivia, conocido como Código de Santa Cruz, y la obra posterior de los grandes codificadores americanos, Freitas, Bello y Vélez Sarsfield. A este tema nos referiremos en otro capítulo.

26. LA CODIFICACIÓN ALEMANA ¹³

a) Antecedentes. *Polémica Thibaut - Savigny:*

No puede concluirse la exposición del tema de la codificación sin apuntar previamente el proceso que conduce a la sanción del Código Civil alemán que entrara a regir el 1º de enero de 1900.

¹³ Bibliografía especial: THIBAUT - SAVIGNY, *La codificación*, introducción y selección de

La Federación Germánica era tan débil que aparecía más nominal que real; reflejo de ello era la tentativa de codificar los derechos territoriales, cuyo resultado fue el Derecho prusiano al que ya nos hemos referido. Con posterioridad al Código de Napoleón un espíritu agudo observó que la redacción y consagración de un código al estilo del Código Civil de los franceses podía servir de vehículo para la unificación de Alemania. Así en 1814 el jurista Thibaut publica una obra bajo el título "Sobre la necesidad de un Derecho civil para Alemania".

Ello motivó la réplica de un gran jurista, el barón Federico Carlos de Savigny, quien publicó un trabajo que se denomina "De la vocación de nuestro siglo para la ciencia del Derecho". Savigny desarrolla en este trabajo, para refutar las ideas de Thibaut, una teoría sobre la naturaleza histórica del Derecho, unida a un esquema de los momentos principales de la historia de su desarrollo y contrapuesta, como concepción histórica, a la concepción racionalista dominante hasta entonces.

b) Los fundamentos de la escuela histórica:

El capítulo segundo de la obra de Savigny es el fundamental pues es en él donde realmente aparecen las simientes ideológicas de la escuela histórica. Para Savigny, ya al comienzo de la historia documentada, el Derecho no tiene una existencia independiente, autónoma: es privativo del pueblo; lo mismo que su idioma, sus costumbres, su organización. Estos elementos enlazados en un todo en virtud de la convicción común del pueblo (expresión sinónima de "espíritu del pueblo", que Savigny no utiliza todavía en este trabajo), del mismo sentimiento de necesidad interna que excluye la idea de un nacimiento casual y arbitrario del Derecho. Sigue diciendo Savigny que originariamente, las reglas del Derecho se materializaban en acciones simbólicas del pueblo. Pero para el Derecho no hay tampoco ningún momento de estancamiento absoluto, en lo cual es también comparable al idioma. Está sometido necesariamente al mismo movimiento y desarrollo que toda expresión del pueblo.

Como ha dicho Winscheid estas proposiciones encierran la idea fundamental de la escuela histórica y permanecen incólumes hasta hoy en día.

c) Aporte de la escuela histórica:

Sin duda que la escuela histórica constituyó un notable avance a través de Savigny y sus seguidores como Puchta y Hugo, frente al racionalismo imperante, al destacar que el Derecho constituye un elemento cultural jamás estancado o inmutable. Y que es el pueblo, los hombres

textos por Jacques Stern, trad. de José Díaz García, Madrid, 1970; LAQUIS, Manuel A., *Savigny*, Buenos Aires, 1969; LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Madrid, 1980; RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, *Historia del pensamiento jurídico*, 4ª. ed., Madrid, 1989, cap. XX, pág. 189 y sigs.

comunes, los comerciantes, los profesionales, los jueces, los que sienten la necesidad —y a la vez la crean con su actividad— de desarrollar el Derecho. Esto es muy evidente cuando se asume el estudio del derecho mercantil, donde las instituciones legislativas normalmente van a la zaga de las creaciones de los empresarios y de los comerciantes, que simplemente “inventan” figuras contractuales o de otro tipo para satisfacer las necesidades de las actividades económicas; y luego el legislador las recoge y formula en normas.

d) La escuela histórica y la codificación:

El cuestionamiento de Savigny a la codificación estuvo fundado en que ella podía llegar a cristalizar el Derecho, deteniendo o impidiendo el efecto creador de ese espíritu del pueblo que segrega las normas jurídicas.

Lo cierto es que Savigny erró en este argumento porque a pesar de la codificación, el Derecho siguió progresando, a través de las interpretaciones de los autores y de los jueces, que permitieron renovar los Códigos, aun a veces con el mismo texto, y por supuesto también por medio de las sucesivas reformas legislativas que, manteniendo el esquema unitario del Código, introdujeron en los textos las correspondientes adecuaciones a las necesidades de cada época.

Para ejemplificar basta señalar cómo en nuestro país, la jurisprudencia recogió el principio del abuso del derecho, la lesión subjetiva, la imprevisión, reconoció límites al derecho de la propiedad, etcétera, aún vigente el Código Civil en su redacción original, que parecía manifiestamente contrario a esas posibilidades.

e) La redacción del Código Civil:

Pese a la prédica savigniana, en 1874 se encargó a una comisión la redacción del Código Civil. Su trabajo fue sometido a varias revisiones y numerosas otras comisiones fueron designadas. Finalmente fue sancionado el 24 de agosto de 1896 y entró en vigor el 1º de enero de 1900.

Lo más singular del Código alemán es que se trata de un texto relativamente breve, son sólo dos mil trescientos ochenta y cinco párrafos, y que añade a sus méritos una metodología singular, pues aparece por primera vez en un texto legislativo una Parte General, a la que siguen el derecho de obligaciones, derecho de cosas, derecho de familia y derecho de sucesiones.

La idea de la existencia de una Parte General dentro del código fue fructífera y además tuvo repercusión en la interpretación incluso del Código Civil argentino, pues se descubrió —por decirlo de alguna manera— que nuestro codificador también había incorporado al texto de nuestro Código de 1869 disposiciones que eran aplicables a todo el ordenamiento privado civil. Desde el punto de vista didáctico comenzó en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, una nueva dis-

tribución de la enseñanza de la materia atribuyéndose al primer curso de Derecho civil la enseñanza de la Parte General.

El Código Civil alemán tuvo influencia en varios códigos asiáticos, en el Código Civil suizo, en las reformas parciales al Código Civil austriaco, en el Código Civil brasileño, en el Código Civil griego, en el Código Civil húngaro y en el peruano de 1936.

27. LOS CÓDIGOS DEL SIGLO XX

El proceso de codificación no termina con el Código Civil alemán de 1900, pues él se extiende por todo el Mediterráneo, siguiendo el modelo francés ¹⁴, y aun por otros lugares; así en la primera mitad del siglo XX se sancionan los Códigos de Filipinas, Cuba y Puerto Rico bajo la influencia del Código Civil español.

Pero más allá de la sanción del Código Civil italiano de 1942, que se caracteriza por concretar la unificación legislativa del Derecho civil y mercantil, como ya lo había hecho Suiza en la materia obligacional, y el Código portugués de 1966 apreciado por su precisa técnica legislativa, lo cierto es que muchos autores comienzan a advertir sobre el fenómeno conocido como la descodificación.

27.1. LA DESCODIFICACIÓN

El proceso de codificación no termina en el Código Civil alemán de 1900. Como se verá, numerosos códigos han sido sancionados a lo largo del siglo en un proceso de renovación legislativa permanente. Entre ellos pueden señalarse el Código Civil italiano de 1942 que se caracteriza por concretar la unificación legislativa del Derecho civil y mercantil, como ya lo había hecho Suiza en la materia obligacional, y el Código portugués de 1966 apreciado por su precisa técnica legislativa. La consideración de aspectos de estos dos códigos se hará en los números siguientes en los que tratamos de la evolución del Derecho civil con posterioridad al Código de Napoleón. Pueden incluirse en esta nómina abreviada, los códigos peruanos de 1936 y 1984 y el nuevo Código del Paraguay que rige a partir de 1987.

Sin embargo, mucho se ha hablado de la descodificación. Es que fue apreciable un fenómeno muy claro. La multiplicación de leyes especiales iba "sacando" materias del Código, o simplemente creando nuevas instituciones que no estaban destinadas a entrar en ellos.

¹⁴ V.: *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de la Association Henri Capitant, t. XLIV, Paris, 1993; CARBONNIER, Jean, "Le code civil des Français a-t-il changé la société européenne", D-1975-Ch 171; MAZEAUD, Henri, *Le code français et son influence en Europe*; DAVID, René, *L'influence du droit civil français en Amérique*; MAURY, Jean, "Le code civil français et son influence dans le bassin méditerranéen, l'Orient et l'Extrême Orient", en *La semaine internationale de droit*, Paris, 1954.

Se advertía así que los códigos dejaban de ser el centro de la legislación, que se desplazaba hacia las leyes especiales, causado esto en múltiples razones.

En concreto, se dice que la descodificación se ha producido entonces por la coincidencia de múltiples factores:

- la legislación especial que ha nacido para atender necesidades particulares;

- la jurisprudencia que ha ido atribuyendo significación a los mensajes comprimidos en las normas, y ha ido “creando” hasta nuevas instituciones (en la Argentina el abuso del derecho, la lesión, antes de la reforma de 1968; la indexación de las obligaciones dinerarias después), etcétera;

- el reconocimiento del efecto directamente operativo de algunas cláusulas constitucionales;

- el derecho supranacional;

- el derecho comunitario.

Ello llevó a algunos autores a pensar que estaba próxima la desaparición de los códigos, cuestionando el método de la codificación como modo de expresión legislativo. O reservándole una función de derecho residual, como disciplina de casos no regulados por los microsistemas legislativos ¹⁵.

García Cantero resume el pensamiento de Irti destacando los siguientes párrafos de su obra: “*Por un lado, el Código ha perdido todo valor constitucional, ya que las libertades políticas y civiles, el derecho de propiedad, la iniciativa económica privada, se tutelan en la Constitución, es decir, en normas jerárquicamente superiores (...). A esta tutela nada puede añadir el Código Civil despojando de la función de garantía que asumió en el siglo XIX, y expropiado día a día por las leyes especiales*”.

“*La edad de la descodificación —o sea, los años que vivimos y los que nos esperan en el próximo futuro—, está ante nuestros ojos con la nitidez de su fisonomía. El Código Civil ha perdido el carácter de centralidad en el sistema de fuentes; ya no es la sede de las garantías individuales, que son en adelante asumidas y desarrolladas por la Constitución; ya no es la sede de los principios generales, en adelante expresados mediante categorías de bienes o de clases de sujetos, mediante leyes externas. La historia de nuestro siglo revela, bajo la órbita de las reformas legislativas, una radical dirección centrífuga*”.

“*En nuestro tiempo ya no se renueva la discusión sobre la codificación. Se han extinguido o han caído los conceptos ideales: la utopía de un derecho sellado por la razón para todos los hombres y para todos los países; la confianza en la creatividad espontánea de la conciencia popular*”.

“*No podemos asombrarnos si enteras instituciones o categorías de relaciones jurídicas se sustraen al C.c. y se confían a leyes externas: el fe-*

¹⁵ IRTI, Natalino, *La edad de la decodificación*, trad. de Luis Rojo Ajuria, Barcelona, 1992, nº 8, pág. 33.

nómeno ha afectado a los sectores más vulnerables del derecho privado, desde la familia al trabajo subordinado, desde el contrato de sociedad a los contratos agrarios. El proceso de descodificación se expande irresistiblemente"¹⁶.

27.2. LA REACCIÓN DE LA DOCTRINA

Sin embargo, la tesis de Irti no hizo fortuna ni siquiera en Italia.

Recuerda el mismo García Cantero que, con motivo de los 40 y de los 50 años del *Codice civile* de 1942, se celebraron varios encuentros que trataron este tema.

En el Congreso de Sassari de 1982, se plantearon dos cuestiones fundamentales: ¿Es actual o no la idea de un Código? ¿Responde el Código Civil de 1942 a las ideas de nuestro tiempo? Si Irti adelantó su respuesta unos años antes, Bianca abiertamente lo contradice y contesta afirmativamente a la pregunta de tipo general sobre la base de que —a su juicio— el Código satisface dos exigencias fundamentales de nuestra sociedad, la igualdad y la racionalidad.

En 1992 se celebró en Génova el XIII Congreso Nacional de Abogados Jóvenes, y en su ponencia Alpa —aun siendo partidario de desmitificar el Código— le atribuye, al menos, una triple función que desempeña mejor que las leyes especiales: ser el espejo de la sociedad, no sólo presente sino futura, servir de regulación de las relaciones civiles y de laboratorio de la interpretación; y en fase de conclusiones, Ferri sostiene que la idea del Código, entendido como filosofía, no sólo no ha perdido vitalidad, sino que hoy, más que nunca, resulta indispensable. Este mismo autor, en el Congreso celebrado en Milán, afirma que el Código sigue siendo instrumento príncipe o referente privilegiado de las relaciones entre particulares, pues nunca como ahora ha hecho falta un sistema orgánico y formal de principios y normas; por ello el Código es el sistema ordenado y ordenante que ejerce una función central e insustituible.

De modo pues que una corriente de opinión ciertamente significativa distingue adecuadamente entre el envejecimiento de los Códigos y el método de la codificación en sí.

No hay duda de que los códigos decimonónicos envejecieron como consecuencia de los acelerados cambios sociales del siglo XX. Y más se nota ese envejecimiento cuando nos enfrentamos a relaciones causadas en la creación de comunidades supranacionales ni siquiera avizoradas por los autores de esos Códigos.

Pero ello no implica abdicar del método, si se concibe que la codificación no es en sí una meta inmóvil, sino un proceso, un conjunto esencialmente dinámico al cual constantemente se incorporan normas nue-

¹⁶ GARCÍA CANTERO, Gabriel, "El código civil cubano", a publicarse en *Revista de Derecho Comparado*, nº 6.

vas y se desechan las caducas; y que por lo tanto exige su revisión permanente ¹⁷.

En definitiva, lo caduco es la ilusión racionalista de consagrar en un código el derecho de manera definitiva, permanente, estable. El derecho muda, cambia constantemente, y ello debe reflejarse en el Código, el que es una exigencia sistemática de cada derecho ¹⁸.

27.3. LA PRUEBA DE LA CONTINUIDAD DEL MOVIMIENTO CODIFICADOR

Este claro y decidido movimiento de ideas, contrarias a las de Irti, está además confirmado por la realidad, pues como se verá, los países de distintas familias jurídicas han continuado utilizando el método de la codificación.

Sacco comenta que los hechos se han desarrollado como si los legisladores se hubieran olvidado de que estábamos en la era de la descodificación, ya que en el último medio siglo se han promulgado hasta cuarenta nuevos Código civiles ¹⁹. Y seguramente otros se han agregado después de la publicación del trabajo de Sacco (entre ellos nada menos que los de Holanda, Québec y la Federación Rusa).

El vasto movimiento codificador de los últimos sesenta años ²⁰, se inicia con el Código Civil italiano de 1942, unificador de la legislación civil y comercial, y que se prolonga en el Código portugués de 1966, el boliviano de 1975, el peruano de 1984, el paraguayo de 1986, el de Québec de 1994 y el holandés de 1992 ²¹.

A ellos se suman los procesos de reforma en curso en Bolivia y Perú, el proceso de elaboración de un nuevo Código Civil de Puerto Rico, la sanción del nuevo Código Civil de Brasil y la reforma del Código Civil alemán.

Y los países que pertenecían al área socialista y han ido incorporándose al mercado han optado mayoritariamente por la codificación de su incipiente derecho privado patrimonial. Recuérdense sino, a solo título de ejemplo introductorio, los Códigos de la Federación Rusa (1994), de Mongolia (1994) y de Vietnam (1995) ²²; así como la codificación lituana ²³.

¹⁷ RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho civil - Parte General*, t. I, 2ª ed., n° 236, Buenos Aires, 1998, pág. 261.

¹⁸ SCHMIDT, Karsten, "Il Codice Commerciale tedesco: dal declino alla ri-codificazione", *RDC*, 1999-6-74.

¹⁹ SACCO, Rodolfo, "Codificare, modo superato di legiferare?", *RDC*, 1983.

²⁰ V. SACCO, Rodolfo, "I codici civile dell'ultimo cinquantennio", *Riv. Dir. Civ.*, 1993-1ª Parte-311.

²¹ V. IORIATTI, Elena, "Il nuovo codice civile dei Paesi Bassi: fra soluzioni originali e circolazioni dei modelli", *Riv. Dir. Civ.*, 1992-1ª Parte-117; TALLON, D., "L'entrée en vigueur du nouveau Code Civil Neerlandais", *RIJC*, 1992-485.

²² Y actualmente están en consideración o en elaboración proyectos de reforma a los códigos civiles de la Argentina, Perú, Bolivia, Puerto Rico y Brasil.

²³ MIKELENAS, Valentinas, "Unification and Harmonisation of law at the turn of the millennium: the lithuanian experience", *Revue de Droit Uniforme*, 2000-2-243 y sigs.

Lo que en definitiva demuestra que el núcleo del derecho privado se encuentra en los códigos aun cuando aparezcan “satélites”, como lo ha denominado con agudeza un autor ²⁴.

Por lo demás, la exigencia del mercado único es tener un derecho único, al menos en ciertos sectores como lo son las obligaciones y contratos. De allí que existan tentativas de crear textos que desarrollen estas materias con la expectativa de que rijan en todo el espacio de la Unión Europea. Nos referimos al Anteproyecto de Código Europeo de Contratos preparado por la Academia de iusprivatistas europeos; y a los *Principles of European Contract Law*, elaborados por una comisión presidida por el jurista danés Ole Lando.

En fin, no parece que pueda ponerse en duda que el método de la codificación sigue vigente, y que como afirma de los Mozos la “era de la descodificación” está por ahora *afortunadamente superada* ²⁵.

Y que asiste la razón a Falzea cuando afirma que los códigos son el producto más evolucionado que la cultura humana ha podido crear en el sistema cultural del derecho ofreciendo a los ciudadanos irremplazables instrumentos de conocimiento de las reglas que regulan su acción ²⁶.

27.4. LA RECODIFICACIÓN. ALCANCE DE LOS NUEVOS CÓDIGOS

Este proceso al que venimos aludiendo es identificado como “la recodificación”. Cabrillac, profesor de la Universidad de Montpellier, dice que “la recodificación presenta una fuerza de seducción no despreciable en la doctrina, y las recodificaciones constituyen incontestablemente uno de los fenómenos legislativos más marcados de los últimos decenios” ²⁷.

Claro es que la recodificación asume formas muy variadas. El mismo Cabrillac dice que se puede recodificar por la vía de la “recodificación-compilación” o la “recodificación-modificación” que puede ser global o progresiva.

Justamente Sacco advierte que cuarenta nuevos Códigos civiles no significan cuarenta nuevos modelos de Código, y que la circulación de éstos no se detiene ante barreras lingüísticas, culturales, históricas o sociológicas.

Pero en todo caso, se debe partir de la idea de que los códigos de hoy no son como los códigos del siglo XX, pues no se exige de ellos que sean carentes de lagunas y perennes ²⁸.

²⁴ SCHLESINGER, Piero, “Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti”, *RDC*, 1993-1ª Parte-403.

²⁵ DE LOS MOZOS, José Luis, “Un intento de unificación del derecho privado. El Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio”, *RGLJ*, 1999-3-264.

²⁶ FALZEA, Ángelo, Relación introductoria en el coloquio sobre “Formalismo e attività giuridica”, Camerino, 26-27/9/1989.

²⁷ CABRILLAC, Rémy, “Recodifier”, *RTDC*, 2001-4-833.

²⁸ SACCO, *op. cit.* en nota 11; en el mismo sentido, SCHMIDT, *op. cit.*

Sin duda los objetivos de la codificación actual son más modestos que los que el Iluminismo asignó a las codificaciones del siglo XIX. No se pretende hoy que todo el derecho privado quede condensado en un Código; por el contrario se admite la convivencia con la legislación especial ²⁹ y con la *lex mercatoria* cuando se trata del comercio internacional.

En otras palabras, los códigos de la segunda mitad del siglo XX y de la actualidad no tienen la pretensión de abarcar todo ni de durar para siempre.

Pero el Código constituye el reservorio de los conceptos generales (la persona, la obligación, el contrato, la responsabilidad civil, el derecho real, el modo de transmisión de las relaciones jurídicas y los derechos subjetivos, etc.), por lo que constituye el telón de fondo de toda la legislación especial y es a la vez —según la feliz expresión de Giorgio Cian— el tejido conectivo que vincula a todas las leyes especiales y las torna inteligibles. De modo que cuando en la legislación especial se habla de dolo o culpa como factor de atribución, de obligación de seguridad, de hipoteca, de sucesión por causa de muerte, de obligaciones alternativas o de dar sumas de dinero, de cosa fungible, de contrato oneroso, de declaración de voluntad, de instrumento público, de capacidad, siempre se estará aludiendo a la regulación de esos institutos que aparece en el Código.

Es pues el Código la regulación de lo que puede quedar en él comprendido y es, a la vez, la *lingua franca* de todo el derecho privado incluido en las leyes especiales que quedan al margen de la codificación por distintas razones.

Para ver cómo lo han hecho los distintos países, deben revisarse los criterios que se han seguido en ellos, distinguiendo distintos grupos de codificaciones.

27.5. BREVE ESQUICIO SOBRE LOS CÓDIGOS DE LA SEGUNDA GENERACIÓN

a) Código Civil italiano de 1942:

El Código italiano de 1942 es —como el Código Napoleón— un modelo que ha circulado largamente. Ha tenido una significativa influencia en los códigos latinoamericanos posteriores (Perú, Bolivia, Venezuela), y ha influido —junto con las codificaciones suiza y francesa— en el Código Civil de Egipto de 1948 ³⁰, el que a su vez ha servido de modelo a los códigos de Siria, Irak, Jordania, Libia, Argelia, Sudán y Kuwait ³¹.

²⁹ A veces también bajo la forma de Códigos, como por ejemplo, los códigos del transporte, del consumo, del seguro, de la quiebra, de las sociedades.

³⁰ SACCO, *op. cit.* en nota 11, dice que el Código de Egipto es el francés con algunos artículos agregados.

³¹ PEYRARD, Georges, "Persistence de l'influence de notre Code Civil: le Code Civil de l'Etat de Bahrein", *RIDC*, 201-4-927.

b) Código Civil de Portugal de 1966:

Si bien no es una obra que se caracterice por su originalidad, pues es tributario directo del Código alemán de 1900, es muy frecuentemente estudiado en la doctrina argentina y se elogia la precisión de su método y estilo.

c) Los códigos latinoamericanos:

Podemos incluir entre los códigos latinoamericanos de segunda generación al Código Civil boliviano de 1975 (que reemplazó al Código de 1830 que era una virtual traducción del Código Napoleón), al Código Civil peruano de 1984 (en realidad, en este caso es la "tercera" generación porque reemplazó al de 1936 que, a su vez, había reemplazado al primer código del siglo XIX), y al paraguayo de 1986 que sustituyó al Código Civil que Vélez Sarsfield había redactado para la Argentina y que Paraguay había asumido como propio.

Estos tres códigos reflejan una gran influencia del Código Civil italiano.

27.6. LOS MÁS RECIENTES PROCESOS DE RECODIFICACIÓN

La recodificación ha tenido lugar en países centrales y en ellos este proceso no ha sido consecuencia de cambios políticos profundos (como ha sucedido en los ex países socialistas que se incorporan al mercado) sino que, sin razones políticas de base, han pretendido colocar la regulación del derecho privado a la altura de los tiempos.

Entre los procesos más recientes y relevantes, están Holanda, Québec y Brasil.

a) Código holandés:

El nuevo Código Civil holandés entró en vigencia en su casi totalidad el 1/1/1992. Se trata de un código único, civil y comercial, que reemplaza a la codificación de 1838 inspirada en el Código Napoleón.

No es entonces la renovación de una codificación antigua, sino una completa reestructuración.

Cada libro fue propuesto en forma separada al Parlamento, entre 1959 y 1980. Los dos primeros (personas y familia y personas morales) entraron en vigor en 1970 y 1976. Los libros 3, 5, 6 y una parte del libro 7 (contratos especiales), es decir, prácticamente todo el derecho patrimonial, entraron en vigencia el 1/1/1992. El libro 4, sucesiones, y el libro 7 restante entraron en vigor más tarde ³².

³² DENIS Tallon, "L'entrée en vigueur du nouveau Code Civil Néerlandais", *RIDC*, 1992-2-485.

b) *Québec:*

La provincia francófona de Québec ha reemplazado el Código Civil de Bas Canada (1866), que dominado por el individualismo liberal y la religión católica, ya no representaba a Québec moderno ³³; ha entrado en vigor el 1/1/1994 y es un código único, civil y comercial, cuya característica principal es que sobre la base de un derecho romano-germánico ha incorporado numerosas instituciones del *common law*. Si bien tiene la limitación de ser un código provincial en un país en el cual una porción importante del derecho común es federal (por ejemplo, el divorcio, las sociedades, las quiebras), es muy conocido en la Argentina y sus aportes son valiosos. Fue fuente importante del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998 y es material de consulta permanente de la Comisión que está preparando la recodificación de Puerto Rico.

c) *Brasil* ³⁴:

El proceso de recodificación brasileño fue muy largo, ya que la comisión inicial fue designada en 1969, y el Código recién fue sancionado en el año 2000.

Miguel Reale, cuya actividad fue decisiva en la redacción del proyecto, señala que si bien el objetivo inicial era preservar lo más posible el Código de 1916, rápidamente se advirtió que ello era imposible, pues éste no tenía correlación con la sociedad contemporánea y las más significativas conquistas de la ciencia del derecho. Y agrega que los grandes valores perseguidos por el nuevo Código son la eticidad (relevancia del principio de buena fe), socialidad (que se manifiesta en reglas muy revolucionarias sobre la propiedad y en particular sobre la adquisición o pérdida del dominio por prescripción); y operabilidad (o sea la intención es hacer un código mejor redactado, más simple y que por ello resulte más asequible).

27.7. LOS PROCESOS DE RECODIFICACIÓN EN CURSO EN AMÉRICA LATINA ³⁵

a) *Bolivia:*

Como ya dijimos el primer Código de Bolivia es de 1830, y fue tributario del Código Napoleón. Fue sustituido por el de 1975, el cual revela una fuerte influencia del Código Civil italiano de 1942.

La República de Bolivia ha encarado la reforma del Código Civil, del Código de Comercio y del Código Procesal Civil. En cuanto al Código

³³ CABRILLAC, Rémy, "Recodifier", cit.

³⁴ REALE, Miguel, "O novo código civil brasileiro", *RDC*, 4-185.

³⁵ RIVERA, Julio César, "La reforma de la codificación civil en América latina", *Revista de Derecho Comparado*, n° 1, págs. 169 y sigs.

Civil, se ha proyectado una reforma parcial, aunque importante en su extensión; entre las razones invocadas para la actualización se indica también la necesidad de adecuar el derecho privado a los cambios constitucionales, así como la adecuación a nuevas realidades y la necesidad de una reformulación permanente del derecho privado.

Se prevé la incorporación de reglas sobre asociaciones, fundaciones y colectividades campesinas; en materia de derechos reales se incluye el tratamiento de la posesión como lo hacen todos los códigos modernos; se trata la usucapión separadamente de la prescripción liberatoria; se propone incorporar al Código la propiedad horizontal que actualmente está en una ley especial; se proyecta incluir un título sobre los actos jurídicos y deslindar la regulación de las obligaciones de la de los contratos; se incluye el enriquecimiento ilegítimo como fuente de las obligaciones; y se moderniza todo el derecho sucesorio.

El anteproyecto ha sido presentado en julio de 1999 y se encuentra sometido a estudio.

b) Perú:

Perú ha tenido tres códigos civiles a lo largo de su historia. El primero sancionado el 29 de diciembre de 1851 y en vigencia desde el 29 de julio de 1852; el segundo sancionado y puesto en vigor en 1936; y el tercero —que actualmente rige— promulgado en 1984. El Código de 1984 tiene sin duda una fuerte influencia del Código Civil italiano de 1942.

Si bien el Código Civil es reciente, existen razones que invoca la doctrina peruana para justificar la tentativa de una reforma parcial. Entre ellas se pueden señalar: (i) los importantes cambios cualitativos y cuantitativos habidos en la práctica contractual con el consabido reconocimiento de la figura del consumidor; y (ii) la reforma constitucional de 1993 que contempla un sistema político y económico distinto de los existentes al tiempo de la sanción del Código de 1984 ³⁶.

Los trabajos de la comisión peruana duraron varios años, aunque tenemos la impresión de que no han de prosperar como consecuencia de los importantes cambios políticos que se han producido en el país hermano.

De todos modos se puede apuntar que esos trabajos han puesto de relieve que una de las cuestiones todavía no concluidas en ese país es la unificación del Código Civil y el Código de Comercio mediante la derogación de este último. Ello tenía el consenso de la comisión de reforma del Código de Comercio; pero se pretendía reemplazarlo con una ley marco del empresariado, tomando como elementos centrales a la empresa y al empresario; esa ley marco comprende la ley general de sociedades, la de cooperativas, las asociaciones civiles, las fundaciones y otras formas de organización individual o colectiva ³⁷.

³⁶ SOTO COAGUILA, Carlos A., "Reforma del Código Civil peruano de 1984", *L.L.*, 26/8/1999.

³⁷ SOTO COAGUILA, *op. cit.*

c) Puerto Rico:

El Código Civil de este Estado es prácticamente una reproducción del Código Civil español de 1889.

La Comisión de reformas de Puerto Rico ha iniciado sus trabajos, y tiene por delante la interesante y compleja tarea de preparar un Código Civil que se adecue a la compleja realidad institucional de Puerto Rico y que represente una adecuada síntesis entre el derecho de corte romano-germánico y el estadounidense. Cabe señalar que un distinguido jurista argentino, Luis F. P. Leiva Fernández, participa de los trabajos de la comisión de Puerto Rico.

27.8. UN CASO SINGULAR. LA RECODIFICACIÓN PERMANENTE:
EL CASO DE FRANCIA

En Francia la recodificación empezó el mismo día de la Liberación. Grandes partes del Código Civil fueron reemplazadas, particularmente en el ámbito del derecho de las personas y de la familia por inspiración del Decano Carbonnier; y recientemente del derecho de las sucesiones. Sin perjuicio de ello se reconoce expresamente que si bien el Código Napoleón ha probado su capacidad de resistencia y perdurabilidad a pesar de los cambios incesantes del derecho, ha envejecido ³⁸.

El Código de Comercio de 1807 ha sido sustituido por el Código del 18/9/2000 (y otras grandes partes de la codificación napoleónica han cedido lugar: así, el Código de Procedimientos de 1806 y el Código Penal de 1810 fueron reemplazados por los códigos de 1975 y 1994, respectivamente).

Pero además ahora se ha generado un sistema que se denomina de *codificación a derecho constante* que merece una explicación particular.

Este método importa que el Poder Ejecutivo francés puede codificar por vía de ordenanza y ha sido declarado constitucional por el consejo de Estado ³⁹.

El consejo constitucional ha dicho que este régimen tiene dos objetivos: (i) la accesibilidad e inteligibilidad de la ley; (ii) la seguridad jurídica.

Ahora bien; esta facultad no atribuye la posibilidad de modificar las reglas de derecho, sino las de:

- precisar los términos de la ley a fin de hacerla más comprensible y respetar el principio de legalidad;
- mejorar la redacción de los textos por una terminología mejor adaptada;
- descartar las disposiciones implícitamente derogadas;

³⁸ FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, "Faut-il un Code Civil européen?", *RTDC*, 2002-3-463, nº 2.

³⁹ LIENHARD, Alain - RONDEY, Céline, "Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant (à propos du nouveau code de Commerce)", *Dalloz*, 2000-Ch 521.

- repartir los textos según su naturaleza legislativa o reglamentaria;
- armonizar el estado del derecho.

Su técnica es la de la habilitación gubernamental por vía de ordenanza.

La doctrina se pregunta si la codificación a derecho constante es suficiente para el Derecho civil. Christian Attias piensa que no; concretamente dice que si llegara un día a Francia un legislador preocupado por el derecho, un nuevo código civil deberá ser preparado. Y que ello no podrá ser hecho por la vía de la codificación a derecho constante porque es necesario reconstruir nociones, clasificaciones y principios ⁴⁰.

La realidad es que hoy se asiste a un interesante debate en la doctrina francesa acerca de la conveniencia o no de sustituir el Código Napoleón así como acerca de la eficacia que puede tener este mecanismo de la codificación a derecho constante.

27.9. UN CASO EXTRAORDINARIAMENTE IMPORTANTE.

LA REFORMA DEL BGB ⁴¹.

a) Sanción y puesta en vigencia:

La reforma al BGB se ha concretado con una ley, conocida como “ley de modernización del derecho de las obligaciones”, aprobada por el Parlamento Federal el 11 de octubre de 2001 y entró a regir el 1 de enero de 2002.

Es la reforma más extensa del Código Civil alemán desde el año 1900. Ella pone fin a la discusión política y jurídicamente controvertida sobre la reforma del derecho de obligaciones alemán que ha durado veinte años ⁴².

⁴⁰ ATTIAS, Christian, “Le code civil nouveau”, *Dalloz*, 1999-Ch 200; v. también RÉMY, Philippe, “La recodification civile”, *Droits*, 1998-3.

⁴¹ GROTHE, Helmut, “La réforme du droit allemand des obligations”, a publicarse en *Revista de Derecho Comparado*, n° 8; K. JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, “La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado”, *RDP*, Madrid, 2002-188; K. JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, “Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB”, en *ADC*, 2002-1132; SCHLEY, Michael, “La grande réforme du droit des obligations en Allemagne”, *Le Dalloz, Cahier droit des affaires*, 30/5/2002, pág. 1738; FERRANTE, E., “Il nuovo Schuldrecht; ultimi sviluppi della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni e dei contratti”, *Rev. Contratto e Impresa-Europa*, 2001-2-761; WITZ, Claude, “La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations”, *Le Dalloz*, 18/11/2002 pág. 3156; MAGNUM, Ulrich, “Le recenti riforme della responsabilità civile tedesca”, en *Rev. Danno e responsabilità*, 2002, n° 12, pág. 1269; CIAN, Giorgio, “Significato e lineamenti della riforma dello schuldrecht tedesco”, *RDC*, 2003-1-1 (Parte Prima);

CANARIS, Claus, “La mancata attuazione del rapporto obbligatorio; profili generali. Il nuovo diritto delle leistungsstorungen”, *RDC*, 2003-1-11 (Parte Prima); DELLE MONACHE, Stefano, “Profili dell’attuale normativa del codice civile tedesco in tema de prescrizione”, *RDC*, 2003-2-179 (Parte Prima); CIAN, Giorgio, “La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell’atto illecito”, en *RDC*, 2003-2-125 (Parte Seconda); Varios autores, “Pourquoi la réforme et pourquoi s’y intéresser en France?”, *RDC*, 2002-935. El texto de la reforma en español en VIVES MONTERO, María Luisa, “Traducción de la reforma 2002 del BGB”, *ADC*, 2002-1229.

⁴² GROTHE, Helmut, “La réforme du droit allemand des obligations”, a publicarse en *Revista de Derecho Comparado*, n° 8.

Se dice de la reforma alemana que su resultado es equiparable a cualquiera de las reformas más recientes de otros códigos europeos, y equivale a una verdadera recodificación ⁴³.

b) Razones:

Merece destacarse que según los primeros comentaristas, el destinatario del nuevo BGB no es ya un ciudadano en abstracto (el burgués, ya pasado de moda cuando el código se puso en vigencia en 1900, después de 22 años de trabajos de preparación y elaboración), sino un ciudadano de carne y hueso que lucha diariamente contra las agresiones del mercado. Por ello se incorporan al BGB las reglas sobre protección del consumidor y es claro el objetivo de que el derecho del consumidor deje de ser un derecho especial.

Pero además, el nuevo BGB persigue los objetivos propios de la recodificación: la modernización del derecho, la información y transparencia interna, la mayor claridad, la expresión y garantía de un pensamiento que busca la sistematización del derecho ⁴⁴.

Por otro lado estaban las exigencias del derecho europeo. Por ello dice Grothe que fue de Bruselas de donde vino el impulso decisivo a la reforma. Para incorporar al derecho interno muchas directivas europeas, el legislador alemán ha debido modificar partes del derecho de las obligaciones. Entre ellas se encontraban las directivas relativas a las compras de bienes de consumo, la del retardo en los pagos en las transacciones comerciales y la del comercio electrónico que debían incorporarse en plazos algunos ya vencidos (la primera debió incorporarse en 2001).

Y de ello deriva que Dohrmann diga que de este modo el Derecho civil alemán es ahora más europeo y más internacional.

c) Fuentes:

En cuanto a sus fuentes, la reforma ha tenido siempre en cuenta la Convención de Viena de 1980 y los Principios *Unidroit*.

A la vez, incorpora algunas de las directivas europeas más importantes relativas a la protección de los consumidores, la contratación a distancia, las garantías en la compraventa de bienes para consumo, la morosidad en las operaciones comerciales y el comercio electrónico.

En materia de prescripción se han tomado en consideración algunas reglas de los *Principles of European Contract Law* (proyecto Lando).

⁴³ K. JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, "La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado", *RDP*, Madrid, 2002-188.

⁴⁴ K. JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, "Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB", en *ADC*, 2002-1132, en particular n° 5 a partir de pág. 1140.

27.10. LA CODIFICACIÓN EN LOS EX PAÍSES SOCIALISTAS (O LOS CÓDIGOS DE LA TERCERA GENERACIÓN)

a) Introducción:

En los países de la Europa Central, Báltica y Oriental la necesidad de la reformas legislativas tiene una fuente sustancialmente diversa de los países que venimos tratando.

En ellos se han sucedido a lo largo del siglo XX una serie de fenómenos que podríamos llamar revolucionarios:

- la caída de los imperios otomano, ruso y austro-húngaro;
- el establecimiento del comunismo;
- la caída del comunismo.

Esto último exige hoy a los países la adopción de instituciones que les permitan incorporarse a una economía de mercado (por ejemplo, para recibir un crédito del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento, se exige que aprueben una ley sobre el trust y muchas otras sobre materias propias del derecho financiero, bancario, bursátil, etcétera, que son absolutamente indispensables para poner en funcionamiento las instituciones propias del capitalismo).

Pero a la vez se advierten distintos panoramas, que pueden diferir enormemente de un país a otro (aun cuando sean vecinos y aun cuando ahora o antes hayan conformado un solo Estado).

Así, en una primera aproximación podrían distinguirse los países que tenían un derecho prebélico de los que no lo tenían.

De modo que algunos países volvieron al derecho anterior, y procedieron a su remozamiento. En esta orientación pueden colocarse países como Hungría y Checoslovaquia (antes de la escisión entre la República Checa y Eslovaquia).

De todos modos la codificación o legislación de los países de la ex esfera socialista es significativamente interesante para el comparatista, desde que permite advertir la circulación de modelos jurídicos por esa zona. Esos modelos jurídicos que vienen influyendo en esos trabajos y en la renovación general de la legislación de derecho privado patrimonial y derecho de los negocios no son solamente los continentales europeos. Ellos provienen de la tarea de organizaciones internacionales (como *UNIDROIT*, la Banca Mundial, el Fondo Monetario Internacional), nacionales (como la Oficina para la Cooperación Técnica del gobierno alemán o el Centro de Cooperación con la Europa del Este del gobierno holandés), de esfuerzos privados generalmente requeridos por los mismos países (como Albania que ha requerido la colaboración de juristas alemanes para la adecuación del derecho comercial), y aun de la misma UE que impuso a los países de la Europa Central que suscribieron acuerdos con ella entre 1991 y 1992 la adopción de ciertos ajustes en su derecho positivo ⁴⁵.

⁴⁵ Particularmente en el ámbito de la propiedad industrial y los derechos intelectuales.

De allí que pueda concluirse en que los ex países socialistas están hoy abiertos a recibir modelos legislativos provenientes del derecho de fuente romano-germánica, del derecho uniforme, del derecho de la UE y aun de la experiencia angloamericana, lo cual a veces produce resultados impensados ⁴⁶.

b) Los casos concretos:

Durante la era soviética regía en la entonces Unión Soviética, el Código Civil sancionado el 11/6/1964, que en lo fundamental reproducía los Principios Fundamentales de la Legislación Civil de la URSS de 1961. Su inadecuación a las instituciones de la economía de mercado intentó comenzar a superarse con la entrada en vigencia a partir del 3/8/1992 de los Principios Fundamentales de la Legislación Civil de la URSS, de 1991, junto con una serie de normas sobre propiedad, alquiler, empresas, garantías y propiedad intelectual.

Luego se dio a luz un Código Civil que ha entrado en vigencia por etapas. La primera, el 1º de junio de 1995; la parte segunda, el 1º de marzo de 1996 ⁴⁷; finalmente, el Código ha sido reformado en el 2002.

El caso de Lituania es interesante porque presenta numerosos elementos complejos ⁴⁸. Es obviamente conocido que éste es uno de los estados bálticos, independiente desde 1918, con el interregno de 50 años de ocupación soviética, entre 1940 y 1990, en que se restablece el Estado, continuador del anterior (tanto que reasume la Constitución de la década del 30, aunque por muy corto lapso).

El sistema legal de Lituania era —en el periodo de entreguerras— sumamente complejo. Restablecido el Estado independiente, la unificación del Derecho civil no era una prioridad absoluta. Era previo establecer reglas institucionales básicas, adopción de criterios apropiados para el desenvolvimiento de una economía de mercado y la restauración del derecho de propiedad.

Los redactores del nuevo Código Civil han tenido en cuenta al Código Civil holandés y al Código Civil italiano, lo que inicialmente despejó una cuestión: no habría codificación comercial separada. También se han inspirado en el derecho francés en la parte del régimen de bienes del matrimonio y en el derecho sueco en lo que hace a la cohabitación (concubinato). A la vez existe una fuerte influencia del derecho anglosajón; y

⁴⁶ Ajani informa que en Albania el proyecto de reforma a la ley de sociedades, preparado por juristas alemanes, parece tener cierta inspiración en la ley francesa de 1966, mientras que la primera parte del Código de Comercio refleja parcialmente el contenido del Código albanés de 1932 proyectado por Cesare Vivante, y el sistema de registro de las sociedades tiene inspiración alemana: AJANI, *op. cit.*, nota 32 en pág. 1102.

⁴⁷ La fuente es BUTLER, W. E. - GASHI-BUTLER, M. E., *The developments of the civil code*, prólogo a la edición inglesa del Código Civil de la Federación Rusa.

⁴⁸ La fuente es MIKELENAS, Valentinas, "Unification and harmonisation of Law at the turn of millenium: the Lithuanian Experience", *Revue de Droit Uniforme*, 2000-2-243.

ha servido como fuente la versión inglesa del Código Civil de Québec. Y también se ha seguido mucho a los Principios *Unidroit* en la teoría general del contrato; lo mismo que el proyecto Lando.

Por lo que en definitiva el nuevo Código Civil —adoptado por el Parlamento el 18/7/2000 y en vigor desde el 1/7/2001— es una síntesis de fuentes romano-francesas, germanas y anglosajonas.

Letonia es un caso de retorno al derecho prebélico. Había sancionado un Código Civil en 1937, y éste ha sido puesto en vigencia nuevamente con numerosas reformas.

En Estonia en cambio, no había Código Civil antes de la Segunda Guerra Mundial, y se ha adoptado una legislación de derecho privado contenido en varias leyes separadas.

Vietnam ha sancionado un Código Civil que tiene a poner la piedra fundamental de un derecho privado patrimonial ⁴⁹. Mongolia también tiene un Código Civil que puede ser consultado en Internet, pero sobre el cual no tenemos otros datos.

Uzbekistán constituye un modelo de país ex socialista que ha mantenido el Código sancionado durante la pertenencia a la ex URSS (1963), pero modernizado con leyes sobre la propiedad, la actividad empresarial, las personas morales, etcétera ⁵⁰. Pero luego fue reemplazado por un nuevo Código Civil, adoptado en dos pasos (21/12/1995 y 28/8/1996), y entró en vigencia el 1/1/1997 ⁵¹.

27.11. LAS CODIFICACIONES EN LOS PAÍSES MUSULMANES

Los países musulmanes han pasado también por distintas etapas de codificación. Uno de los primeros esfuerzos —con una gran inspiración comparatista— fue el de Túnez; el Código Civil de 1906 es obra fundamental de un jurista italo-tunecino, David Santillana. Fue precedido por un código inmobiliario (*code foncier*) de 1885 aplicado en Marruecos, Líbano y Siria, inspirado también en distintos derechos (incluido el sistema Torrent australiano). El Código de las obligaciones y contratos de Túnez se aplica en Marruecos y Mauritania ⁵².

⁴⁹ V. SERAFINO, Andrea, "Il processo di codificazione nel Vietnam", *RDC*, 2001-5-665.

⁵⁰ SADOV, Akmal, "Le système juridique de l'Ouzbekistan. Histoire et droit contemporain", *RDC*, 1995-4-883.

⁵¹ BUTLER - GASHI-BUTLER, *op. cit.*; ellos también informan del Código Civil de la República de Kazahstan, adoptado el 27/12/1994, y que el Código Civil de la República de Belarus, de la época soviética (1964), fue modificado en 11/7/1997. LEIVA FERNÁNDEZ trae noticia sobre los códigos de Georgia (1997), Kyrgyzstan (1996-7), Tajikistan (1999), Armenia (1998) y Turkmenistán (sin fecha), "Notas breves sobre el nuevo Código Civil de Brasil", *Revista de Derecho Comparado*, n° 5, pág. 168.

⁵² CHARFEDDINE, Mohamed Kamel, "Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'elaboration du Code tunisien des obligations et des contrats", *RDC*, 1996-421.

En cuanto al Código de Egipto, de 1948, ha sido señalado como un importante trabajo, que ha inspirado a muchos otros países (Sudán, Jordania, Irak, Siria, Kuwait). Con motivo de los cincuenta años de vigencia que cumplió en 1998, se celebraron múltiples jornadas de estudio de este Código y su influencia en el área musulmana.

El Código Civil de Bahrein ha sido puesto en vigencia, por el emir de ese estado, en marzo de 2001. Como los otros códigos de la región excluye el derecho de familia y lo interesante es como se las han arreglado para compatibilizar la *charia* con las necesidades de un país con un extraordinario dinamismo comercial y financiero; de modo que si bien incluye a la ley islámica como fuente, trata del préstamo, del interés, del seguro, etcétera ⁵³.

27.12. CHINA

En China todavía no hay un Código Civil. Comenzadas las reformas económicas se creó una Comisión de redacción del Código Civil (1979), pero se dejó sin efecto en 1986 por considerarse prematura esa tarea.

De todos modos se ha sancionado una ley denominada Principios Generales del Derecho Civil (1986) y existe una sólida convicción en la doctrina sobre la conveniencia de ordenar el conjunto de la legislación en un Código ⁵⁴, aunque los trabajos han sido sólo iniciados, avanzan por partes y lentamente ⁵⁵.

27.13. LAS CODIFICACIONES SUPRANACIONALES

Una de las realidades más evidentes de los últimos decenios es la creación de grandes espacios económicos: la Unión Europea, Nafta y Mercosur son los ejemplos más conocidos.

En lo que atañe al tema que tocamos cabe puntualizar que estas áreas son espacios internacionales en los que es un derecho de los ciudadanos de los Estados el transitar, establecerse, trabajar y disponer la circulación de bienes (incluidos los capitales). De modo que se genera una suerte de "mercado único" cuya dimensión territorial es la totalidad de los Estados miembros.

Se afirma que ese mercado único requiere un derecho único, pues sería ineficiente que cada vez que contrataran un ciudadano francés y uno italiano o alemán fuera necesario determinar por las reglas del derecho internacional privado cuál es la ley aplicable y el tribunal competente para entender en un posible conflicto.

⁵³ PEYRARD, *op. cit.*

⁵⁴ LI-KOTOVTCHIKHINE, Xiao-Ying, "La réforme du droit chinois par la codification", *RIDC*, 2000-3-529.

⁵⁵ V. JIANG PING, "L'orientamento del diritto civile del XXI Secolo e la redazione del Codice Civile Cinese", en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 12-2001-391.

Por ello se han puesto en marcha algunas iniciativas. El fruto más importante de ellas son los *Principles of European Contract Law*, elaborados por *The Commission on European Contract Law*, bajo la dirección del profesor danés Ole Lando, ha seguido el método de la codificación de la parte general de los contratos, a la luz de las experiencias del derecho comparado; en otras palabras, ha tomado en consideración las soluciones provenientes del derecho de los estados miembros de la UE ⁵⁶.

Por otro lado el grupo de Pavia, bajo la dirección del profesor Gandolfi, ha presentado una obra hecha sobre la base del Código Civil italiano de 1942, considerado una suerte de síntesis entre el derecho francés y el alemán; a la vez que ha abrevado en el proyecto McGregor en cuanto al derecho anglosajón.

De todos modos el futuro de una codificación europea está abierto a la discusión, y una consulta hecha por organismos de la UE ha dado como resultado que todavía se está muy lejos de obtener consenso sobre una posible codificación a nivel europeo ⁵⁷.

27.14. CONCLUSIONES

De lo expuesto se concluye claramente en que existe un vastísimo movimiento recodificador, impulsado por:

- el envejecimiento de los códigos del siglo XIX y aun los del siglo XX;
- los desprendimientos que se han producido de esos Códigos, creando múltiples microsistemas que de todos modos necesitan estar vinculados por un derecho común que sirva de *lingua franca*;
- los cambios sociales y económicos de la última parte del siglo XX;
- las exigencias de armonización cada vez más notables impuestas por la globalización de los mercados y la creación de grandes espacios económicos.

27.15. LA RECODIFICACIÓN EN LA ARGENTINA. REMISIÓN

La historia de la codificación en la Argentina se estudia en el capítulo V. Las reformas al Código Civil se exponen a partir del n° 227. En el

⁵⁶ Díez PICAZO, LUIS - ROCA TRIAS, Encarna - MORALES, A. M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002; contiene la traducción al español con comentarios valiosísimos de los autores.

⁵⁷ V. MARTÍNEZ SANZ, "Estado actual y perspectivas de la unificación del derecho europeo de contratos", *L.L.*, 21/5/2003; FAUVORQUE-COSSON, Benedicte, "Faut-il un code civil européen", *RTDC*, 2002-3; BUSSANI, Mauro, "En busca de un derecho privado europeo", *ADC* 2002-941; ALPA, Guido, "Dioritto Privato Europeo: fonti normative e programmi di armonizzazione", *GCC*, 2003-16; ALPA, Guido, "L'armonizzazione del diritto contrattuale e el progetto di codice civile europeo", *GCC*, 203-169; HUET, Jerome, "Réflexion d'un juriste francia sur l'idée d'un code civil européen", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial Europeo*, 10-223; ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, "La codificación como técnica de unificación del derecho privado europeo", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial Europeo*, n° 10; LANDO, Ole, "The future of European Civil and Commercial Law", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial Europeo*, 10-231.

número 234 se estudia el Proyecto de Unificación Legislativa que llegó a ser sancionado por el Congreso de la Nación y fue vetado por el PEN. Y en el párrafo VII, n° 235 y siguientes se examina el Proyecto de Código Civil de 1998.

VI. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CIVIL A PARTIR DEL CÓDIGO NAPOLEÓN

28. INTRODUCCIÓN

Hemos señalado que los principios fundamentales sobre los cuales asentaba la codificación napoleónica eran la autonomía de la voluntad, la propiedad absoluta y la responsabilidad por culpa.

Como veremos en los números siguientes, si bien estas ideas siguen constituyendo principios fundamentales del derecho privado patrimonial, han sufrido modificaciones y morigeraciones muy importantes nacidas de un desarrollo económico, político, social y cultural muy significativo; y ello se refleja en las tendencias doctrinarias, legislativas y jurisprudenciales de hoy en día.

29. LOS DESPRENDIMIENTOS DEL DERECHO CIVIL

Es preciso comenzar el estudio de la evolución del Derecho civil en los siglos XIX y XX por la observación de un fenómeno característico como es que ciertos contenidos del Derecho civil han venido a constituir otras ramas del derecho que en gran medida se han independizado del tronco común.

30. EL DERECHO DEL TRABAJO

a) *El trabajo en la codificación civil:*

El Código Napoleón no reconoció la independencia del contrato de trabajo, el que quedó subsumido en las reglas de locación de servicios; lo mismo en el Código Civil argentino. Por lo tanto el contrato de trabajo estaba sometido a las normas ordinarias que regían los contratos, en particular al principio de la autonomía de la voluntad de las partes; es decir que ellas eran las que reglaban los derechos y obligaciones de empleador y empleado, como patrón y dependiente, tanto fuera en cuanto a las condiciones de trabajo, lugar, horario, etcétera, como de retribución: salario.

El principio de la autonomía de la voluntad de las partes está fundado en la plena igualdad jurídica; en teoría, si ambas partes son jurídicamente iguales, ambas pueden discernir, en plano absoluto de equivalencia, la conveniencia o la inconveniencia de las condiciones contractuales a las que se sujetan.

Sin embargo, y esto tendrá también influencia en todo el resto del derecho privado patrimonial, pronto se advirtió que si la igualdad jurídica no tenía como correlato la igualdad económica, una de las partes era la que hacía prevalecer su voluntad sobre la otra imponiendo las condiciones contractuales.

Así, por regla, el empleador o patrono, económicamente preponderante, era el que imponía a los dependientes, dadores de su fuerza de trabajo, todas las condiciones de la relación laboral incluido el salario que fluctuaba de acuerdo con las reglas de la oferta y la demanda.

b) Nacimiento del derecho del trabajo:

Sin embargo, el parto del derecho del trabajo no fue fácil, pues hubo quienes imbuidos de las ideas liberales e individualistas pretendían mantener el sistema vigente.

La prédica de los autores, entre nosotros fundamentalmente, Alfredo Palacios, y del movimiento sindical, que tuvo gran importancia en Europa, Estados Unidos y también en la Argentina, reveló la insuficiencia de las normas del Código Civil para la tutela de la que indudablemente constituía la parte más débil del contrato.

Nació así, entonces, en una primera etapa lo que se conoció como “legislación del trabajo”, conjunto de normas a veces dispersas que trataban de regular distintos aspectos de la relación laboral, estableciéndose la limitación de la jornada, la reglamentación de los accidentes de trabajo (en la Argentina la ley 9688 de Accidentes, importó una notable excepción al principio de la responsabilidad por culpa: al fundarla en el riesgo creado por el titular de la actividad empresarial); y la regulación de otros aspectos de las relaciones laborales. Finalmente el Estado comenzó a intervenir en todos los aspectos de la relación laboral, incluido el salario; y se asistió al nacimiento de una nueva figura, las denominadas convenciones colectivas de trabajo, acuerdos otorgados por las entidades representativas de trabajadores y patronos de una misma actividad para la regulación uniforme de las condiciones de trabajo y remuneración de la actividad de la que se tratare.

Así el derecho de trabajo comenzó a constituirse en una rama autónoma, tanto desde el punto de vista legislativo como didáctico. Y por supuesto que también desde el punto de vista jurídico-científico en la medida en que se fue reconociendo la existencia de principios propios.

c) Ubicación del derecho del trabajo:

Hoy es tema de debate la ubicación del derecho del trabajo en el ámbito propio del derecho privado, habida cuenta de la permanente intervención del Estado en la regulación de múltiples aspectos de la relación laboral. Por lo menos debe señalarse que la mayor parte de las disposiciones laborales son de orden público y por lo tanto inderogables para las

partes; y los beneficios otorgados al trabajador son irrenunciables (artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina).

31. EL DERECHO AGRARIO

Otra rama que tomó independencia del Derecho civil fue el derecho agrario. Es decir, el derecho regulador de la explotación de la tierra en sus diversas formas.

Tampoco fue fácil el reconocimiento de la autonomía del derecho agrario, pues numerosos autores sostuvieron durante muchos años que sus principios fundamentales se encontraban en los códigos civiles.

Pero, nuevamente la intervención del Estado en la regulación de los aspectos económicos de la actividad agropecuaria condujo a la creación de una masa legislativa, a la que se dio en llamar legislación rural o agraria, que dio origen posteriormente a la formulación de postulados o principios científicos propio del derecho agrario, independientes o excepcionales del Derecho civil.

Sin perjuicio de ello, debe señalarse que dentro de nuestro Código Civil o en las leyes a él incorporadas aparecen insertas aun varias normas del derecho agrario. Así el arrendamiento rural, lo relativo a la propiedad del ganado, a los vicios redhibitorios de los semovientes, el régimen de la propiedad rural; ello no excluye la afirmación de que los preceptos civilistas tienen validez sólo como conjunto subsidiario de los principios y normas del derecho agrario, tan emparentado con el derecho público por sus objetivos específicos que muchas veces impondrá su propia normativa aun en las instituciones básicas del derecho común.

32. EL DERECHO MERCANTIL

El tema del derecho mercantil lo hemos de tratar por separado pues constituye un fenómeno muy singular que merece por lo tanto un tratamiento especial.

VII. LAS TRANSFORMACIONES DE LAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES. CAUSAS IDEOLÓGICAS

33. LA TRANSFORMACIÓN IDEOLÓGICA COMO FUNDAMENTO DE LAS MUTACIONES INSTITUCIONALES ⁵⁸

Los códigos civiles del siglo XIX y XX, entre ellos el argentino, como no podía ser de otra manera, reflejaron las ideologías filosóficas y políticas

⁵⁸ Bibliografía especial: BERTRAND, Edmond, *L'esprit nouveau des lois civiles*, París, 1984; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Crisis mundial y crisis del Derecho*, 2ª ed., Madrid, 1961; BONET CORREA,

imperantes. Por ello obviamente estos códigos están impregnados del liberalismo decimonónico.

Esto no constituye una crítica a las codificaciones, puesto que ellas significaron un notable avance sobre el feudalismo —cuyos resabios existían especialmente en la regulación de la tierra y en la condición de las personas— y sobre el absolutismo de los reyes. Se estableció así la igualdad de los sujetos como principio básico del ordenamiento y de allí el respeto casi sagrado a la voluntad de las partes.

Mas, como todas las ideologías se superan, o al menos se atemperan en sus consecuencias extremas, se ha visto en el siglo un proceso de modificación de numerosas instituciones y de morigeración de los efectos absolutos que se daban a otras, en particular el mito de la autonomía de la voluntad y del derecho de propiedad.

Ello era necesario, pues como señala Llambías, las principales consecuencias del liberalismo habían sido: en el orden económico, la convicción de que el Estado, mero productor de seguridad, debía ser un testigo prescindente de los fenómenos económicos entregados a la regulación de los particulares; en el orden jurídico político, la misma concepción del Estado gendarme, sólo preocupado por obtener un equilibrio de libertades individuales, imposible de lograr en la práctica debido a las diferencias económicas, fenómeno al que ya hemos hecho mención; y en el orden jurídico privado, una cierta valoración exagerada de los derechos subjetivos desentendidos del bien común y de la función social.

Sin duda que el siglo ha asistido a una revalorización de lo social, para atemperar los efectos del exagerado individualismo al que había llevado la aplicación extremosa de las ideas liberales. Esas ideas sociales producen un fenómeno en el campo de lo jurídico que se conoce como socialización del derecho privado y que se refleja en una multitud de aspectos: tanto en una concepción de los derechos subjetivos más limitada, cuanto en la exigencia de la protección de las partes más débiles de las relaciones jurídicas (v. n^o 46).

La concepción absoluta de los derechos subjetivos había llevado a considerar que el ejercicio de un derecho no constituye en ilícito ningún acto (art. 1071); y en el ámbito del derecho de propiedad al reconocimiento del carácter absoluto del mismo: el propietario podía hacer con la cosa lo que su voluntad le indicara sin limitación alguna; podía degradarla, destruirla, desnaturalizarla (art. 2513).

José, "Las transformaciones contemporáneas del derecho patrimonial", en *Estudios en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, Madrid; LUCARELLI, Francesco, *Diritti Civili e Istituti Privatistici*, 2^a ed., Padova, 1984; SANTOS BRIZ, Jaime, "El Derecho civil. Evolución de su concepto y tendencias actuales", *RDP* 1977-14; SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho económico y Derecho civil*, Madrid, 1963; ATTIAS, Christian, "Progrès du droit et progrès de la science du droit", *RTCD* 1983-692; DE TRAZEGNIES, Fernando, "El Derecho civil ante la postmodernidad", *J.A.* 4/4/1990.

A continuación trataremos varias instituciones que reflejan esos cambios.

34. *LA RELATIVIDAD DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS: EL ABUSO DEL DERECHO*

Si bien el tema del abuso del derecho será objeto de tratamiento especial, es preciso señalar aquí que, dentro del proceso de transformación de las instituciones fundamentales del derecho privado, se encuentra el de la relativización de los derechos subjetivos, lo que se traduce en el acogimiento doctrinario, jurisprudencial y legislativo de la denominada doctrina del abuso del derecho.

Ello ha tenido repercusión en nuestro sistema jurídico, en primer lugar, por vía jurisprudencial, a través del reconocimiento de ciertos límites al ejercicio de los derechos subjetivos, lo que encontró fundamento normativo en el artículo 953, que dispone que el objeto de los actos jurídicos debe ser conforme a la moral y las buenas costumbres.

La Ley de Reformas al Código Civil N° 17.711 del año 1968 introdujo expresamente la doctrina del abuso del derecho —que por otra parte había sido ya recogida en la Constitución de 1949— disponiendo ahora el artículo 1071 que: “El ejercicio regular de un derecho propio o del 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 el que contradiga los fines que aquella tuvo en miras al reconocerlos, o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

35. *LOS LÍMITES IMPUESTOS AL DERECHO DE DOMINIO*⁵⁹

La doctrina del abuso es un mero reflejo de una concepción más amplia, cual es, como decíamos, la relatividad de los derechos subjetivos; y se ha proyectado esta ideología también a la regulación del derecho de dominio. El actual artículo 2513 dispone que: “Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular”. Y el artículo siguiente establece: “El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuere abusivo aunque privare a terceros de ventajas o comodidades”.

⁵⁹ Cabe aclarar por qué usamos el término “dominio” y no la palabra “propiedad”. En nuestro sistema jurídico, la propiedad es un concepto amplio, cuyo contenido ha sido definido por la Corte Suprema de Justicia como todo derecho subjetivo público o privado que el hombre tiene fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad. El dominio en cambio, es el derecho real en virtud del cual una cosa queda sometida a la acción y voluntad de una persona (art. 2506, Cód. Civ.). De allí que la relación entre esos dos conceptos resulte ser la que hay de género a especie: la propiedad es el género, comprensivo de todo derecho subjetivo patrimonial, incluido el dominio, que es la especie.

Es preciso señalar que en el Código existían disposiciones limitativas del derecho de dominio; tales las que se encuentran en el Título VI del Libro III, que se denomina justamente: "De las restricciones y límites del dominio", entre las que se regulan en particular las restricciones impuestas en el interés público regidas por el derecho administrativo, las restricciones a la disposición jurídica del derecho de dominio y las restricciones en interés de los vecinos.

Pero la reforma es significativa, si se atiende a que los artículos 2513 y 2514 están definiendo una concepción no absoluta del derecho de propiedad; exactamente la contraria a la que se refleja en la nota que Vélez puso al pie del artículo 2513. Dice allí el codificador: "Importa, sin embargo, observar que los excesos en el ejercicio del dominio son en verdad la consecuencia inevitable del derecho absoluto de propiedad, pero no constituyen por sí mismos un modo del ejercicio de este derecho que las leyes reconocen y aprueban... Pero es preciso reconocer que siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa. Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituyere juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida".

36. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La relatividad de los derechos subjetivos, y la necesidad del adecuamiento de la propiedad a las exigencias sociales, tienen un correlato en la morigeración de la fuerza obligatoria de los contratos, regla que deriva del papel atribuido a la voluntad de las partes.

La soberanía absoluta de la voluntad está fundada en el presupuesto de la igualdad jurídica de las partes. Pero como es obvio, esa igualdad jurídica no necesariamente encuentra su equivalente en la igualdad económica. De allí que, desde hace muchos años, los autores señalaron que el principio de igualdad jurídica se veía burlado en la realidad por las diferencias económicas entre las partes; una de ellas, la económicamente más poderosa, puede imponer las condiciones del contrato a la otra. Esa evidencia hizo que los tribunales comenzaran, primero tímidamente y luego ya más decididos, a aplacar el efecto absoluto del principio de la autonomía de la voluntad, y ello encontró también recepción legislativa a través de la aceptación de la lesión subjetiva, la imprevisión, el control de las condiciones predispuestas de los contratos, etcétera.

Cabe puntualizar además, que esta moderación de los efectos de la autonomía de la voluntad privada ha sido también consecuencia de los cambios que han tenido las condiciones socioeconómicas de vida, que se reflejan en múltiples aspectos, en particular en la manifestación de las relaciones sociales y económicas. La aparición de la empresa constituye un fenómeno innegable que ha conducido a la masificación de la contratación, al establecimiento de condiciones predispuestas, etcétera.

En consecuencia, la relativización del principio de la autonomía de la voluntad halla dos causas principales: por un lado el abandono de la idea del absolutismo de los derechos subjetivos; y por otro las transformaciones socioeconómicas. Por lo tanto este tema será estudiado con mayor detenimiento más adelante, cuando veamos cómo la evolución de las condiciones socioeconómicas de vida ha tenido incidencia notable en la regulación de múltiples aspectos del derecho privado (v. *infra* n° 42).

37. EL PERSONALISMO ÉTICO COMO SUSTENTO DE LA RELACIÓN JURÍDICA FUNDAMENTAL

Hoy existe coincidencia en la idea de que todo hombre es persona.

Esta consideración, como explica Larenz a quien seguimos en la exposición de este tema, se hace inteligible, junto con todas las consecuencias que de ello se derivan, solamente sobre el fondo de una comprensión del hombre según la cual la condición de persona es la cualidad que distingue al hombre de todos los demás seres vivientes.

Esta comprensión tiene sus raíces en el cristianismo y una exposición duradera en el "personalismo ético" de Kant.

El personalismo ético 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".

De ello se sigue, afirma Larenz, 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 éste es la "relación jurídica fundamental", la cual, según esta concepción, es la base de toda convivencia en una comunidad jurídica y de toda relación jurídica en particular.

Es preciso señalar que estas ideas encontraron repuesta en las doctrinas normativistas y positivistas que consideraron a la persona como un concepto técnico jurídico. En este orden de ideas, es persona algo o alguien a quien el derecho positivo atribuya esa calidad: así, puede ser persona un animal, o no serlo un hombre. Esta concepción conduce a la desafortunada conclusión de que la noción de persona no es esencial al derecho y que no juega otro papel que el de facilitar su exposición.

Estas ideas han servido de fundamento a sistemas totalitarios tan frecuentes en el siglo xx; el Estado, a través de las normas jurídicas, puede reconocer o desconocer la calidad de "personas" a ciertos seres humanos, y así privarles de esa "dignidad" de la que nos habla Kant.

De allí la repotenciación actual del personalismo ético como sustento de la relación jurídica fundamental, que se trasluce en las obras de Larenz y de su seguidor hispánico Santos Briz; y en el movimiento legisla-

tivo universal que ha valorizado la presencia del hombre como sujeto de derecho a través del reconocimiento expreso de los llamados derechos personalísimos (derecho a la vida, a la igualdad, a la libertad, a la intimidad, al honor, a la imagen, a la identidad, a la integridad física, a la disposición del propio cuerpo y del cadáver).

37.1. EL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN ⁶⁰

Después de la Segunda Guerra Mundial, las Constituciones que se dictaron en los países en los cuales habían existido regímenes autoritarios tuvieron una preocupación especial en subrayar la dignidad personal como un dato esencial —como lo venimos de ver— y de ello se deriva la necesidad de asegurar a la persona un ámbito de libertad que le permita desarrollar libremente su personalidad. Así, se refleja en los arts. 1.1., 1.2. y 2.1. de la Ley Fundamental alemana y en el artículo 10.1. de la Constitución española; este último dice: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamentos del orden político y de la paz social”.

En el ámbito de la filosofía jurídica existen múltiples formulaciones de la idea de libertad y su corolario, la autodeterminación. No es el caso de explicarlas ahora, pues ello excedería los límites de una obra de Derecho civil. Por ello nos limitamos a señalar que un filósofo cuya obra es conocida entre nosotros, Ronald Dworkin, dice que la libertad debe ser entendida como un conjunto de derechos a tener ciertas libertades. Entre esas libertades pueden incluirse la libertad de culto, de conciencia, de expresión y la libertad de elección en esferas que atañen a lo más íntimo de las personas, como el empleo, la orientación sexual, la constitución de la familia y el tratamiento médico ⁶¹.

Esta visión liberal defiende entonces el principio de autonomía de las personas, el derecho de cada persona a escoger y llevar adelante su propio plan de vida y exige, además, la neutralidad del Estado frente a las perspectivas morales individuales ⁶².

Con mucha claridad lo expresa un autor argentino al decir que “jurídicamente hablando, quienes defienden posturas como las citadas tienden a proponer un rol activo de los jueces en la protección de las opciones morales de cada uno, a la vez que procuran que la “coraza” de pro-

⁶⁰ Bibliografía especial: DWORKIN, Ronald, *La comunidad liberal*, trad. Claudia Montilla, precedida de un estudio preliminar de Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo, Bogotá. 1996; RAWLS, John, *Political liberalism*, New York, 1991; VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, “Algunas observaciones acerca del concepto de persona y de los derechos que le son inherentes (art. 10.1. Constitución española), desde la óptica del Derecho civil”, Separata del libro *Estudios en recuerdo de la prof. Sylvia Romeu Alfaro*, Valencia, 1989.

⁶¹ V. el estudio preliminar a la obra de Dworkin citado en la nota precedente, pág. 90.

⁶² Ídem nota anterior, pág. 42.

tección erigida en torno a cada individuo, a través de sus derechos, impide que los mismos sean perseguidos o censurados en razón de su forma de vivir, de pensar, de expresarse. Cada persona debe contar, entonces con la más amplia posibilidad de sostener y defender sus propias ideas, de persuadir y criticar a los demás (y muy especialmente al gobierno), de conocer y adherir a formas de vida distintas". En fin, se concluye, "esta es la forma en que se garantiza un igual respeto a todos: permitiendo que todos se expresen, critiquen a los demás y se eduquen mutuamente en la diversidad" ⁶³.

Estas ideas, que constituyen el núcleo de la visión liberal, presiden la adopción de soluciones en múltiples situaciones que se plantean en el ámbito del Derecho civil, tales como el reconocimiento de las parejas homosexuales, la esterilización y el derecho a rechazar o aceptar un tratamiento médico clínico o quirúrgico.

VIII. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES. LAS CONDICIONES SOCIOECONÓMICAS DE LA VIDA ACTUAL COMO CAUSA

38. LA MASIFICACIÓN SOCIAL. INFLUENCIA SOBRE LA VIDA DE LA PERSONA FÍSICA ⁶⁴

Es una experiencia mundial el fenómeno migratorio del campo hacia la ciudad. Las grandes urbes aumentaron constantemente su número de habitantes en detrimento de la población rural o campesina, y esto lleva a una necesaria interrelación entre los sujetos, no querida ni deseada, sino simplemente nacida de la vecindad o proximidad en que se habita, se trabaja o se transporta uno de un lugar a otro.

De otro lado, el individuo de la época actual está decididamente influenciado por los medios de comunicación; y así los diarios, revistas, televisión, radio, cine, penetran en el ámbito del hogar o en cualquier otro en el cual el individuo desarrolle sus actividades.

Un inédito avance tecnológico permite la captación de la voz, de la imagen, en fin, la intromisión en los ámbitos y en los momentos más íntimos del sujeto.

⁶³ GARGARELLA, Roberto, "Inconsistencia y parcialidad. Un examen histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina", *J.A.*, 26/11/2003.

⁶⁴ Bibliografía especial: DIEZ PICAZO, Luis, *Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado*, Madrid, 1979; VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Sociedad de masas y Derecho*, Madrid, 1968; SAVATIER, René, *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*, 2^a. ed., París, 1952/1959; ANDORNO, Roberto L., "Impacto tecnológico y masificación social en el derecho privado", *L.L.* 14/6/1990; GOLDENBERG, Isidoro H., "Impacto tecnológico y masificación social en el derecho privado", *L.L.* 1989-E-872; ALTERINI, Atílio Anibal, "Desmasificación de las relaciones obligacionales en la era post-industrial", *L.L.* 1989-C-955.

El avance de la ciencia se proyecta también en otros espacios de la vida humana. En particular queremos hacer referencia a la medicina que descubre nuevos tratamientos clínicos y quirúrgicos, posibilita la prolongación artificial de la vida, o su nacimiento a través de medios técnicos, como la inseminación, la fecundación *in vitro*, etcétera. Vinculado con esto la biología, la biogenética y la ingeniería genética están realizando avances en la manipulación de la vida, que ponen al hombre frente a un desafío ético con indudables proyecciones en lo jurídico.

a) Los derechos de la personalidad:

Estas circunstancias en conjunción con el personalismo ético como fundamento de la relación jurídica fundamental y el reconocimiento de un núcleo duro de libertades que permitirán a la persona el libre desarrollo de su personalidad, conducen a la revalorización de ciertos hechos o atribuciones que el sujeto tiene por el solo hecho de ser tal, y que constituyen la categoría de los denominados derechos de la personalidad o derechos personalísimos.

Dentro de esta categoría, de los denominados derechos personalísimos, el primer desarrollo se produjo en los que se denominan hoy derechos de la personalidad espiritual, en orden a la protección de la intimidad, la imagen y el honor de las personas.

- Un vasto movimiento legislativo, que abarca prácticamente a todos los países occidentales, ha concluido en el reconocimiento concreto de estos derechos; a ello debe sumarse la existencia de textos constitucionales modernos —como el español y el peruano— que también hacen expresa referencia a ellos. Y en los países de tradición anglosajona, el derecho a la privacidad constituyó uno de los avances más importantes de la jurisprudencia en orden a la protección de la personalidad.

En nuestro país el movimiento doctrinario se concretó en el artículo 1071 bis del Código Civil.

Además, tutelas parciales del derecho a la intimidad, o del derecho a la imagen, aparecen en leyes especiales, como lo son la de marcas, la de propiedad intelectual y la de nombre.

Pero el interés nacido en la doctrina y en la jurisprudencia por la protección de la persona física, se ha extendido más allá a través del reconocimiento de las libertades y la igualdad como derechos personalísimos, y por lo tanto susceptibles de tutela en el ámbito del derecho privado y no sólo en el plano del Derecho constitucional.

Respecto de la igualdad, cabe señalar una tendencia notoria de la legislación universal, cual es la equiparación de los derechos de la mujer y del hombre, y la eliminación de toda forma de discriminación fundada en el sexo, en la nacionalidad o la raza; en esta orientación se enroscan las convenciones que han emanado de los organismos internacionales y algunas de las cuales han sido ratificadas ya por numerosos países. En la Argentina la ley 23.179 ha ratificado la Convención sobre Eliminación de

todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.

Como uno de los últimos avances en la materia en el derecho comparado, debe destacarse la ley francesa 85.772 del 25 de julio de 1985, comprensiva de diversas disposiciones de orden social, que sanciona incluso criminalmente cualquier forma de discriminación fundada en el sexo de una persona, de su origen, de su situación de familia o de su pertenencia a una nación, raza o religión determinada.

Ello se ha reflejado también en nuestro país con la sanción de la llamada ley antidiscriminatoria, número 23.592.

Estos avances se han visto coronados con la constitucionalización de los tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22 CN).

39. LA VIDA URBANA

La concentración urbana influye también en otros ámbitos del derecho privado. Nuestro Código Civil, por ejemplo, contiene disposiciones relativas a las limitaciones del dominio en orden a las relaciones de vecindad; la lectura de esos artículos revelan lo incipiente que era el desarrollo de las ciudades en nuestro país en la época de la sanción del Código Civil y su obvia insuficiencia para la vida actual. Hoy el desarrollo de las grandes ciudades requiere una cierta planificación y, de allí, la existencia de disposiciones legales o reglamentarias referidas al destino que puede darse a los predios ubicados dentro de las urbes, las que constituyen severas limitaciones al ejercicio del derecho de dominio. Este conjunto de disposiciones hacen nacer lo que se denomina el derecho urbanístico.

De otro lado el desarrollo tecnológico, la industrialización creciente, han requerido también la sanción de disposiciones que tutelén el medio ambiente, y así los autores modernos hablan del derecho ambiental o derecho ecológico, el cual tiende a la reglamentación de las actividades del hombre y de la empresa en orden a la preservación y protección del ambiente.

Debe señalarse que en el derecho positivo privado argentino una disposición elemental aparece en el artículo 2618 del Código Civil, reformado por la ley 17.711. Tanto el derecho ambiental como el derecho urbanístico que tienden a hacer más tolerable la vida urbana y a atemperar los efectos nocivos del desarrollo industrial y tecnológico, constituyen ramas que se han separado del Derecho civil y que, básicamente, contienen disposiciones del derecho público pues forman parte del derecho administrativo.

40. EL AVANCE TECNOLÓGICO

El desarrollo tecnológico es otra de las causas de ciertas transformaciones del derecho privado, pues es tan notable el avance producido en algunas ramas de la ciencia que se produce un contacto, años atrás

impensado, entre el ejercicio de ciertas técnicas y derechos fundamentales de la persona.

a) La medicina:

Ello se advierte, en un primer plano, en el desarrollo de las técnicas médicas. No sólo hay una evolución realmente asombrosa en el plano de los tratamientos clínicos, sino particularmente en el de la cirugía, en la cual aparece, como una de las especialidades más conflictivas desde el punto de vista jurídico, la denominada cirugía sustitutiva, es decir, aquella que persigue el restablecimiento de la salud y la prolongación de la vida, mediante el reemplazo de los órganos enfermos de una persona por órganos sanos provenientes de otros sujetos vivos o de un cadáver; es decir, se plantea el problema de lo que genéricamente se denomina trasplante de órganos.

Los tratamientos médicos, la cirugía y los trasplantes se vinculan entonces, como es evidente, con los derechos de la personalidad física del sujeto. La doctrina en general ha reconocido la existencia de un derecho de disposición del propio cuerpo; un sujeto puede aceptar recibir un tratamiento médico o quirúrgico, o negarse a ello: puede dar órganos de su cuerpo a otro o puede recibirlos.

Este derecho no es absoluto pues siempre existe un límite que está dado por la restricción del ordenamiento a aceptar la eliminación de la propia vida. En nuestro país, como en muchos otros, existen reglamentaciones específicas sobre estos temas que están dados por las leyes sobre el ejercicio de la medicina y en particular por la Ley de Trasplantes, 24.193, amén, naturalmente, de los principios generales que informan el contenido de todo el ordenamiento.

En los últimos años, hemos asistido además a la revelación de otros problemas vinculados al desarrollo tecnológico artificial de la vida; es decir, el empleo de medios técnicos que permiten la sobrevivencia de personas que sin el auxilio de esos medios fallecerían; en otros países los tribunales se han visto ya abocados a la resolución de cuestiones planteadas por los parientes de personas en este estado que solicitaron autorización para concluir con el empleo de estos medios.

b) La genética:

Finalmente también plantean interesantes problemas jurídicos la biología, la genética y la ingeniería genética. A partir de la fecundación artificial, la fecundación *in vitro*, la congelación de los óvulos fecundados, de los espermatozoides, la clonación, etcétera, se generan innumerables problemas jurídicos. Podemos señalar entre otros los relativos a la filiación, es decir, la determinación de la paternidad o maternidad respecto de los niños concebidos a través de fecundaciones artificiales heterónomas; al derecho de las personas de sexo femenino a ser fecundadas con espermatozoides congelados del marido premuerto (caso planteado

en varios países), o la preservación o destrucción de embriones congelados generados por personas fallecidas en un accidente, también planteado en la realidad; y por supuesto que el futuro nos deparará otros numerosos casos, especialmente por el manejo genético, que el Derecho deberá resolver. Sin duda entonces, que la ingeniería genética, impone la revisión de numerosos conceptos jurídicos, punto en el cual deberán ponderarse muy importantes principios éticos y religiosos.

Numerosos países ya tienen regulaciones positivas que tratan estos temas.

c) La informática:

Otro sector de la tecnología que ha tenido un desenvolvimiento fenomenal es la informática.

Más allá de los problemas jurídicos a que dan lugar la creación del documento informático (sin soporte de papel), los contratos que tienen a la informática como objeto, su influencia en ramas enteras del Derecho, como el bancario y el registral, etcétera, ahora queremos destacar que ella puede constituir un vehículo para la vulneración de la vida privada de los individuos, pues permite el almacenamiento de información nominativa (que permite individualizar o identificar a una persona), y su utilización para cualquier fin.

De allí que es preocupación de los legisladores de muchos países (Francia, Suecia, Alemania, Estados Unidos, Dinamarca, Noruega, Canadá, etcétera), que la informática sea utilizada siempre al servicio del individuo, y sin que se vulneren los derechos esenciales de la personalidad, en particular el honor y la intimidad personal.

Así ha sido puesto de relieve por numerosas jornadas científicas llevadas a cabo en la Argentina, y en proyectos de ley sobre derechos personalísimos o específicos sobre informática.

Y finalmente la Constitución contempla, a partir de su reforma en 1994, el denominado *habeas data* que es una acción de amparo que puede interponer toda persona, tendiente a tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos.

41. LA TECNOLOGÍA COMO OBJETO ⁶⁵

La tecnología constituye también muchas veces no ya el condicionante de problemas jurídicos, sino el objeto de relaciones jurídicas. Así

⁶⁵ Sobre los problemas jurídicos que plantean los contratos que tienen por objeto a la informática, y la responsabilidad que se deriva de su uso, puede verse *Revista del derecho industrial* (Buenos Aires), año 7, n° 21, con varios artículos sobre esos temas.

el *know how*, expresión comprensiva del conjunto de saberes o conocimiento o de técnicas de cómo hacer una cosa, constituye el objeto de los contratos comúnmente conocidos como de tecnología y que, cuando se puede concretar entre países distintos, se denominan transferencia de tecnología, tema que en nuestro país tiene también una regulación especial a través de la ley N° 22.426.

La materia informática también es objeto de relaciones jurídicas: el *software* y el *hardware* constituyen el objeto de numerosas contrataciones.

IX. ORIENTACIONES ACTUALES DEL DERECHO

Hasta ahora hemos analizado los principios básicos de la codificación: propiedad absoluta, autonomía de la voluntad, responsabilidad fundada en la culpa, Derecho de familia sostenido en el matrimonio indisoluble y la filiación legítima.

Luego estudiamos las causas ideológicas y sociológicas que prepararon y exigieron la evolución de estos principios.

Cuadra ahora exponer hacia dónde se orienta el Derecho civil actual, y a ello dedicamos los puntos que siguen.

42. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PRIVADA ⁶⁶

a) Su reconocimiento legislativo:

Uno de los principales logros de la escuela del derecho natural fue la consagración del respeto a la voluntad de las personas; de allí que el principio de autonomía de la voluntad constituyera uno de los pilares sobre los que se edificó el monumento de la codificación, y tuvo reflejo inmediato en la fuerza obligatoria de los contratos. Así, el Código Napoleón (art. 1134), dispone que “las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquellos que las hayan hecho”; el artículo 1197 del Código Civil argentino dispone que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

Este principio de la autonomía de la voluntad en el plano contractual deriva en dos libertades fundamentales: la libertad de conclusión del contrato, conforme a la cual nadie está obligado a contratar sino cuando lo desee y que cada uno goza de la libre elección de la persona con quien se contrata; y la libertad de configuración en virtud de la cual las partes pueden determinar el contenido del contrato.

⁶⁶ Bibliografía especial: ALTERINI, Atilio Aníbal - LÓPEZ CABANA, Roberto, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Buenos Aires, 1989; RISOLÍA, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato*, Buenos Aires, 1959; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Crisis mundial y crisis del Derecho*, 2ª ed., Madrid, 1961; SANTOS BRIZ, Jaime, *La contratación privada*, Madrid, 1966; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Justicia contractual*, Buenos Aires, 1977.

b) Factores que la restringen:

Estos grandes principios han sufrido restricciones importantes a lo largo de este siglo en virtud de distintas circunstancias que actúan de consuno.

En particular pueden señalarse como factores que han incidido restringiendo el papel de la voluntad en la formación contractual:

— la masificación de la contratación, que obedece no sólo a la masificación de las relaciones sociales, sino también, y principalmente, a la aparición de la empresa como sujeto de las relaciones económicas; la empresa celebra multiplicidad de contratos con los sujetos individuales o con otras empresas y generalmente estandariza o uniforma los contratos que ha de celebrar, poniendo entonces al sujeto individual que se vincula con ella en la mera posibilidad de aceptar un contenido del contrato ya predispuesto:

— el rol que jugó el Estado en la regulación de las relaciones económicas: el Estado tuvo una intervención notable en distintos sectores de la economía, lo que se tradujo en su interferencia en las relaciones jurídicas privadas. Así, el Estado fijaba precios y tasas de interés, prorrogaba contratos de locación, regulaba mercados de múltiples productos, y controlaba —al menos teóricamente— la concurrencia de modo de evitar prácticas monopólicas, etcétera:

— puede señalarse como tercer factor fundamental de la evolución de la materia que estamos tratando a las crisis económicas, y entre ellas a la inflación, que han exigido el abandono de los principios básicos del derecho privado, en particular el nominalismo monetario, sustituido por el realismo o valorismo que ha exigido la intervención de los jueces y aún del Poder Legislativo modificando el contenido contractual cuando por imperio de las nuevas circunstancias económicas éste hubiese sido alterado en tal forma, que hubiese perdido su equilibrio inicial. También las guerras europeas han dado pie, en los países que sufrieron más gravemente sus consecuencias, a la intervención legislativa y judicial para la modificación, alteración o reajuste de las prestaciones contractualmente impuestas:

— por último, en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación se ha acentuado el carácter social de la contratación; es decir, que se abandona el individualismo absoluto de los códigos del siglo XIX en aras de obtener un verdadero equilibrio contractual y, sobre todo, la protección de la parte más débil del contrato. Es que la autonomía de la voluntad y sus consecuencias, la libertad de configuración, partían según ya se ha señalado, de la idea de igualdad jurídica de las partes. Pero las diferencias económicas entre ellas, en particular en la contratación con las grandes empresas, puso de relieve la necesidad de que el Estado, a través de los jueces o de la legislación, acudiese en protección de la parte más débil.

Así, se recurrió a los principios de la buena fe, la moral y las buenas costumbres, que nuestro Código recoge en el artículo 953. Y se elabora-

ron doctrinas o se reflataron ideas provenientes del Derecho Romano que se tradujeron en la incorporación a los códigos de figuras que constituyen una restricción notable a la autonomía de la voluntad; tales son la lesión y la imprevisión.

c) Evolución en los últimos años del siglo xx:

A nadie escapa que en los últimos años se ha asistido a la puesta en práctica de recetas políticas y económicas neoliberales, lo cual naturalmente ha tenido reflejo en el ámbito del Derecho. En muchos aspectos el Estado ha reducido su papel y actividades (v. dec. 2284/1991) que quedan por ende sometidos al libre juego de la voluntad de las partes.

Por otro lado la doctrina, e incluso la legislación en algunos países y la jurisprudencia en otros, han puesto ciertos límites al proceso de relativización de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria del contrato.

En esta dirección los esfuerzos se han dirigido a perfilar una distinción significativa en el ámbito de los contratos. Así, por un lado están los contratos entre empresas y por otro los contratos con consumidores.

En los primeros se sostiene como principio la plena vigencia de la autonomía de la voluntad y por ende, como regla, la plena eficacia de la fuerza obligatoria del vínculo.

Cuando se trata en cambio de contratos con consumidores, esto es, aquellos en los cuales participan un profesional de cierto tráfico y un consumidor, la ley tiende a la protección de este último. En este sentido se orienta la ley argentina 24.240.

Claro es que entre esos extremos quedan algunos espacios grises: por ejemplo: los contratos entre empresas que no tienen la misma capacidad negociadora; y los contratos entre dos particulares ninguno de los cuales es profesional del tráfico por lo que la relación no queda encajada en la idea de contratos al consumidor.

Vamos a desarrollar seguidamente, de manera muy breve, algunas de las consecuencias prácticas que el conjunto de estos factores ha producido en el principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual en el Derecho moderno, comenzando por el control estatal de los contenidos contractuales predispuestos por una de las partes.

43. EL CONTROL DEL CONTENIDO CONTRACTUAL PREDISPUESO ⁶⁷

a) Planteo de la cuestión:

Dentro de los factores que hemos señalado, son primordiales la masificación de las relaciones y la aparición de la empresa.

⁶⁷ Bibliografía especial: entre una cantidad innumerable de trabajos, citamos: ALTERINI,

Las empresas predisponen el contenido de los contratos, determinando su sujeción a ciertas condiciones generales, es decir, cláusulas generales y abstractas que se establecen para fijar el contenido de un número indefinido de contratos que alguien se propone celebrar; son una suerte de proyecto de ley para esos contratos futuros y están redactadas con la generalidad y abstracción propias de una ley (Alterini).

Estas cláusulas o condiciones generales tienen ciertas ventajas en la medida en que simplifican los negocios, abaratan los costos y, de ese modo, obtienen además una disminución de los precios. También con ellas se logra cierta claridad y perfección de las expresiones que aventa dudas interpretativas. Pero lo cierto es que a la vez estas cláusulas o condiciones generales fortifican la situación de la empresa frente al particular quien, como decíamos, se limita a aceptar el contenido contractual, lo que ha dado lugar a la figura de los denominados "contratos por adhesión". Es decir, aquellos en los cuales la manifestación de la voluntad de una de las partes del contrato no es más que una expresión de adhesión, o aceptación, de las condiciones predisuestas por la otra.

b) La reacción legislativa:

Esto ha conducido al contralor de las condiciones generales o predisuestas para lo cual se han pergeñado distintos sistemas. En algunos países se acude al contralor previo de esas condiciones generales por vía de autorizaciones dadas por órganos del Poder Legislativo, del Poder Judicial, o por ambos a la vez. En otros existen regulaciones específicas dentro del Código Civil, como el Código Civil italiano de 1942, el Código hondureño de 1950, y el Código etiope de 1960.

La famosa ordenanza alemana sobre condiciones generales, considerada el texto legislativo más importante luego del Código de 1900, fue incorporada a éste por la reforma que entró a regir el 1 de enero de 2002⁶⁸.

Atilio Anibal, "La regulación del contrato uniforme" en *La contratación en el tráfico contemporáneo*, Buenos Aires, 1980; BERLIOZ - HOUIN, Brigitte, "Le droit des contrats face à l'évolution économique" en *Etudes offertes à Roger Houin*, París, 1985; RIEG, Alfred, "La lutte contre: les causes abusives des contrats", en *Etudes offertes à René Rodière*, París, 1981; ROHUETTE, Georges, "Droit de la consommation et théorie générale du contrat" en *Etudes ... à Rodière*, cit.; SANTOS BRIZ, Jaime, *La contratación privada*, Madrid, 1966; del mismo autor, "En torno al consentimiento contractual en el Derecho de nuestros días" en *La contratación en el tráfico contemporáneo*, cit.; BOURGOIGNIE - THIERRY - GUILLARDIN, Jean, *Droit des consommateurs*, Bruselas, 1982; JEHL, Joseph, *Le commerce international de la technologie. Approche juridique*, París, 1985; REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predisuestas*, Buenos Aires, 1987; STIGLITZ, Rubén S. - STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, 1985; BERCOVITZ, Alberto - BERCOVITZ, Rodrigo, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.

⁶⁸ Bibliografía especial: sobre la ordenanza alemana v. LEIBLE, Stefan, "Cláusulas abusivas en ejemplo de las cláusulas penales contractuales en las condiciones generales de contratación (informe del derecho alemán)", *Revista de Derecho Comparado*, Buenos Aires, n° 1, pág. 101.

c) *Nuestro Derecho:*

En nuestro Derecho no existía una regulación de las condiciones generales más que en leyes particulares, como la Ley de Seguros, 17.418, que exige que la póliza tenga una redacción clara y fácilmente legible y contenga las condiciones generales del contrato; el artículo 25 de la ley 20.091 que establece que la Superintendencia de Seguros debe cuidar que las condiciones generales de las pólizas sean equitativas; y la ley 19.724 de prehorizontalidad, es decir el régimen que regula aspectos de la enajenación de las unidades a ser sometidas al sistema de propiedad horizontal, dispone en el artículo 14 que ciertas cláusulas deben ser fácilmente legibles, que también será clara la cláusula de reajuste del precio y algunas otras reglas particulares en orden a la publicidad que debe hacerse en esta materia.

Por ello en nuestro país el problema de las condiciones generales de los contratos fue diferida al Poder Judicial, quien ha aplicado los remedios que le brinda la legislación general y ha hecho aplicación frecuente de una regla de interpretación, la interpretación *contra proponente*, es decir, en contra del sujeto que ha predispuesto el contenido del contrato; regla por otra parte, que se encuentra expresamente establecida en el Código Civil italiano de 1942 y que ha sido recogida por la jurisprudencia de prácticamente todos los países occidentales (v. *infra*, cap. XXVI).

De todos modos se señalaba que esta tarea del Poder Judicial es de por sí muy limitada, pues son muy pocos los casos que en definitiva se ventilan en los tribunales, y por ello absolutamente insuficiente.

Actualmente la ley 24.240, de protección y defensa de los consumidores, contiene dos disposiciones relevantes en este tema. El artículo 37 establece que se tendrán por no convenientes las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños, las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los de la otra parte, y las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. A la vez, el artículo 38 dispone que la autoridad de aplicación de la ley vigilará que los contratos de adhesión o similares no contengan cláusulas de las previstas en el artículo 37.

Y en materia de interpretación de los contratos, se dispone que ella se hará en el sentido más favorable al consumidor; y que en caso de duda sobre los alcances de la obligación se estará a la que sea menos gravosa.

44. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO

El segundo factor que habíamos individualizado era el de la intervención del Estado en las relaciones económicas.

Una de las formas de intervención más frecuente del Estado era la fijación de precios o tarifas para ciertos productos o servicios que prestan particulares o aun empresas que bajo distintas formas jurídicas forman parte del Estado mismo.

Pero, en otro aspecto, el Estado interviene también obligando a contratar. Esta obligación es muy frecuente en ciertos servicios como los ferrocarriles, correos, telégrafos, transportes en general, suministro de agua, gas, electricidad, bancos, etcétera. (Santos Briz).

En oportunidades la contratación obligatoria se induce en orden a la protección de los mismos particulares; tal sucede con el seguro obligatorio de responsabilidad civil para los conductores de automóviles; ésta es una forma obligatoria de contratación que existe prácticamente en la totalidad de los países.

En ciertos casos el Estado interviene exigiendo que algunos negocios sólo puedan ser emprendidos por algunos sujetos, reglamentando la forma jurídica que han de asumir o las condiciones personales que deben reunir quienes pretendan dedicarse a esa actividad. Esto sucede específicamente en el ámbito de los bancos y de los seguros, los que deben asumir las formas jurídicas de sociedades anónimas —u otras específicamente autorizadas—, tener un objeto específico, es decir, destinadas exclusivamente a estas actividades, y que las personas físicas que las integran tengan reconocida solvencia económica y moral; es un modo de preservar a los particulares en la celebración de contratos que tienen gran difusión y que exigen por parte de quien preste el servicio bancario o de seguro estas peculiares condiciones de solvencia en ambos planos: económico y moral.

Así, se ha ido formando una idea nueva: la de la existencia de un llamado orden público económico en virtud del cual el Estado puede intervenir en las relaciones jurídicas de acuerdo con las necesidades económicas que plantea la coyuntura. Se trata entonces de un concepto que no es estático sino plástico, como explica Savatier, pues refleja una necesaria adecuación a las circunstancias y las necesidades del momento.

45. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA ECONOMÍA

Las crisis económicas por las que han pasado los países, tanto europeos como americanos, a lo largo del siglo han tenido profunda repercusión en el ámbito del derecho obligacional. Puede señalarse como ejemplo particular de esta especie el caso de Alemania, en donde como consecuencia de la situación posterior a la Primera Guerra, la jurisprudencia elaboró la idea de la “ruina económica” que permitió la revisión de los contenidos de los contratos. En la doctrina se desarrolló, lo mismo que en la jurisprudencia, la teoría de las bases del contrato⁶⁹, que, en de-

⁶⁹ Bibliografía especial: LENEL, Otto, “La cláusula *rebus sic stantibus*”, RDP Madrid, 1923-193; BOHEMER, Gustav, *El Derecho a través de la jurisprudencia*, trad. José Puig Brutau, Madrid, 1959; LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. de Carlos Fernández Rodríguez, Madrid, 1956; ESPERT SANZ, Vicente, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1968; RIVERA, Julio C., “La doctrina de las bases en el proyecto de unificación legislativa”, RDCO 1987-867; MORELLO, Augusto Mario, “Evolución y actualidad del Derecho

finitiva, constituye la formulación moderna de la doctrina de la imprevisión, es decir que, cuando las circunstancias sobrevinientes e imprevisibles han alterado los presupuestos objetivos o subjetivos existentes al tipo del contrato, las partes pueden requerir la liberación del vínculo contractual o la revisión de su contenido.

La inflación, mal que ha aquejado a numerosos países como consecuencia de las crisis económicas y de la atribución del Estado de crear moneda de la nada, ha impuesto la revisión de un principio fundamental, como lo era el nominalismo monetario. El nominalismo significa que siempre una unidad monetaria es igual a sí misma cualquiera sean las fluctuaciones del valor real que ella sufra (1 peso igual a 1 peso). Este principio ya fue puesto en tela de juicio en Alemania como consecuencia de la gran inflación del año 1923, habiéndose producido el abandono del nominalismo en una famosa sentencia del Superior Tribunal del Reich de noviembre de ese año en la que se adoptó el valorismo o realismo monetario, es decir, la tesis de que el valor de la moneda a efectos de la satisfacción de las prestaciones contractuales debía ser fijado de acuerdo con las alteraciones que su valor real hubiera sufrido; entendiéndose hoy que el verdadero valor real del papel moneda es el de su poder de compra.

Nuestro país, como consecuencia de la gran inflación del año 1975 (el llamado "rodrigazo") también abandonó el nominalismo, no por vía legislativa sino jurisprudencial, lo que sucedió a partir de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 1976, que sobre la base de principios de justicia conmutativa aceptaron la revalorización (o indexación) de las obligaciones de dinero.

El realismo o valorismo monetario se adoptó además en numerosas leyes particulares, tanto impositivas, previsionales, como de otra especie. Los particulares para precaverse de los efectos de la inflación recurren a las denominadas cláusulas de estabilización monetaria cuya validez fue siempre reconocida en nuestro país, tanto en el plano doctrinario como judicial, y que han adquirido carta de ciudadanía en la legislación de diversos textos; siendo inclusive admitida su inserción en las garantías reales (hipotecas y prendas con registro: ley 21.309) ⁷⁰.

En la Argentina se volvió al nominalismo por vía de la Ley de Convertibilidad (ley 23.928) que prohibió la utilización de mecanismos indexatorios legales, convencionales o judiciales.

Cabe puntualizar que, a pesar del abandono del sistema de convertibilidad (ley 25.561 del 6 de enero de 2002), se mantiene la prohibición de utilizar mecanismos indexatorios en los contratos. Una regla de este tipo es posible en la medida en que la inflación no se desborde. Es del

de los contratos", *L.L.* 1988-B-935; "Los contratos de larga duración y la necesidad de una renegociación permanente", *L.L.* 1989-C-1227.

⁷⁰ La bibliografía sobre la inflación y el derecho privado es inagotable. Remitimos a: RIVERA, Julio César, "Efectos de la inflación en el derecho de las obligaciones", *RDP* 1984-542.

caso señalar que las políticas emisionistas están hoy descartadas; prueba de ello es que el tratado constitutivo de la Unión Europea dispone, a partir del Tratado de Maastricht, que uno de sus objetivos es el desarrollo de los pueblos en el marco de políticas antiinflacionarias.

La crisis argentina del 2002 ha tenido una importante repercusión en el ámbito de las relaciones jurídicas patrimoniales privadas, y sus ecos todavía no se han apagado. Por el contrario, quedan vigentes muchos problemas como la pesificación y la posible revisión de los contratos entre particulares anteriores al 6 de enero de 2002 que han sido afectados por esa pesificación. Algunos aspectos de esta temática, que es propia del derecho de los contratos, serán tratados en el capítulo XXII, n° IV.

46. LA PROTECCIÓN DE LA PARTE MÁS DÉBIL

El Derecho moderno ha procedido a la formulación de ciertos principios generales aplicables a todos los contratos, tendientes hacia la concreción de lo que se ha llamado el sentido humano del derecho de las obligaciones, alusivo a la benevolencia encaminada a la protección jurídica del deudor, así como la apropiación de determinados preceptos morales como los de buena fe y buenas costumbres (Santos Briz).

Esto es lo que se ha dado en llamar la socialización del derecho privado o del Derecho civil, que indudablemente tiene su mayor expresión en el plano de la morigeración del principio de la autonomía de la voluntad, así como en la relativización de los atributos del derecho de dominio.

Sin embargo, debe advertirse que la socialización no ha de entenderse en el sentido técnico estricto que propicia la supresión de la propiedad individual sobre los medios de producción en favor de la comunidad, según propugna la tendencia marxista, ni en la eliminación de la libertad contractual, sino en un sentido amplio como configuración social de la convivencia humana que aspira a la protección de los económicamente débiles y con ello al bien común en lo posible (Santos Briz).

En este sentido entonces, se enrola el reflotamiento de instituciones que tienden a la protección del término más débil del contrato, a la moderación de los efectos del contrato cuando circunstancias externas a él lo hacen excesivamente oneroso, o al amparo de los terceros a los que se ha generado expectativas en virtud de una apariencia creada.

Nos referiremos entonces, concretamente, a la aparición o reaparición de la figura de la lesión subjetiva, institución que permite obtener la nulidad o la revisión de un contrato bilateral conmutativo cuando una de las partes hubiese obtenido ventajas patrimoniales desproporcionadas explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de la otra parte. Este instituto, que proviene en realidad del Derecho Romano, había sido repudiado por nuestro codificador (v. la nota al artículo 943), pero a pesar de ello fue aplicado en algunos casos resueltos por los tribunales por vía del artículo 953, que establece que el objeto de los actos jurídicos

debe ser conforme a la moral y las buenas costumbres; y encontró recepción legislativa definitiva en el artículo 954, según la redacción que a éste diera la ley 17.711, de 1968.

Del mismo modo, la teoría de la imprevisión aparece en la reforma del año 1968, en el artículo 1198, que autoriza a reclamar la rescisión del contrato cuando por circunstancias extraordinarias e imprevisibles la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa.

La doctrina de la apariencia se ha desarrollado a los efectos de tutelar a aquellos que han generado expectativas patrimoniales sobre la base de una apariencia creada por otro.

Estas instituciones en realidad no son más que derivaciones del principio general de la buena fe. Larenz considera que el principio de la confianza es un componente ético social, fundamental para el desarrollo de la vida en sociedad, basado en la idea de que la convivencia humana en paz o prosperidad no sería posible sin el respeto, al menos general, de una confianza recíproca. Este principio domina todo el tráfico jurídico y ha sido expresamente recogido en el ordenamiento. El artículo 1198 de nuestro Código Civil establece expresamente que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosimilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (v. *infra*, núms. 277 y sigs.).

La protección de la parte más débil de la relación ha derivado en la creación de una rama especial: el derecho del consumidor, que con sus reglas propias ha generado un verdadero microsistema. Lo notable es que la expansión del derecho del consumidor ha sido tal que ya viene ingresando en el derecho general, como ha sucedido en Alemania con la reforma al Código Civil de ese país que entró a regir en 1 de enero de 2002. Y muchos avances del derecho del consumidor empiezan a tener reflejo incluso en las relaciones entre empresas, cuando existe una notable diferencia en el poder de negociación entre ellas.

47. CONCLUSIÓN

En síntesis, pues, la evolución del Derecho civil a partir de la codificación señala el establecimiento de límites a la autonomía, toda vez que ella no puede ser irrestricta, al igual que cualquier otra facultad o licencia concedida por el ordenamiento jurídico.

Pero siguiendo a Larenz puede decirse que, no obstante ello, sus límites están ampliamente trazados, análogamente a lo que ocurre en la propiedad. Y esto es consecuencia de que, en la jerarquía de valores en que se basa el Derecho civil, el de la personalidad individual y su desenvolvimiento mediante la actividad con responsabilidad propia ocupa un puesto sobresaliente.

48. EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO

Dijimos en su momento que en la codificación la responsabilidad civil se había estructurado sobre la idea de culpa; es decir, que para atribuir responsabilidad a un sujeto era necesario que la conducta antijurídica le fuese imputable a título de culpa o dolo.

Esta idea se basa en que la atribución de responsabilidad supone un juicio de reproche moral en contra del sujeto, y sólo de existir este reproche moral es posible condenarle a indemnizar el daño causado.

Este sistema dio sus frutos desde el Derecho Romano hasta después de la codificación, pero devino insuficiente cuando la vida urbana, la masificación de las relaciones, el maquinismo, la revolución industrial, la aparición del automóvil, el tren, el avión, etcétera, reflejaron en forma evidente que todas las personas están expuestas a sufrir daños provocados como consecuencia del empleo de las máquinas.

Por ello la idea de la responsabilidad basada en la culpa devino insatisfactoria, ya que en numerosas situaciones el daño resultaba no reparado por no ser atribuible culpa al sujeto titular en el empleo de la cosa. Tal si el empresario de transporte había estructurado un servicio con horarios prolongados, con conductores aptos y con vehículos en condiciones y de todos modos se producía un accidente. Lo mismo en el plano de las actividades industriales si el obrero, por el acostumbramiento a la utilización de la máquina, por su falta de instrucción, o por su mismo descuido era sujeto pasivo de un accidente con la cosa de la cual se servía.

Por otro lado, en los mismos accidentes de tránsito muchas veces el conductor adopta todas las precauciones necesarias y sin embargo, está expuesto a la producción de un daño al peatón ⁷¹.

De este modo nació la atribución de responsabilidad por el riesgo creado. Es decir, la responsabilidad fundada en que el que crea una fuente de riesgo debe responder por los daños que sus instalaciones, máquinas, o cosas de que se sirve, causen a terceros, aunque no medie culpa de su parte.

En nuestro Derecho la primera aplicación de la doctrina del riesgo apareció en la Ley de Accidentes del Trabajo 9688, y en el ámbito del Derecho civil se encuentran ahora recibida en el artículo 1113 conforme al cual: "En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder".

⁷¹ Sobre la evolución de este tema es muy apropiado PARDO, Alberto J., "Culpa y riesgo", *Revista Aequitas*, Buenos Aires, número 6, año 1965, pág. 145; BREBBIA, Roberto H., "Vigencia y jerarquía de la responsabilidad civil por culpa en el derecho positivo argentino", *L.L.* 24/4/1990.

49. OTRAS TRANSFORMACIONES IMPORTANTES

El Derecho civil ha sufrido a partir de la codificación otras transformaciones debidas a la evolución de la idea misma de la riqueza. Desde el Derecho Romano, el Derecho civil tuvo por objeto fundamental a la propiedad inmueble. De allí que los contratos eran considerados el medio por el cual la propiedad inmueble se transmitía, se constituía o se extinguía, y la consecuente importancia que tenían las formas de los negocios jurídicos.

Aun en la codificación la propiedad inmueble siguió siendo el objeto fundamental del derecho real de dominio y en general, toda la teoría de los derechos reales se estructura a través del derecho de propiedad (posición que se conoce como del "dominiocentrismo"). Pero en la época actual los bienes mobiliarios han adquirido gran importancia y muchas veces sus valores son superiores a los de los bienes inmuebles. Y no sólo hay que pensar en las joyas o en los minerales, sino en las acciones de sociedades anónimas, en los vehículos, en las naves y aeronaves, etcétera. Ello ha revelado la necesidad de adecuar el régimen de los derechos reales pensado básicamente para los inmuebles, a esta nueva relevancia de la riqueza mobiliaria.

De allí que la clasificación tradicional distintiva de cosas muebles e inmuebles como punto de partida para el estudio del tema de las cosas haya sido en gran medida sustituida por la clasificación de las cosas en registrables o no registrables, según se incorporen o no a un registro a los efectos de la constitución, o en ciertos casos de la oponibilidad, de los derechos reales o personales que nazcan, se transmitan o se extingan sobre ellas (v. *infra*, cap. XXII).

Así forman parte de la categoría de las cosas registrables los inmuebles, y también muchos muebles como los automotores, los aviones, los buques, las acciones nominativas de sociedades anónimas, algunos animales, etcétera.

Como consecuencia de esto adquiere importancia una rama del derecho privado que es el derecho registral.

De otro lado el Derecho civil moderno se caracteriza por la libertad de formas en los negocios jurídicos. El Derecho Romano, fiel a su concepción de que el derecho privado tenía por principal objeto la propiedad inmobiliaria, como fuente primordial de la riqueza, había establecido fórmulas sacramentales para los contratos. Los códigos decimonónicos aun cuando por regla general establecieron la libertad de formas, regularon con gran precisión los contratos en los cuales debían seguirse formas más o menos solemnes (artículo 1184).

La tendencia universal actual es hacia la liberación de las formas de los negocios jurídicos, sin perjuicio de lo cual aparece una suerte de neoformalismo, justamente derivado de la necesidad de registración de ciertos actos o negocios jurídicos o de ciertas cosas, cuya finalidad fundamental es la protección de los terceros que pueden llegar a adquirir

derechos o expectativas y de que deben estar anoticiados de la existencia de situaciones o relaciones jurídicas.

Otra transformación fundamental se produce en la noción de patrimonio. Este es concebido como el conjunto de los bienes de una persona, y tradicionalmente se le atribuyen ciertos caracteres: ser único, ser una universalidad, ser inenajenable, ser necesario, ser prenda común de los acreedores. En los tiempos que corren, y por influencia del Derecho anglosajón, ha tomado trascendencia un negocio jurídico denominado contrato de fideicomiso, que permite constituir patrimonios especiales, separados del patrimonio general, afectados a una finalidad, que no responden a las obligaciones del titular sino exclusivamente a las que tengan su causa en la administración de ese patrimonio particular. En definitiva, se trata de la posibilidad de constituir patrimonios de afectación, de donde el sujeto puede ser titular de más de un patrimonio. Entre nosotros el tema está legislado en la ley 24.441.

En los últimos años hay una evolución significativa en el derecho de las garantías. Tradicionalmente la hipoteca y la prenda han identificado cosas (inmuebles o muebles respectivamente) en el patrimonio del deudor para que el acreedor pudiera hacer efectiva su crédito sobre ellas en caso de incumplimiento, generando una preferencia a favor del acreedor que constituyó la hipoteca o la prenda. La tendencia universal actual es hacia la creación de garantías que se asienten no ya sobre cosas sino sobre los flujos de fondos del deudor (cuentas a cobrar, facturación, etc.) y que además puedan ser ejecutadas de propia autoridad por el acreedor (garantías autoliquidables). En esta materia el derecho argentino está muy atrasado y ello conspira contra la seguridad en los negocios ⁷².

50. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Uno de los campos donde también se ha producido una notable evolución es en el Derecho de familia. En los códigos la familia se organizó bajo la idea del matrimonio y en el nuestro además con la característica de la indisolubilidad. De allí la distinción, en el plano de la filiación, de los hijos en matrimoniales y en naturales, incestuosos, adulterinos y sacrilegos.

Esta distinción fue eliminada hace ya muchos años, separándose los hijos en matrimoniales y extramatrimoniales, con ciertas diferencias de régimen, particularmente en el plano del derecho sucesorio.

Nuestro Derecho, siguiendo las tendencias de la legislación universal en la materia, ha evolucionado profundamente con la sanción de la

⁷² La tendencia a que aludimos ha quedado muy clara en el XVI Congreso de la International Academy of Comparative Law, que tuvo lugar en Brisbane en el año 2002. Los trabajos sobre garantías están publicados en español en *Revista de Derecho Comparado*, Buenos Aires, nº 6 y 7.

ley 23.264 del año 1985. Esa ley establece la equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, eliminándose esta terminología del Código Civil.

Por otro lado, la misma ley 23.264 ha tenido una gran influencia en el ámbito de la patria potestad, función familiar cuyo ejercicio se atribuía al padre; ahora la patria potestad es ejercida en común por ambos padres y en caso de separación de hecho o divorcio es atribuida a quien ejerce la tenencia.

X. EL DERECHO COMERCIAL. ORIGEN Y CAUSAS DE SU APARICIÓN ⁷³

51. ANTECEDENTES

a) Orígenes:

Es común entre los civilistas la afirmación de que el derecho mercantil es un desprendimiento o derivación del Derecho civil.

Sin embargo, la doctrina moderna cuestiona severamente esta idea.

Es que el nacimiento del derecho comercial se produce por la confluencia de factores económicos, políticos y sociales que dan pie a la creación de instituciones autónomas para satisfacer las necesidades de una clase social, la de los comerciantes, económica y políticamente poderosa, de tal modo que puede imponer sus propias reglas a la comunidad (Galgano).

Este fenómeno acaece a partir del siglo XII en las ciudades-Estado italianas en las que había adquirido un notable desarrollo toda la actividad comercial derivada hacia el Oriente y hacia el resto de Europa.

El Derecho civil romano, cuya finalidad básica era la regulación del dominio y de las formas y modos de adquisición del mismo, estaba pensado para la propiedad inmobiliaria; por eso era inadecuado para la regulación de las relaciones mercantiles que tenían por objeto las cosas muebles.

Por otro lado, las relaciones mercantiles exigían celeridad y seguridad que el Derecho civil no brindaba. En efecto, el Derecho civil de origen

⁷³ Bibliografía especial: GALGANO, Francesco, *Historia del derecho mercantil*, trad. de Joaquín Bisbal, Madrid, 1981; GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 7ª ed., México, 1979; FIGA FAURA, Luis, "Los civilistas y la evolución histórica del derecho mercantil", *ADC* 1984-369; MORA, F., *Introducción al estudio del derecho comercial (Teoría de la empresa en el derecho comercial costarricense)*, San José de Costa Rica, 1982; OPPETIT, Bruno, *L'expérience française de codification en matière de Droit Commercial*, Dalloz-Ch 1990-1; GORE, François, *Droit des affaires*, París, 2ª ed., 1982; BERCOVITZ y RODRIGUEZ CANO, A., "Notas sobre el origen histórico del derecho mercantil", en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, vol. I, Madrid, 1971, págs. 1 y sigs.; REHME, Paul, *Historia universal del derecho mercantil*, trad. de E. Gómez Orbaneja, Madrid, 1941; MOSSA, L., *Historia del derecho comercial en los siglos XIX y XX*, trad. de F. Hernández Borondo, Madrid, 1948.

romano conocía numerosas instituciones destinadas a la protección de los deudores y eran innumerables las defensas y excepciones que podían oponerse en los pleitos. De allí que el derecho mercantil invirtiese las reglas y estableciese que nadie podía fundar una defensa en su propia debilidad, inexperiencia o ignorancia; y cualquier cuestionamiento a la legitimidad del reclamo efectuado por el comerciante debía ser posterior al pago de la deuda.

El derecho mercantil fue en principio un derecho consuetudinario, es decir, nacido de los usos y costumbres de los comerciantes y ajeno, por ende, al derecho escrito.

b) La jurisdicción consular:

Gran influencia en la evolución y el desarrollo de la importancia del derecho comercial lo tuvo la jurisdicción mercantil, constituida por jueces que no eran magistrados profesionales, sino meros comerciantes del lugar, quienes fallaban los pleitos de acuerdo con los usos y costumbres que ellos conocían. Esta jurisdicción se conoció con el nombre de jurisdicción consular y sobrevivió durante muchos siglos, prácticamente hasta nuestros días en algunos países.

En la Argentina el tribunal mercantil de la Capital Federal es el continuador directo del tribunal del Consulado cuya instalación en el Virreinato del Río de la Plata fue ordenada por Real Cédula del 30-1-1794, y cuya misión era resolver las cuestiones entre comerciantes aplicando las Ordenanzas de Bilbao.

Tal era la repulsa de la clase mercantil a la aplicación del Derecho civil —proclive a la protección del deudor— que para evitar la prolongación de los pleitos y la interposición de defensas que contribuyesen a este resultado no querido, la mayor parte de los ordenamientos escritos del derecho mercantil prohibieron la intervención de abogados en los procesos; así aparece en los estatutos de algunas ciudades italianas e inclusive en el edicto de noviembre de 1563 por el que se erige el consulado de París.

c) El poder político de la clase comerciante:

Es decir que la circunstancia de que el objeto del comercio fueran las cosas muebles y la necesidad de celeridad propia de esta actividad enfrentaron a la clase comerciante con el Derecho civil. Pero esto no hubiera sido suficiente para dar pie al nacimiento de una nueva rama del Derecho si a su vez la clase comerciante no hubiese tenido preponderancia política y social en esas ciudades-Estado. Y ello fue lo que efectivamente sucedió pues la posibilidad de la acumulación de riquezas en manos de la clase comerciante contribuyó enormemente a la obtención del poder político junto a la nobleza. Y ello abrió el camino a la legislación mercantil, es decir, a que los comerciantes pudieran imponer normas específicas para la regulación de las relaciones entre ellos y aún con quie-

nes no fueron comerciantes siempre que estuvieran vinculadas a la actividad mercantil. De allí que el derecho comercial estatutario de la Edad Media abarcara las relaciones entre comerciantes y las de éstos con los productores primarios y con los consumidores (Galgano).

Sólo quedaban, entonces, excluidas de la legislación mercantil, o de los usos y costumbres mercantiles, las relaciones jurídicas que los comerciantes anudaran con terceros fuera del ámbito de su actividad, tal por ejemplo, la locación de un inmueble para vivienda propia.

d) Los estatutos:

Los usos y costumbres mercantiles se volcaron en normas escritas que se conocen como estatutos; la mayoría pertenece a los siglos XII y XIII. Entre ellos pueden mencionarse los de Amalfi, Venecia, Génova, etcétera; contenían una regulación bastante completa de la actividad profesional mercantil, de sus relaciones, y en ellos se encuentra el germen de la mayor parte de las instituciones mercantiles modernas, incluidas la quiebra y el concurso preventivo. Se trata pues de un derecho corporativo que determina las condiciones de acceso a la profesión y reglamenta las operaciones comerciales.

52. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL

Una de las características del derecho comercial es la tendencia a su internacionalización. Hoy en día es explicable por la existencia de relaciones mercantiles sobre todas las fronteras facilitadas por los medios de transporte y de comunicación. En la Edad Media la internacionalización se vio favorecida por dos hechos: la celebración de las llamadas "ferias" y las Cruzadas.

Justamente debido a las dificultades del transporte, los comerciantes se reunían en ciertas ciudades para concretar sus operaciones; en este período ellos estaban particularmente protegidos. Fueron tradicionales las ferias de Leipzig y Frankfurt en lo que hoy es Alemania; Brujas en Flandes y particularmente las de Champagne en Francia, pues allí podía llegarse desde todos los puntos de Europa.

Las ferias se desarrollaban algún tiempo: en ese período era necesario concluir los negocios y asegurar su cumplimiento: por ello aparecieron procedimientos de ejecución muy abreviados y las formas de los negocios eran muy simples; y para precaverse de los ladrones nació la letra de cambio, que evitaba llevar dinero constante y sonante.

Las Cruzadas también jugaron un rol importante, pues engendraron un gran movimiento comercial, dando origen a relaciones entre Oriente y Occidente; a la vez se debió organizar una vasta ayuda financiera para las armas cristianas. De esto derivó, en cierta medida al menos, la prosperidad de Venecia (Goré).

A partir del siglo xv el epicentro del comercio se desplaza del Mediterráneo al resto de Europa. Ello se debe a que la toma de Constantinopla por los turcos (año 1453), prácticamente cierra el Mediterráneo; y a la vez el descubrimiento de América genera nuevas expectativas y permite el desarrollo de otras actividades; se produce también una intervención del poder real en favor de ciertos industriales locales para evitar comprar en el extranjero, etcétera.

Sin embargo, ello no produce el decaimiento del derecho comercial. Por el contrario, en Francia el derecho mercantil se transforma también en derecho escrito, en particular a través de las ordenanzas de Colbert: ellas son *l'Ordonnance de 1673 sur le commerce de terre (Code Marchand)* y *l'Ordonnance de 1681 sur la marine*. La primera de ellas ha sido fuente directa del Código de Comercio francés de 1807 y fue objeto de numerosos comentarios doctrinarios.

Como conclusión entonces, el derecho mercantil es una rama del derecho privado cuyo origen es independiente del Derecho civil, que encuentra legislación, jurisdicción y doctrina propias, basadas en principios distintos de los del Derecho civil, y que se caracteriza por su expresión internacional.

Debe señalarse que esta autonomía del derecho comercial no siempre encontró reconocimiento; a título ejemplificativo puede recordarse que cuando Napoleón instituyó en 1809 la cátedra de derecho mercantil en la Facultad de Derecho de París encontró una fuerte oposición de la propia Facultad, la cual sostenía que "el derecho mercantil sólo es una legislación especial del Derecho civil que los profesores del Código de Napoleón deben ser los encargados de explicarla, y que las nociones que ellos dieran al respecto serían suficientes".

53. EL PERÍODO INTERMEDIO

La Revolución Francesa trastocó profundamente la organización del comercio. Si bien se mantuvieron los tribunales consulares e incluso se les otorgó la competencia que correspondía a las cortes de derecho marítimo, la verdadera transformación aparece por vía de la ley del 2 de marzo de 1791 y el decreto del 14 de junio del mismo año, que establecen la libertad de comerciar.

Es decir que a partir de esos textos, todos los franceses tuvieron derecho de ejercer el comercio sin necesidad de estar inscriptos en una corporación o estar registrados, oficializados o privilegiados. Se desarma así la estructura corporativa del comercio, y comienza a hacerse realidad el dogma de los fisiócratas: el Estado sólo interviene por razones de policía: *laisser faire, laisser passer*.

54. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

Napoleón orientó su labor codificadora no sólo al ámbito del Derecho civil, como ya se ha señalado, sino que brindó a Francia un complejo

de códigos entre los que se encuentra el Código de Comercio de 1807, en vigor desde el 1º de enero de 1808. Pese a ser un trabajo breve y mediocre, sin reformas importantes sobre el derecho vigente, tuvo una función ejemplificadora en el resto de los países lo que se vio favorecido por el carácter universalista que se asigna al derecho mercantil; el comercio de por sí tiende a expandirse extraterritorialmente y por ende los usos y costumbres mercantiles y la legislación que generalmente los recoge tienen una enorme fuerza expansiva.

A él siguieron otros códigos, como el Código de Comercio español de 1829; y, en nuestro país se presenta la particularidad de que el primer código sancionado fue el Código de Comercio del Estado de Buenos Aires de 1859, obra de los juristas Eduardo Acevedo y Dalmacio Vélez Sarsfield que fue convertido en Código de la Nación en 1862.

55. ¿QUÉ ES EL DERECHO MERCANTIL?

Hasta ahora no hemos definido qué es el derecho mercantil y en realidad ello se debe a que hemos establecido exclusivamente su origen histórico y la evolución que sufrió hasta el momento de la codificación.

a) En la Edad Media:

En el medioevo se originaron instituciones que constituyen los aspectos más destacados de la legislación mercantil actual: tales por ejemplo, el contrato de cambio y la letra de cambio, los bancos, los seguros, la sociedad colectiva, todo el derecho de la navegación que constituyó durante muchos siglos un capítulo del derecho mercantil; la quiebra, el concurso preventivo y ciertos contratos particulares como la compraventa y el mutuo comercial que presentan características singulares respecto de la compraventa y el mutuo civil.

b) La aparición de la sociedad anónima:

A partir del siglo XVII aparece una figura determinante del derecho comercial actual: la sociedad por acciones o sociedad anónima, que se emplea para la constitución de las compañías dedicadas al comercio con las Indias. Su origen se encuentra en Holanda, y rápidamente siguen su ejemplo Inglaterra y Francia. Las principales características de esas sociedades —destinadas a empresas que asumen grandes riesgos— son: a) la limitación de la responsabilidad al aporte efectuado por cada partícipe, con lo que se crea una excepción fundamental a la regla de la responsabilidad ilimitada que correspondía a todas las otras sociedades; b) la división del capital en acciones de libre transmisibilidad.

La sociedad anónima o por acciones constituyó un motor importante para el desarrollo de estas compañías de Indias; pero con el advenimiento de la revolución industrial se multiplicaron las grandes empresas fabriles, y también sirvió de soporte jurídico a ellas.

c) Las respuestas posibles:

Pero cuando uno se pregunta qué es el derecho comercial puede dar diversas respuestas. Garrigues dice que hay por lo menos cuatro contestaciones distintas a la pregunta de por qué existe un derecho mercantil. La primera, que entre las actividades profesionales hay una profesión (la de comerciante), que reclama un derecho especial; la segunda, que entre las actividades humanas, con independencia de la profesión de comerciante, hay unos actos, los actos de comercio, que deben ser regulados por un Derecho especial; la tercera, que en la estructura de la economía moderna hay unos organismos —las empresas— que reclaman un derecho especial; y la cuarta, que la actividad económica o el mundo de los negocios necesita un derecho que tradicionalmente se ha llamado derecho mercantil.

d) Las soluciones de los códigos:

En las codificaciones decimonónicas, tanto nos refiramos al Código de Comercio francés, al español, como al argentino, se han seguido las dos primeras respuestas. Es decir, se ha hecho un derecho profesional del comerciante o un derecho de los actos de comercio, o ambos a la vez.

Ejemplo de esto es el mismo Código de Comercio argentino que comienza por definir al comerciante diciendo en su artículo 1º que la ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual, y en el artículo 8º enuncia los actos de comercio. Así se llega a lo que históricamente fue siempre el derecho mercantil, esto es: ni sólo un derecho de los comerciantes, ni sólo un derecho de los actos de comercio. O sea, es ambas cosas a la vez: un derecho de comerciantes y un derecho de actos de comercio, de modo que los no comerciantes no quedan —por regla general— sujetos a él, ni los actos de comercio ajenos a la profesión quedan regulados por ese derecho. Así nunca fue radicalmente subjetivo ni radicalmente objetivo (Garrigues).

e) Los actos unilateralmente mercantiles:

De todos modos debe señalarse la preeminencia del elemento objetivo, es decir, de la idea según la cual la realización de ciertos actos hace que la relación jurídica quede sujeta al derecho mercantil. Por eso hay actos de comercio que aun realizados por no comerciantes están sometidos a la ley comercial. En nuestro sistema jurídico se ha adoptado un régimen particular para los actos unilateralmente comerciantes; el artículo 7º del Código de Comercio determina que *si un acto es comercial para una sola de las partes, todos los contrayentes quedan por razón de él, sujetos a la ley mercantil...*

Sin duda que este precepto constituye un notable avance del derecho comercial respecto de las relaciones sometidas al Derecho civil porque basta con que el acto sea mercantil para una de las partes para que él quede *in totum* sometido al régimen específico mercantil.

56. INFLUENCIAS RECÍPROCAS CON POSTERIORIDAD A LA CODIFICACIÓN⁷⁴

La eliminación de las jurisdicciones consulares, o por lo menos la pérdida de su importancia, la unificación del sistema procesal civil y mercantil, la difusión de la contratación masiva, la importancia de la empresa, facilitaron un juego de relaciones recíprocas entre el Derecho civil y mercantil a partir del siglo XIX.

a) La “comercialización” del Derecho civil:

Por un lado el derecho mercantil se ha expandido respecto del Derecho civil, produciéndose un fenómeno que los autores llaman de comercialización del Derecho civil, fuertemente viabilizado por la transformación económico-social que se conoce como revolución industrial. Las innovaciones tecnológicas permiten la introducción de las máquinas en el proceso productivo haciendo técnicamente posible la producción industrial en masa que hace crecer la productividad del trabajo y permite la reducción de los costos de producción. El desarrollo demográfico, la concentración urbana crean una enorme disponibilidad de fuerza de trabajo. Con su peculiar matiz ideológico, Galgano dice que en esta era de la revolución industrial ya no es posible distinguir relaciones relevantes y relaciones indiferentes a la clase mercantil y por eso se produce esta enorme influencia del derecho mercantil que ha conducido a una suerte de consolidación del Derecho civil y del derecho mercantil en varios países.

b) La “civilización” del derecho comercial:

Pero por otro lado el Derecho civil influye a través de sus instituciones en el derecho mercantil. La protección de la parte más débil del contrato, que nosotros hemos estudiado como uno de los caracteres propios

⁷⁴ Bibliografía especial: LEFEVRE, D., “La spécificité du droit commercial”, *RTDCE* 1976-301; MARTY, Jean P., “La distinction du Droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine”, *RTDCE* 1981-681; BERCOVITZ - RODRIGUEZ CANO, Alberto, “En torno a la unificación del derecho privado”, en *Estudios en homenaje al Prof. Federico de Castro*, cit.; DAVID, René, “La unificación internacional del derecho privado”, en *Libro Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*, Un. Central de Venezuela, Caracas, 1967; FREDERIG, S., “L'unification du Droit civil et du droit commercial”, *RTDCE* 1962-203; ROTONDI, Mario, bajo la dirección de, *L'unité du droit des obligations. Enquête de Droit comparé*, Padova, 1947, con numerosos trabajos, entre ellos de los profesores argentinos HALPERIN, Isaac, *El estudio de la unificación del derecho privado en la Argentina y la unificación del derecho obligacional*, pág. 271; WINIZKY, Ignacio, *La unificación de las obligaciones y de los contratos en la República Argentina*, pág. 597; también ver, HOUIN, Roger, *Droit civil et droit commercial en France*, pág. 187; SAVATIER, René, *Droit civil et droit commercial*, pág. 527; ROTONDI, Mario, *L'unification du droit des obligations civiles et commerciales en Italie*, pág. 489. Para la Argentina, muy importante como antecedente *Actas del Iº Congreso Nacional de Derecho Comercial* (Buenos Aires, 1940, ed. de 1943); MALICKI, Anahí, “Unidad o división del derecho privado: una alternativa a través del tiempo”, *J.A.* 1990-I-714; VALLE TEJADA, José, *La autonomía del derecho comercial y su crisis*, Lima, 1987.

de la contratación moderna, la protección de los consumidores en general, sometidos a las reglas mercantiles por preceptos del tipo del artículo 7º del Código de Comercio argentino, y sin duda la circunstancia de que la teoría general de las obligaciones no aparezca sino en los códigos civiles, justifican la influencia del Derecho civil en el derecho mercantil.

c) Tendencia a la unificación:

De allí nace una tendencia a la unificación legislativa de los cuales han sido ejemplos del Código suizo de las obligaciones de 1911 y el Código Civil italiano de 1942.

d) Subsistencia de la autonomía del derecho mercantil:

Debe tenerse en cuenta que estos códigos unificados no suponen la desaparición del derecho mercantil, ni la pérdida de su autonomía didáctica, doctrinaria o científica; pero sí imponen reconocer la elaboración de pautas comunes a todo el derecho privado patrimonial.

e) Orientaciones actuales:

Por otro lado se asiste hoy a dos fenómenos evidentes que son la tendencia a la creación de un derecho empresario, también llamado derecho económico o de los negocios; y por otro a lo que se conoce como la descodificación del derecho comercial.

La descodificación del derecho comercial ⁷⁵ es un fenómeno que se produce por la elaboración de leyes aisladas que van sustituyendo paulatinamente a las normas establecidas en los códigos de la materia. Esto se advierte claramente en el derecho mercantil argentino donde son pocos los capítulos que subsisten del Código de Comercio, toda vez que han sido sustituidos por leyes particulares. Así hoy, cuando se estudia derecho mercantil, deben ser conocidas la ley de sociedades, la ley de concursos, la ley de seguros, la ley general de navegación, el régimen del decreto ley sobre letra de cambio, el decreto ley sobre cheque, etcétera.

57. DERECHO DE LOS NEGOCIOS O DERECHO ECONÓMICO O DERECHO DE LA EMPRESA ⁷⁶

a) Concepto de empresa:

El derecho de la empresa ha sido reconocido como una posible rama del derecho privado patrimonial como consecuencia de la aparición de la empresa como sujeto de las relaciones jurídico-económicas en el siglo xx.

⁷⁵ V. OPPETTI, Bruno, "La décodification du Droit commercial français", en *Etudes offerts à René Rodière*, cit.

⁷⁶ Bibliografía especial: ALFANDARI, E., *Droit des affaires*, París, 1982; CHAMPAUD, Claude, *Le droit des affaires*, París, 1982; del mismo autor, *Contribution à la définition du Droit économique*, Dalloz, 1967, (Ch), 215; CHARTIER, Yves, *Droit des affaires*, París, 1984; GORE,

La definición de empresa ha sido calificada como la Babel de nuestros tiempos debido a los distintos conceptos que los autores nos brindan de ella. Sin embargo, podemos nosotros aceptar que es “la puesta en ejercicio de medios de producción en una organización permanente, planificada y fundada sobre una instalación material”; es decir que la organización, la existencia de un capital —aun intelectual—, y el desarrollo del trabajo asalariado, aun también intelectual, son componentes de la empresa.

En otras palabras, el ordenamiento de los factores de producción, tierra, capital y trabajo, en miras a la producción de bienes o servicios.

b) Su recepción en la legislación:

En el siglo xx la empresa ha adquirido un desenvolvimiento espectacular en el campo económico; pero en cambio no lo ha tenido tanto en el plano jurídico porque en general las legislaciones se han negado a reconocer en la empresa un sujeto de derecho. A lo sumo el sujeto de derecho es siempre la sociedad a través de la cual se maneja la empresa en la vida jurídica.

Excepción a este modelo, aunque más nominal que real (Satanowsky), lo constituye el Código Civil italiano de 1942 en el cual la figura de la empresa sustituye a la del comerciante. La idea del Código Civil italiano fue la de aplicar una técnica legislativa llamada método de la economía, consistente en sostener que las formas jurídicas debían corresponder a la sustancia económica de los fenómenos regulados por el Derecho, y que los conceptos jurídicos debían tener como punto de partida a los conceptos económicos (Galgano).

c) Otros factores:

Por otro lado, simultáneamente con la aparición de la empresa como sujeto de las relaciones económicas se advierte la influencia de otros factores, particularmente la intervención del Estado como consecuencia de la concentración capitalista, a la que ya nos hemos referido, y que tiene también su incidencia en el ámbito del Derecho civil.

El derecho de los consumidores, el derecho del medio ambiente, el derecho del trabajo, etcétera, son también en gran medida factores de influencia en la concepción moderna del derecho mercantil.

A la vez, el concepto mismo de comercio ha sido ampliado. Tradicionalmente el comercio ha sido la actividad de intermediación en el intercambio de cosas muebles (v. art. 8º, inc. 1º del Código de Comercio). Pero

François, *Droit des affaires*, 2ª ed., París, 1981; GUYON, Yves, *Droit des affaires*, 2ª ed., París, 1982; PIROVANO, Antoine, “Introduction critique au Droit commercial contemporain”, *RTDCE* 1985-8; SAVATIER, René, *La théorie des obligations en Droit privé économique*, 4ª ed., París, 1979; SAYAG, A. - HILAIRE, J., *Quel Droit des affaires pour demain?*, París, 1984; VASSEUR, M., *Droit des affaires*, París, 1979; SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho económico y Derecho civil*, Madrid, 1963.

progresivamente la idea de comercio se ha aplicado a la industria, al crédito y aun —en algunos países— a ciertas operaciones inmobiliarias. De allí que —como señala entre otros François Goré— la palabra “comercio” ha tomado un sentido más extenso que el usual; el comercio —desde el punto de vista jurídico— no es el comercio de cambio que la economía política y el lenguaje corriente oponen a la industria. Por el contrario, él engloba la actividad industrial y la comercial propiamente dicha; sólo son excluidas las actividades agrícolas (art. 452, inc. 3º del Código de Comercio), las artesanales, las liberales y las subordinadas, es decir, las de empleados y obreros.

d) Hacia un “derecho económico” o “de los negocios”:

Si a ello se añade la intervención del Estado, tantas veces comentada en este trabajo, se advierte que es posible hablar de un nuevo derecho económico o de los negocios que comprenden las actividades industriales y comerciales y que constituyen una mezcla de principios provenientes del derecho público y del derecho privado.

Naturalmente pueden distinguirse distintas corrientes de pensamiento en orden a la caracterización del derecho de los negocios. Según Champaud esta nueva disciplina se manifiesta en tres factores: 1) en la regulación de las estructuras y funcionamiento interno de las empresas, comprendiendo no sólo el elemento capital sino también el elemento trabajo; 2) las relaciones interempresas, es decir, las relaciones de concurrencia y concentración; y 3) las relaciones de las empresas con el poder público, reglas de orden público y dirección de la economía: competencia, monopolio, precios, crédito, reglas fiscales, etcétera.

Otros autores en cambio consideran que esta concepción del derecho económico lo reduce a un derecho de la empresa para una economía de mercado, y por ello ponen acento en los aspectos interdisciplinarios dando gran importancia al derecho del trabajo, al derecho fiscal, a la participación del Estado en la economía, al régimen de la concurrencia y las limitaciones a la concentración económica (Pirovano).

Sin duda que todavía estamos en un proceso de elaboración de estos nuevos conceptos, pero que debe destacarse lo que sigue:

1) Por un lado existe una notable tendencia a la unificación del derecho privado patrimonial, lo que se revela en el Derecho argentino en la consolidación propuesta del régimen de sociedades civiles y comerciales, así como en la uniformación ya concretada del régimen concursal y en las iniciativas doctrinarias y legislativas en orden a la unificación de todo el Código Civil y el Código de Comercio en la materia patrimonial.

2) Por otro lado, el notable desarrollo que han adquirido aspectos que hacen al derecho de los negocios, derecho económico o derecho empresarial, y que no pertenecían típicamente al derecho comercial; tales son el derecho de la propiedad industrial (marcas, patentes, transferencia de tecnología, *know how*); los aspectos del derecho fiscal que son de

indispensable conocimiento para el comercialista al tiempo del asesoramiento en la actividad empresarial; las cuestiones en las cuales se revela la intervención del Estado, tanto en el mantenimiento de la libertad del mercado a través del combate de los monopolios o, por el contrario, en el establecimiento en ciertas actividades por vía legal de monopolios y oligopolios.

El derecho de trabajo o derecho social tampoco aparece desvinculado del derecho de los negocios o derecho de la empresa, y tiene gran importancia la protección de la relación laboral en la empresa, tanto cuando ésta se encuentra en el ejercicio pleno de sus facultades como cuando se produce el fenómeno que genéricamente se denomina de crisis de la empresa; por ello uno de los capítulos más debatidos del derecho concursal actual es el de los mecanismos de protección del trabajador en el supuesto de concurso o quiebra de la empresa.

Por eso a medida que participamos de la unificación de los conceptos generales de las obligaciones, de los contratos y de los derechos reales para su aplicación tanto a las relaciones jurídicas civiles como a las relaciones jurídicas mercantiles, vamos asistiendo al nacimiento de una nueva rama del Derecho que básicamente se caracteriza por la interdisciplinariedad, es decir, la eliminación de compartimentos estancos y el funcionamiento a veces armónico, a veces inarmónico, de principios que provienen del derecho público y del derecho privado en orden a la regulación de la actividad económica de la empresa en una comunidad.

58. *LA TENDENCIA HACIA LA UNIFORMIDAD DEL DERECHO COMERCIAL. EL DERECHO SUPRANACIONAL*

El mismo carácter expansivo del derecho mercantil genera la necesidad de ir tendiendo hacia la uniformidad internacional de las normas que regulan sus instituciones. En este sentido puede señalarse la existencia de tres fuentes de uniformidad, que son, respectivamente, las convenciones internacionales, los mismos usos y costumbres mercantiles expandidas extraterritorialmente y la formulación de derechos supranacionales.

En el primer plano se insertan las convenciones internacionales, que han dado uniformidad a distintos aspectos del derecho mercantil. Entre ellas puede mencionarse —a título de ejemplo— la Convención de Ginebra de 1930 sobre letra de cambio y cheque que ha sido recibida por gran cantidad de países. En el nuestro, la ley uniforme ha sido fuente directa y primordial de los decretos del año 1963 reguladores de la letra de cambio y cheque. Nuestro país también ha ratificado la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercadería (ley 22.765).

En un segundo plano se encuentran los mismos usos y costumbres mercantiles que se expanden territorialmente. En algunas ramas del derecho mercantil los contratos internacionales se celebran sobre la base

de prácticas aceptadas en todos los países, y generalmente se formalizan a través de contratos o de documentos que tienen validez internacional otorgadas por convenciones o por las leyes internas, o por los mismos usos aceptados. Esto sucede particularmente en el transporte internacional, terrestre, marítimo o aéreo y en ciertas operaciones crediticias que se celebran generalmente a través de bancos (el crédito documentado).

Desde hace casi treinta años, la doctrina viene señalando la existencia de un sistema jurídico nacional o transnacional, nacido de los usos comerciales internacionales, que se denomina *lex mercatoria* (a la que nos referimos más extensamente en el número siguiente).

Finalmente no puede dejar de señalarse que a partir de la creación de la Comunidad Económica Europea con el Tratado de 1957 (hoy llamada Unión Europea), se asiste a la formulación de un derecho supranacional. El comercio internacional entre los países de la Unión se encuentra sometido a reglas, en principio uniformes, y por otra parte los organismos de la Unión tiene la atribución de dictar directivas para la formulación del derecho interno de cada país miembro. En este sentido el derecho supranacional se ha ido manifestando en muy distintos aspectos del derecho de los negocios de los países que forman la Unión Europea ⁷⁷.

58.1. LA GLOBALIZACIÓN DE LOS MERCADOS. INFLUENCIA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO. LA LEX MERCATORIA

a) Qué es "el mercado":

La noción de mercado evoca el espacio físico en que se desarrollaba la comercialización de ciertos productos. El mercado (o feria) era "el lugar" donde se reunían los mercaderes de telas o de aceites o de cualquier otro producto para comprar y vender; de modo que en esos lugares se determinaba el precio de las cosas.

Hoy en día todavía hay mercados ubicables físicamente; en Buenos Aires hay un "mercado de flores" y un "mercado de hacienda" (el de Linières); las acciones de sociedades se negocian en la Bolsa de Comercio (que tiene anejo un "mercado de valores"). Los cereales se cotizan internacionalmente en Chicago y los diamantes y los maníes en Amsterdam.

Pero en general, la idea de mercado se ha "espiritualizado", en tanto ya no se la vincula con el lugar, sino con el mecanismo de formación de precios. Por ello, en las obras más generales sobre economía se puede leer que el mercado es "un mecanismo por medio del cual los compradores y los vendedores de un bien determinan conjuntamente su precio y su cantidad" ⁷⁸.

⁷⁷ Bibliografía especial: GOLDMAN - BERTHOLD - LYON - CAEN, Antoine, *Droit commercial européen*, París, 1983; SCHAPIRA, J. - LE TALLEC, G. - BLAISE, J. B., *Droit européen des affaires*, París, 1984; MATHIJSEN, Pierre, *Guía del Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, 1987.

⁷⁸ SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economía*, 13ª ed., trad. de Luis Toharía Cor-

De acuerdo con lo expuesto, en el mercado se forman los precios y se determina el volumen de la producción de los distintos bienes.

Ahora bien; cómo se forman los precios en el mercado es uno de los temas principales del análisis económico, y es un tema extraordinariamente complejo en el que entran a funcionar infinidad de variantes, y que por supuesto es ajeno a nuestra materia.

b) La globalización de los mercados:

Desde siempre los mercados han tendido a la internacionalización, y ello ha sido visto al explicarse la vocación internacional del derecho mercantil.

Pero lo cierto es que se asiste desde hace años a un fenómeno que se conoce como la globalización o mundialización de los mercados. Es decir que para ciertos productos y para ciertas empresas, el mundo es un mercado único, que no reconoce fronteras.

Ello se produce, en gran medida, porque la tecnología ha hecho desaparecer las limitaciones impuestas por la geografía, de modo que todo el mundo está hoy conectado simultáneamente, en tiempo real, cualquiera sea el lugar del planeta en que se encuentre. Y obviamente por la vocación expansiva de las corporaciones que ingresan a todos los países posibles.

c) Algunas características de los mercados globalizados:

Para lo que a nosotros importa ahora, cabe señalar algunas características de esta sociedad posindustrial con mercados globalizados.

Una característica propia de la época, que es el papel dominante y sumamente visible que en la economía moderna tiene la gran empresa, que se manifiesta por su control en los países industriales de gran parte de toda la producción. Dos tercios de la producción industrial de los EE.UU. proviene de las mil mayores firmas industriales.

Ahora bien; durante decenios las empresas giraron alrededor de la producción de bienes. Típicas empresas eran Ford, General Motors, Bayer o Shell, que proveían bienes tangibles, concretos, producidos por ellos mismos. A escala nacional podríamos aludir a Canale, Terrabusi, que nos proveían de bizcochos; Quilmes o Cervecería Santa Fe, etcétera.

Pero esto ha cambiado enormemente en los últimos decenios, pues las grandes empresas industriales ya no se centran en la producción. Cuando compramos una galletita, una zapatilla o un automóvil puede ser que lleve la marca que consumimos habitualmente, pero vaya a saber dónde se ha fabricado.

tés y Esther Rabasco, Madrid, 1992, pág. 47; en la misma orientación DORNSBUCH - FISCHER - SCHMALENSEE, *Economía*, 2ª ed., trad. de Luis Toharía Cortés y Esther Rabasco, Madrid, 1989, para quienes "el mercado es un conjunto de mecanismos mediante los cuales los compradores y los vendedores de un bien o servicio están en contacto para comerciarlo".

Es que las grandes firmas centran su poder en la marca y fabrican en distintos países, generalmente periféricos, donde pagan salarios míserimos a trabajadores casi esclavos ⁷⁹.

Por ello dice Francesco Galgano que la sociedad posindustrial es, antes que nada, *la sociedad de la riqueza desmaterializada*.

Ese proceso de desmaterialización actúa sobre varios frentes.

Ante todo, y como se señaló, la sociedad industrial era la sociedad de la producción de mercaderías; la marca era sólo el signo distintivo de las mercaderías producidas por la industria. *En la sociedad posindustrial, la marca se ha convertido por sí misma en un bien: un bien inmaterial que forma autónomo objeto de cambio, el verdadero producto, en no pocos sectores merciológicos, que el empresario coloca en el mercado, la verdadera fuente de su provecho. Lo principal que producen estas empresas no son cosas, sino imágenes de sus marcas. Su verdadero trabajo no consistía en fabricar sino en comercializar* ⁸⁰.

Otro aspecto concomitante es la importancia de los instrumentos financieros. Gran parte del derecho comercial contemporáneo está dedicado a elaborar y regular nuevos instrumentos financieros (bonos, obligaciones negociables, derivados, *commercial papers*, certificados de participación o títulos de deuda emitidos por fiduciarios financieros, acciones sin voto, etc., etc.), los que circulan por todo el mundo al compás de un teclado de computadora.

d) El derecho y el mercado. La lex mercatoria:

Durante el siglo XIX los instrumentos jurídicos del mercado fueron la propiedad y el contrato. Por eso la legislación estuvo dirigida a eliminar las trabas a la circulación de la propiedad (nuestro Código eliminó el mayorazgo, las hipotecas legales o tácitas, la enfiteusis, los censos, las rentas, las capellanías y en general todas las "vinculaciones" de la propiedad) y a asegurar la eficacia de la voluntad (de allí que nuestro Código dispone que el contrato obliga "como si fuera la ley misma").

La sociedad global tiene un derecho propio: la *lex mercatoria*. Por ella se entiende hoy: *un derecho creado por el rango empresarial, sin la mediación del poder legislativo de los Estados, y formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de la unidad política de los Estados, las relaciones comerciales que se establecen dentro de la unidad económica de los mercados*.

e) El contrato como instrumento de la lex mercatoria:

En la sociedad globalizada no se requieren grandes cambios legislativos, porque *es el contrato el principal instrumento de la globalización*

⁷⁹ V. KLEIN, Naomi, *No logo*, Buenos Aires, 2001.

⁸⁰ GALGANO, Francesco, "Interpretación del contrato y *lex mercatoria*", *Revista de Derecho Comparado*, n° 3, Buenos Aires, 2001, § V, pág. 15.

jurídica. Es que la potestad legislativa estatal es impotente para asumir un mundo en constante cambio y que expande los mercados a niveles planetarios. Galgano dice que en este mundo absolutamente globalizado donde circulan mercaderías, *know how*, licencias de producción, franquicias, licencias de marca y diseño, *joint ventures* unen a empresas en distintos lugares del planeta, el derecho estatal parece el rugido del ratón.

La producción en serie, a escala planetaria, requiere un derecho uniforme (como lo era en el medioevo).

Pero las convenciones internacionales son pocas y de escasa relevancia (las leyes uniforme de Ginebra sobre letra de cambio y cheque no se aplican en los países del *common law*; la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías no resuelve el problema principal de cuándo la cosa pasa a ser propiedad del comprador).

Por ello el elemento dominante no son las convenciones ni las leyes de derecho uniforme, sino *la circulación internacional de los modelos contractuales uniformes*.

Se advierte entonces el rol extraordinariamente significativo que se da al contrato hoy, en tanto instrumento de la globalización y fuente normativa principal de la *lex mercatoria*.

f) El arbitraje:

Una fuente muy importante de la *lex mercatoria* es el arbitraje internacional.

La CCI (Chambre de Commerce International; también conocida como ICC, International Chamber of Commerce) es una institución privada, que nuclea empresas de todos los países del mundo. Su labor ha sido fecunda en la uniformación del derecho comercial internacional; de ella han salido los *Incoterms*, las reglas sobre crédito documentario, sobre *stand by letter of credit*, sobre garantías a primera demanda, etcétera.

La CCI cuenta con una Corte de Conciliación y Arbitraje, que a su vez se rige por un reglamento general de conciliación y arbitraje. La Corte resuelve centenas de casos anualmente, como consecuencia del sometimiento voluntario de las partes a su jurisdicción.

Las sentencias arbitrales de la CCI son una fuente de conocimiento y de interpretación de la *lex mercatoria*.

g) Los principios Unidroit:

Unidroit (Instituto para la Unificación del Derecho Privado) —organización no gubernamental que tiene sede en Italia— y que trabaja por la unificación del derecho privado, ha elaborado los denominados Principios para los contratos comerciales internacionales. Es una suerte de *restatement* de la *lex mercatoria*, en los que se ha sabido amalgamar la práctica de los negocios con los principios jurídicos. Galgano exalta la función de los Principios, recordando una frase de Rousseau que decía “entre la democracia y el despotismo ilustrado, prefiero la democracia por-

que nadie me asegura que el déspota sea ilustrado; y dice el profesor de Bolgona que lo mismo pasa con la *lex mercatoria*, la ley de las empresas; nadie puede asegurar que el despotismo de las empresas sea ilustrado y por ello es necesaria la *mediación cultural de los juristas*, y esto es lo que ha hecho *Unidroit* al preparar los Principios para los contratos comerciales internacionales.

Hoy los Principios constituyen una referencia obligada para toda la doctrina europea; y han sido fuente de muchas de las normas del Proyecto de código civil de 1998, así como son tomados en consideración en los proyectos europeos.

XI. LA PUBLICIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL ⁸¹

59. INFLUENCIA CRECIENTE DEL DERECHO PÚBLICO

Se ha apuntado ya que aun vigentes sistemas neoliberales, se advierte nítidamente un intervencionismo estatal en las relaciones jurídicas privadas, lo que ha dado lugar al nacimiento del concepto de “orden público económico” (v. *supra*, n^o 33).

Por lo demás, algunas partes del Derecho civil han adquirido autonomía científica, legislativa y didáctica, como el derecho del trabajo y el derecho agrario, y tienen una marcada influencia publicística.

Se asiste también al nacimiento de nuevos sectores del Derecho, cuya inclusión en el derecho privado o en el derecho público, por lo menos genera dudas: derecho urbanístico, derecho ecológico o ambiental, derecho registral, derecho del transporte, etcétera.

Ello ha dado lugar a que importantes autores hayan señalado hace ya varios años el fenómeno de la publicización del Derecho civil (Savatier, Ripert, etcétera).

60. RELATIVIDAD DE ESTE FENÓMENO

Sin embargo, la tan mentada publicización —que llevó a Ripert a decir “todo deviene derecho público”— no consigue menguar la importancia y vigencia actual del Derecho civil.

Al respecto Castán Tobeñas, siguiendo las enseñanzas de Marty y Raynaud dice que cierto es que el derecho privado actual se presenta con un aspecto muy distinto, pero no cuadra confundir regulación imperativa con derecho público; “mientras sean reconocidos derechos subjetivos a los particulares, en cuanto individuos, existirá derecho privado,

⁸¹ Bibliografía especial: RIPERT, Georges, *Le déclin du Droit*, 2^a ed., París, 1950; SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*, 2^a ed., París, 1952/1959; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Crisis mundial y crisis del Derecho*, Madrid, 1961; BONET, Francisco, “Las instituciones civiles”, *RDP* 1953-207.

aunque la disciplina de aquellos derechos subjetivos esté informada en el criterio de subordinación a los intereses públicos. Identidad o absorción del derecho privado por el derecho público no existe” (Bonet).

XI BIS. EL DERECHO PRIVADO Y LA ECONOMÍA. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

60.1. *RELACIONES ENTRE DERECHO Y ECONOMÍA. ETAPAS*

A lo largo de este capítulo, hemos señalado la relevancia que adquieren las cuestiones económicas: la intervención del Estado, las crisis, las relaciones entre distintos agentes económicos, etcétera, fueron causando un notable incremento del interés de los juristas en la economía; y recíprocamente los economistas también necesitan tomar en consideración los fenómenos jurídicos.

El abordaje de las relaciones entre derecho y economía puede hacerse con múltiples perspectivas ⁸². Nos limitamos a señalar ahora que podríamos resumirlas en tres etapas:

— una primera en que ambas disciplinas estaban virtualmente indiferenciadas;

— la segunda, en que abiertamente se separaron, reivindicando cada una de ellas un objeto propio y distinto;

— y la actual, en que las relaciones entre derecho y economía se van recomponiendo en la etapa actual por dos razones: la llegada de la sociedad posindustrial y la globalización de los mercados ⁸³.

De modo que estamos en una etapa en la que derecho y economía han dejado de mirarse con majestuosa indiferencia, y por el contrario parece claro que hoy no puede prescindir uno del otro.

Vamos a ver entonces cómo ese interés recíproco se manifiesta en el ámbito del derecho privado patrimonial.

60.2. *LA PONDERACIÓN DE LOS FENÓMENOS ECONÓMICOS EN LA DOCTRINA JURÍDICA*

No hay duda de que al menos en cierta medida, las instituciones jurídicas de derecho privado patrimonial son el ropaje institucional de medios de satisfacción de necesidades e intereses económicos. En esta orientación, sostiene un autor holandés, que numerosas instituciones jurídicas clásicas, como el usufructo, la accesión o la cláusula de reserva de propiedad no son otra cosa que la reglamentación de relaciones eco-

⁸² V. RIVERA, Julio César, “Economía e interpretación jurídica”, *L.L.*, 2002-D-1163.

⁸³ GALGANO, Francesco, “Interpretación del contrato y *lex mercatoria*”, *Revista de Derecho Comparado*, nº 3, págs. 15 y sigs.

nómicas sutiles. Sin embargo, ellas están tan profundamente ancladas en el derecho positivo que no las percibimos sino como instituciones jurídicas, sin darnos cuenta de su significación económica ⁸⁴.

Con el mismo criterio, no siempre el contrato fue visto como un instrumento destinado a satisfacer intereses económicos de los sujetos. Pero ya en la segunda mitad del siglo pasado, Messineo destacaba este rol del contrato como principalísimo y definitorio. Dice este prestigioso jurista: "El contrato, cualquiera que sea su figura concreta, ejerce una función y tiene un contenido constante: el de ser centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica que impliquen la composición de intereses inicialmente opuestos o no coincidentes. Dichos intereses, por el trámite del contrato, se combinan de manera que cada cual halla su satisfacción; de ello deriva, en el conjunto, un instrumento de utilidad para la satisfacción de los intereses de las partes de lo cual se beneficia también, indirectamente, la comunidad" ⁸⁵. De allí que propiciara una clasificación de los contratos atendiendo a su finalidad económica.

La elaboración de la idea de causa en sentido objetivo, fruto de la doctrina italiana (v. n^o 1148 c), es sin duda un aporte sostenido en la ponderación de la finalidad económica que persiguen los contratos. Y entre nosotros, Alterini ha dicho que la interpretación debe tener como objetivo que se cumpla, sin distorsiones, la finalidad económica perseguida por las partes al celebrar el negocio ⁸⁶.

Ello ha tenido reflejo en la jurisprudencia, la que ha sostenido que debe ser desestimada la interpretación propiciada por una de las partes, de la cual resulte afectada la finalidad económica del negocio, alterando la reciprocidad y equivalencia de las prestaciones ⁸⁷ (v. n^o 1172 c). Este criterio se ha aplicado en infinidad de litis particulares.

De otro lado la jurisprudencia argentina no ha sido ajena al análisis consecuencialista de sus decisiones. Ya lo anticipaba Borda hace muchos años, al sostener que los jueces no pueden prescindir de las consecuencias de sus fallos, no son respecto de los litigantes en concreto, sino de sus repercusiones respecto de la comunidad en general. Así, en un importante fallo de la CSN, que tuvo una relevancia fenomenal para permitir el desarrollo del contrato de franquicia, el Alto Tribunal argumentó: *La finalidad económica de la franquicia comercial se frustraría si el derecho aplicable responsabilizara sin más a los concedentes por las deudas laborales de las concesionarias, con perjuicio para la economía nacional*

⁸⁴ MERTENS DE WILMARS, citado por MCKAAY, Ejan, *L'analyse économique du droit*, Montreal-Bruxelles, 2000, pág. 10.

⁸⁵ MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, t. I, cap. I, n^o 1, trad. de Fonanarrosa - Sentís Melendo - Volterra, Buenos Aires, 1952, págs. 33 y sigs.

⁸⁶ V. ALTERINI, Atilio Anibal, *Contratos*, Buenos Aires, 1998, n^o 31, pág. 257; cap. XVI, n^o 11, pág. 416.

⁸⁷ V. CNCiv., Sala D, 17/10/1979, J.A., 1982-III-584; CNCiv., Sala F, 9/10/1981, J.A., 1982-IV-261; id., Sala A, 21/5/1974, J.A., 1974-24-376.

por las indudables repercusiones que ello tendría en las inversiones, en contratos de este tipo. Esta Corte no puede omitir la consideración de estas circunstancias pues como reiteradamente ha juzgado “no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma” (Fallos 302-1284) ⁸⁸.

Finalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema es pródiga en ejemplos de aplicación de nociones económicas a la resolución de los casos concretos, como lo revela toda la construcción de la emergencia ⁸⁹.

60.3. LÍMITES

Sin embargo, en general la legislación, la doctrina y la jurisprudencia no hacen alusión explícita a la eficiencia como valor a perseguir en las decisiones jurídicas, especialmente las legislativas y judiciales ⁹⁰, salvo quizás en materia de responsabilidad civil donde se ha advertido que la eficacia concreta de la responsabilidad civil impone la referencia obligada a los mecanismos de aseguramiento, sin los cuales *toda nuestra bella construcción de responsabilidad civil se hundiría en la nada de una insolvencia casi generalizada de los responsables*.

Esto ha significado, sin duda alguna, el comienzo de la aplicación de criterios de eficiencia al régimen de la responsabilidad civil.

60.4. LA SISTEMATIZACIÓN DE LA INTERACCIÓN DE LO ECONÓMICO Y LO JURÍDICO: EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

a) Qué es el AED:

El AED, que nace aproximadamente en los 60, en EE.UU. con los trabajos de Coase y Calabresi, es el intento de *aplicar el análisis económico en forma sistemática a áreas del derecho tradicionalmente ajenas a este tipo de análisis* ⁹¹.

⁸⁸ CSN, 15/4/1993, “Rodríguez, Juan c/Cía. Embotelladora Argentina S.A. s/recurso de hecho”.

⁸⁹ V. RIVERA, Julio César, “Introducción histórico comparativa al estudio de la crisis”, L.L., 2003-B-1028.

⁹⁰ Lo cual no quiere decir que no hayan utilizado criterios de eficiencia. La legislación del siglo XIX perseguía hacer eficientes las dos grandes herramientas del mercado: la propiedad y el contrato. Así en el Código Civil argentino la eficiencia se obtuvo eliminando las trabas a la disposición de la propiedad (el mayorazgo, las vinculaciones, la enfiteusis, limitando los censos y las rentas) y asegurando su división al establecer legítimas muy altas. Y en materia de contratos, asegurando la eficacia jurídica de la voluntad.

⁹¹ V. TAVANO, María Josefina, “Qué es el análisis económico del derecho”, RDPC, n° 21, pág. 14; la escuela tiene su origen en la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago, y esta escuela se origina en las clases que daba Simon, en dicha escuela. Su más importante publicación

Puede decirse que el AED propicia la interdisciplinariedad en el estudio de los fenómenos jurídicos; implica una relectura del derecho desde la economía compartiendo principios, metodología e instituciones⁹²; o, como señala otro autor, lo común y definitorio del AED es la aplicación de la teoría económica en la explicación del derecho⁹³.

En este sentido, *el AED incorpora al análisis jurídico la noción de eficiencia en la asignación de recursos.*

En la misma orientación, Oppetit dice que el análisis económico del derecho suministra al jurista un método destinado a permitirle repensar las funciones de las instituciones jurídicas; él se vincula a una visión dinámica del derecho, apreciado en su historicidad y su perfeccionamiento por oposición al estatismo de un sistema encerrado en sí mismo, en el cual el jurista no tiende más que al estudio exhaustivo de las reglas de derechos establecidas y a la búsqueda de soluciones a los problemas jurídicos nuevos en el interior de su misma disciplina⁹⁴.

Y agrega que el análisis económico del derecho vale en principio como descripción de la realidad; procura un cuadro de análisis para comprender las finalidades y evoluciones del sistema jurídico; de otro lado, ambiciona provocar los cambios legislativos si se revela una adecuación insuficiente entre los modelos y la realidad. Ella puede responder a una triple finalidad: crítica (predecir cuáles serán los efectos no esperados de la ley); normativo (determinar cuál legislación debería ser adoptada); predictiva (predecir qué legislación —o quizás que solución judicial (esto es mío)— será adoptada⁹⁵.

b) Los principios básicos del AED:

El AED parte de la idea central fundada en el comportamiento racional del hombre, que por lo tanto siempre ha de perseguir aquello que le procure mayor utilidad (entendido utilidad en un sentido amplio: puede ser mayor beneficio, mayor placer, menor esfuerzo, etc.). Esto está en consonancia con la tradición utilitaria anglosajona, según la cual la economía no es sino la ciencia del cálculo individual, el juego del interés personal del *homo economicus*, y *ello conduce a apreciar las reglas de derecho en términos de eficacia.*

The Journal of law & economics, cuyo primer número es de octubre de 1958 y en ella figuran dos trabajos uno "Competition and democracy" de Gary S. Becker y otro "The economics of scale" de George J. Stigler.

⁹² TAVANO, M. F., "Qué es el análisis...", *RDPC*, cit., pág. 14.

⁹³ MERCADO PACHECO, Pedro, *El análisis económico del derecho*, Madrid, 1994, pág. 27.

⁹⁴ OPPETT, Bruno, "Droit et économie", en *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 37, París, 1992, pág. 23.

⁹⁵ OPPETT, Bruno, "Droit et économie", en *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 37, París, 1992, págs. 17 y sigs.

Y a partir de allí —y de otros puntos centrales a los que haremos referencia más adelante— el AED se sostiene en algunos de los siguientes principios que definen los profesores alemanes Schäffer y Ott ⁹⁶:

(i) La eficiencia en la administración de los recursos (escasos) consiste en aplicarlos de modo de obtener el mayor grado de satisfacción de necesidades; de allí el criterio de restricciones, propio del análisis económico. Ese criterio no es propio del mundo del derecho, sin embargo incide en la toma de decisiones jurídicas.

El AED entonces estudia las normas y decisiones teniendo en cuenta si ellas producen un despilfarro o aplican adecuadamente los recursos

Para determinar qué es lo más adecuado al interés general o bienestar social se han formulado distintos *criterios de eficiencia*, siempre reconducidos a la idea de bienestar social; la exposición de tales criterios excedería en mucho los límites impuestos a esta exposición.

(ii) El AED hace un análisis *consecuencialista* de las normas y decisiones judiciales, de modo de apreciar cuáles son las *consecuencias* (efectos) que la norma o decisión produce en la sociedad y los individuos ⁹⁷.

La eficiencia es el valor que debe realizar el derecho.

Alguien ha dicho que una sociedad eficiente no debe ser *también* justa ⁹⁸. Y aquí llegamos al nudo de la cuestión, por lo que esto merece un párrafo aparte, y con él concluimos esta exposición.

60.5. LA EFICIENCIA Y LA JUSTICIA Y OTROS VALORES JURÍDICOS

Venimos de señalar que, según algún criterio, una sociedad eficiente no debe ser necesariamente justa. Es éste un motivo de crítica al AED entre los profesores de Derecho, pues parecería que se propicia la sustitución de todos los valores propios del derecho por la sola eficiencia. Y así lo asumen algunos profesores, como decíamos al comenzar.

Sin embargo, éste es un criterio que dista de ser predominante.

En realidad la justicia debe presidir toda acción en lo jurídico (al legislar, al juzgar) y se impone a la eficiencia.

Uno de los fundadores del AED (al menos en su concepción moderna), Guido Calabresi, en una obra ya clásica dice: *Por ello un sistema de responsabilidad civil o en cualquier otro ámbito del derecho privado patri-*

⁹⁶ SCHÄFFER - OTT, *Manual de análisis económico del derecho*, trad. de Macarena Von Carstenn-Lichterfelde, Madrid, 1991.

⁹⁷ El análisis consecuencialista ha dejado de ser un método exclusivo del AED (si es que alguna vez lo fue). Es propiciado por la más autorizada doctrina tanto en el Derecho civil: LORENZETTI, Ricardo, "El juez y las sentencias difíciles", *L.L.*, 1998-A-1039; y está presente en la jurisprudencia de la CSN que ha sostenido en infinidad de oportunidades que el intérprete no puede prescindir de los resultados de su interpretación.

⁹⁸ SCHÄFFER - OTT, pág. 25.

*monial y del derecho en general, debe ser inicialmente justo*⁹⁹ *y buscar también la eficiencia, lo que se evidencia en que ha de reducir el coste de los accidentes y ha de desalentar las conductas antisociales en el ámbito de la responsabilidad civil y ha de perseguir la satisfacción de las finalidades económicas de los contratos lo que supone que ambas partes han de conseguir una utilidad del mismo.*

Por otro lado, la aplicación de los criterios de eficiencia tampoco se justifican por la sola circunstancia de su obtención. Al respecto, los autores alemanes Schäffer y Ott explican: que la cuestión es preguntarse si todas las situaciones sociales en que se logra el óptimo de eficiencia están justificadas. “Ello sólo podría admitirse si se prescinde de los criterios de justicia distributiva, lo cual no todos están dispuestos a aceptar (en particular los juristas). Por ello, la situación ideal de una sociedad es aquélla en que concurren simultáneamente la eficiencia... y la justicia distributiva”. Por eso, casi siempre se exige la puesta en práctica de medidas de política distributiva que asignen con neutralidad los recursos¹⁰⁰.

Además hay muchos casos en que la eficiencia cede frente a otras exigencias o valores. Los mismos Schäfer y Ott reconocen que protección de los débiles (los menores de edad, los enfermos mentales), la tutela de la privacidad y los derechos inviolables que hacen a la dignidad humana no pueden ser medidos en términos de eficiencia.

Y otras alternativas al criterio de eficiencia, generalmente coinciden con ella. Así, la defensa del consumidor, las restricciones al poder económico (en general las que limitan las posiciones monopólicas), la supresión de las discriminaciones y la protección del medio ambiente no sólo son justas sino que además suelen conducir a soluciones eficientes¹⁰¹.

En otro plano, Mitchell Polinsky plantea el posible conflicto entre eficiencia y equidad en la distribución de la renta, admitiendo que pueda preferirse la equidad a la eficiencia (un pastel más chico pero más justamente repartido)¹⁰².

En conclusión, Richard Posner, uno de los expositores del AED en su versión Universidad de Chicago, dice: “Las nociones de la Justicia incluyen algo más que la eficiencia. No es obviamente ineficiente tolerar los pactos suicidas; tolerar la discriminación privada por razones raciales; tolerar que se mate y se devore al pasajero más débil del barco de la vida en circunstancias de desesperación genuina; obligar a los individuos a declarar contra sí mismos; azotar a los prisioneros; permitir que se vendan niños para su adopción; permitir el uso de la fuerza homicida en de-

⁹⁹ CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes*, trad. Joaquín Bisbal, Barcelona, 1984, pág. 42.

¹⁰⁰ SCHÄFFER - OTT, *Manual de análisis...*, cit., pág. 45.

¹⁰¹ SCHÄFFER - OTT, *Manual de análisis...*, cit., págs. 26 a 28.

¹⁰² MITCHELL POLINSKY, A., *Introducción al análisis económico del derecho*, trad. de J. Álvarez Flores, Barcelona, 1985, págs. 19/20.

fensa de un interés puramente material; legalizar el chantaje o permitir que los condenados elijan entre la prisión y la participación en experimentos médicos peligrosos. Sin embargo, todas estas cosas ofenden el sentimiento de justicia de los estadounidenses modernos, y todas son ilegales en mayor o menor (de ordinario mayor) medida ¹⁰³.

Por ello, en todos los casos, *los criterios de determinación de la elección entre dos situaciones sociales están limitados por los derechos fundamentales de los individuos* ¹⁰⁴.

60.6. CONCLUSIÓN

Si bien es cierta la advertencia de Oppetit: "El hombre no es reducible a la sola eficiencia" ¹⁰⁵, lo cierto es que un sistema jurídico eficiente hace que mayor cantidad de gente pueda beneficiarse ¹⁰⁶; y que la ineficiencia está normalmente ligada a la injusticia ¹⁰⁷.

Y en otra perspectiva, el AED abre la visión del jurista a las consecuencias económicas de las opciones legislativas y judiciales. Y ello es importante pues una sociedad más eficiente es también una sociedad más justa.

XII. EL DERECHO PRIVADO EN LA ACTUALIDAD. FUNCIÓN DEL DERECHO CIVIL

61. RAMAS DEL DERECHO PRIVADO ¹⁰⁸

De acuerdo con lo que hemos venido expresando, podemos señalar hoy en día una nueva división del derecho privado.

Por un lado el Derecho civil apunta inicialmente al derecho de las personas y el derecho de familia.

¹⁰³ POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, 1998, págs. 32/33.

¹⁰⁴ SCHÄFFER - OTT, *Manual de análisis...*, cit., pág. 57.

¹⁰⁵ OPPETT, B., "Droit et économie", en *Archives...*, tomo 37, cit., págs. 17 y sigs.

¹⁰⁶ MICHELL POLINSKY, *op. cit.*, pág. 19, dice: "El atractivo de la eficiencia como objetivo es que, dadas ciertas condiciones... todos pueden beneficiarse si la sociedad se organiza de un modo eficiente".

¹⁰⁷ SCHÄFFER - OTT, dicen: "...una sociedad ineficiente, generalmente, resulta injusta. A una persona que padece hambre en África le dará igual que le expliquen que su pobreza no se basa principalmente en una distribución desigual de riqueza, sino en una organización institucionalmente ineficiente, que dificulta la producción urgente de los alimentos imprescindibles...". *Manual de análisis...*, cit., pág. 25.

¹⁰⁸ Bibliografía especial: MALICKI, Anahí, "Unidad o división del derecho privado: una alternativa a través del tiempo", *J.A.* 1990-I-714; TUZIO, Alejandro P. F., "Unificación del derecho privado-sistemática comparativa", *J.A.* 1991-IV-833.

Por otro, existe una clara tendencia a la formulación de un derecho privado patrimonial común que tanto rige para las relaciones patrimoniales comúnmente calificadas como civiles, cuanto para las relaciones generalmente llamadas mercantiles. Es decir, el derecho de las obligaciones, de los contratos y de los derechos reales es básicamente un derecho común.

Esto sucede aun en los países en los cuales encontramos todavía la dicotomía entre Código Civil y Código de Comercio.

En nuestro país la teoría general de los negocios jurídicos, de las obligaciones y la de los derechos reales se aplican a ambos órdenes de relaciones, y se encuentran sustancialmente en el Código Civil.

Sin perjuicio de ello, en ciertas materias las normas del derecho comercial por su carácter expansivo van sustituyendo las reglas del Derecho civil. Así sucede particularmente en la temática concursal, unificada a partir de la legislación originariamente comercial (ley 19.551); y también en la societaria, pues si bien subsiste la sociedad civil regulada en el Código Civil, en la práctica aparece virtualmente sustituida por las sociedades mercantiles de la ley 19.550.

Finalmente se asiste al nacimiento de un derecho de los negocios, derecho económico o derecho empresario, materia interdisciplinaria formada con principios y reglas provenientes del derecho privado patrimonial común, que se dirige a la regulación del fenómeno de la empresa y su participación en el mercado, atendiendo a la presencia de instituciones que provienen del derecho industrial ya señaladas, del derecho público por la participación del Estado y del derecho social o del trabajo. Finalmente, y como ya fue anticipado, algunas ramas han adquirido autonomía con relación al Derecho civil, pero puede considerarse que básicamente siguen constituyendo ramas del derecho privado, a pesar de una evidente influencia publicística; son el derecho agrario, el derecho del trabajo, el derecho registral, el derecho del transporte (marítimo, aeronáutico y terrestre) —que va adquiriendo autonomía respecto del derecho comercial del cual formó parte durante siglos—; lo mismo para el derecho bancario, el derecho de la propiedad industrial.

Finalmente, otras ramas pertenecen más propiamente al derecho público, y en particular son compartimentos del derecho administrativo, con reflejos serios en las relaciones jurídicas privadas; entre ellas mencionamos por su importancia actual al derecho urbanístico y al derecho ambiental o ecológico.

62. FUNCIÓN ACTUAL DEL DERECHO CIVIL

Lo expuesto no importa amenguar la importancia del Derecho civil.

Por el contrario, esta vieja rama conserva su lozanía, como lo demuestra la permanente preocupación que despierta en los estudiosos y

en los legisladores; en la aplicación permanente que de él hacen los tribunales, y en la búsqueda que se hace en sus compartimentos de los grandes principios que informan al derecho privado.

Es que, como ha señalado con agudeza Cian, el Derecho civil sigue siendo la rama en que se encuentran los institutos de base, y así constituye el tejido conectivo de todos los sectores del derecho privado.

63. DEFINICIÓN

De acuerdo con lo expuesto, puede intentarse definir al Derecho civil como la rama del derecho privado que se ocupa del hombre como sujeto de derecho sin distinción de calidades accidentales, y de las relaciones jurídicas patrimoniales y familiares que lo tienen como sujeto, regulando las instituciones básicas y sirviendo por lo tanto como punto de conexión de las demás ramas del derecho privado.

CAPÍTULO II

FUENTES DEL DERECHO CIVIL

I. FUENTES DEL DERECHO - INTRODUCCIÓN ¹

64. CONCEPTO

La palabra fuente significa manantial, lugar de donde brota el agua; llevado este concepto al Derecho sigue manteniendo su sentido original aunque aplicado de modo figurado.

En este sentido puede ser utilizada la palabra fuente al menos en tres grandes acepciones.

La primera alude al hontanar en el que ha abrevado el legislador para redactar una determinada norma; se refiere entonces al origen de la norma; así se dice que Vélez Sarsfield al redactar los artículos 54 y 55 del Código Civil ha tenido como fuente al *Esbozo* de Freitas.

La segunda acepción se vincula a la idea de cómo el ordenamiento jurídico ha llegado a obtener su actual forma y contenido. Es decir que trata de encontrar porqué las distintas instituciones del Derecho son como son en la actualidad. Desde este punto de vista, que se denomina causal o causativo, se dice que las fuentes del Derecho han sido la tradición o derecho consuetudinario, las decisiones judiciales y la articulación de los preceptos por vía legislativa (Puig Brutau).

La tercera acepción de la palabra fuente es la que nos interesa ahora, y responde a la idea de dónde o cómo nace el Derecho vigente en un momento determinado, es decir cuáles son las formas de producción o

¹ Bibliografía general: AFTALION, Enrique A. - VILANOVA, José, *Introducción al Derecho*, 13ª ed., Buenos Aires, 1988; BERGEL, Jean Louis, *Théorie générale du Droit*, París, 1984; DE RIVACOBA, Manuel, *División y fuentes del derecho positivo*, Valparaíso, 1968; DIEZ PICAZO, Luis, "La doctrina de las fuentes del Derecho", *ADC* 1984-933; DU PASQUIER, Claude, *Introducción al Derecho*, 3ª ed., trad. de Julio Ayasta González, Lima, 1983; GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, 1962; LAFAILLE, Héctor, *Fuentes del Derecho civil y Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1917; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969; VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Los juristas ante las fuentes y los fines del Derecho", en *Estudios de Derecho civil en homenaje a Luis Moisset de Espanés*, Buenos Aires, 1980, pág. 625; DIEZ PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, cap. VI, Barcelona, 1983, págs. 124 y sigs.

creación de las normas jurídicas obligatorias en un Estado, y que constituyen por lo tanto su derecho positivo.

En síntesis, cómo se positiviza en normas el Derecho (García Valdecasas).

65. CLASIFICACIÓN

Las clasificaciones de las fuentes son diversas según los autores que examinan el tema. Entre nosotros los civilistas suelen distinguir exclusivamente entre fuentes formales —que algunos autores, especialmente europeos, denominan fuentes directas— y fuentes materiales.

La fuente formal del Derecho es la dotada de autoridad, de obligatoriedad en virtud del mandato del mismo ordenamiento legislativo. Desde este punto de vista la ley es la principal fuente del Derecho. Pero, como la costumbre también suele ser reconocida por el ordenamiento como obligatoria, bajo ciertas circunstancias, se le incluye entre las fuentes formales. Algunos autores suelen incluir también a la jurisprudencia dentro de las fuentes formales del Derecho, al menos cuando las soluciones dadas por los jueces son obligatorias para otros tribunales u otros jueces (v. *infra*, n.º 126).

Fuente material es, en cambio, la que no tiene autoridad u obligatoriedad nacida del mismo ordenamiento positivo, pero que constituye factor o elemento que contribuye a fijar el contenido de la norma jurídica, al conocimiento del Derecho y a su más certera aplicación. Se incluyen acá la jurisprudencia, también según algunos autores, y la doctrina.

66. CUÁLES SON LAS FUENTES DEL DERECHO

a) Enfoque previo:

Diez Picazo y Gullón dicen que el tema de cuáles son las fuentes del Derecho es, ante todo, un problema político y sociológico.

Es un problema político porque entraña el especial reconocimiento de un ámbito de poder de naturaleza política (poder dictar las normas que obligan a los demás y hacerlas obedecer). En este sentido, en la Edad Media, la lucha entre la ley (poder real) y costumbre (nobles y ciudades que defendían sus tradiciones), se troca luego de la revolución en el enfrentamiento entre la ley (Estado revolucionario y burguesía) y la costumbre (fuerzas conservadoras, nobleza).

Y es un problema sociológico porque revela las tensiones entre grupos sociales. Esto se ve en la eficacia de las denominadas condiciones generales de los contratos, a las que se pretende como derecho objetivo y que son una manera de demostrar la hegemonía de los económicamente poderosos que pueden dictar el Derecho aplicable a determinadas relaciones; lo mismo puede decirse de las convenciones colectivas de trabajo.

b) Distintas posiciones:

La doctrina universal se encuentra sumamente dividida en torno del problema de la enumeración de las fuentes, pudiendo encontrarse posiciones monistas que reducen todas las fuentes a la ley; posiciones pluralistas intermedias que incluyen a la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina hasta un pluralismo exacerbado que multiplica el número de fuentes.

A título de ejemplo, podemos señalar que Ferrara sostiene que la única fuente real del Derecho es la ley, pues la costumbre es una fuente subordinada y dependiente en cuanto el Estado expresamente la reconoce o la dé por supuesta.

Algunos autores importantes, como Enneccerus y Del Vecchio, sólo aceptan como fuentes a la ley y la costumbre, negando a los jueces la atribución de crear Derecho, por lo que excluyen la jurisprudencia. Tesis que han seguido también muchos autores españoles en este último aspecto. Es muy común observar en algunos libros la inclusión de la equidad como fuente del Derecho (Messineo); las condiciones generales de los contratos (también Messineo); las reglas y las máximas jurídicas; la doctrina, como se sostiene habitualmente entre nuestros autores.

Más allá todavía, Gurvitch, quien es el corifeo del pluralismo de las fuentes del Derecho, al incluir la costumbre, los estatutos autónomos, la ley estatal y decreto administrativo, la práctica de los tribunales, las prácticas de órganos distintos de los judiciales, las doctrinas, las convenciones, los actos regla, las declaraciones sociales, las promesas, los programas, la sentencia en nombre de una colectividad por un solo grupo o por uno de sus miembros, los precedentes y el reconocimiento de un nuevo estado de cosas por aquellos mismos a quienes lesiona.

c) Nuestro criterio:

En nuestro criterio de lo que se trata es de saber cuáles son las fuentes que crean derecho objetivo, entendido éste como conjunto de normas vigentes en un Estado en un momento dado. Ello excluye las que son mera fuente de conocimiento del Derecho, como la doctrina; las que no son más que reglas de interpretación de las normas, como la equidad; las que crean derechos subjetivos, como la autonomía de la voluntad; las que crean normas individuales, como la sentencia que carece de generalidad.

Es decir que, en principio, las fuentes del Derecho propiamente dichas, son: la ley, la costumbre y la jurisprudencia obligatoria.

Y, entre ellas, cabe reconocer también a los denominados principios generales del Derecho, por estar expresamente mencionados en el Derecho civil argentino como una de las fuentes a las cuales deben recurrir los jueces para dictar sentencia. En efecto, el artículo 16 dice que: "*si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de*

la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

d) El contrato como fuente de derecho objetivo

Al tratar de la *lex mercatoria* (supra n° 58.1) reproducimos la exposición de Galgano quien apunta que las concepciones clásicas del derecho no colocan al contrato entre las fuentes normativas, pero si continuáramos concibiendo al contrato como mera aplicación del derecho y no como fuente de nuevo derecho, nos impediríamos la posibilidad de comprender en qué modo cambia el derecho de nuestro tiempo ². Y continúa entonces señalando que lo que domina la escena jurídica de nuestro tiempo no son las convenciones internacionales de derecho uniforme ni, en el ámbito europeo, las directivas comunitarias, sino que el elemento dominante es *la circulación internacional de los modelos contractuales uniformes*.

En definitiva esos contratos sirven de fuente a la creación de derecho, y de allí el nacimiento de la nueva *lex mercatoria*, derecho creado por el rango empresarial, sin la mediación del poder legislativo de los Estados, y formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de la unidad política de los Estados, las relaciones comerciales que se establecen dentro de la unidad económica de los mercados ³.

67. LA JERARQUÍA DE LAS FUENTES

Hay dos sentidos para hablar de jerarquía de fuentes. En sentido propio, alude a la jerarquía entre reglas de distinto origen (costumbre y ley), y en sentido impropio refleja las relaciones entre reglas del mismo origen, estableciendo, por ejemplo, que la ley es superior al decreto y éste a la ordenanza.

En sentido propio no existe duda, hoy en día, que la ley es la principal de las fuentes del derecho objetivo, ya que, en definitiva, sólo la fuente legislativa produce Derecho sin límites. La costumbre y la jurisprudencia son siempre fuentes limitadas y los límites están establecidos por la misma ley, que puede dejar sin efecto una costumbre inveterada, o una jurisprudencia establecida.

² GALGANO, Francesco, “Interpretación del contrato y *lex mercatoria*”, *Revista de Derecho Comparado*, n° 3, Buenos Aires, 2001, § V, pág. 17.

³ GALGANO, *op. cit.*, pág. 20. La *lex mercatoria* como derecho sin ley le pone los pelos de punta a algunos juristas que pretenden encerrar el derecho en el aislamiento; ejemplo de esta posición es la de MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Regulación sobre contratos. Principios de Unidroit”, *L.L.*, 2001-F-1425.

68. LA JERARQUÍA DE LAS FUENTES EN EL DERECHO ARGENTINO. REMISIÓN

En el Derecho argentino hay un tema muy interesante en materia de jerarquía de las fuentes que es el lugar que corresponde dar a la costumbre mercantil y a la ley civil como fuentes del derecho comercial.

Este tema lo tratamos *infra*, número 115.

II. LA LEY ⁴

69. CONCEPTO

En una definición clásica, Suárez dice que la ley es el precepto común, justo, estable, suficientemente promulgado. *Justo* quiere decir, en este caso, igualdad de tratamiento de situaciones iguales. *Común* significa que se trata de una norma formulada en términos generales, en el sentido de haberse establecido para un número indeterminado de actos. *Suficientemente promulgado* hace referencia a que ha de haber sido establecido por el legislador conforme al mecanismo constitucional.

No hay que olvidar además, que la ley es obligatoria como uno de sus caracteres principales; la ley no se limita a dar consejos sino que tiene juridicidad, y ello supone obligatoriedad y sanción si no se respeta esa obligatoriedad. Efectuada esta precisión en términos generales, analizaremos los caracteres de la ley.

70. CARACTERES. ENUMERACIÓN

De acuerdo con la definición dada y a la evolución posterior de la doctrina, puede decirse que los caracteres de la ley son: su obligatoriedad, su generalidad, su justicia y su autenticidad.

71. LA OBLIGATORIEDAD

Es el carácter imperativo de la ley, es decir que como consecuencia de haber sido establecida por el Estado, obliga a todos; es lo que dispone el artículo 1º del Código Civil cuando señala que las leyes son obligatorias para todos los que habiten el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes.

Todas las leyes son obligatorias, aun las meramente supletorias o permisivas (v. *infra*, nº 75). Las supletorias, porque si bien se aplican en caso de silencio de la voluntad de las partes, sólo esas leyes y no otras

⁴ Bibliografía especial: v. "Archives de Philosophie du Droit", tomo 25, *La Loi*, Paris, 1980, continente de numerosos artículos sobre todos los temas relativos a la ley; el resto de la bibliografía se menciona en cada materia que lo requiere.

pueden ser observadas en el supuesto de silencio de la convención. Y, cuando las partes estatuyen de modo diverso al regulado por las leyes supletorias, no derogan ni infringen esta ley, sino que sólo usan, fuera de ella, el lado de la autonomía de la voluntad que las mismas leyes le reconocen.

Se dice, también, que la orden existente en las leyes permisivas no va dirigida a los particulares sino a los jueces; es una doble orden: una para que los jueces escuchen las convenciones de las partes, y otra para que suplan las omisiones del convenio conforme a lo que en la ley esté dispuesto. Respecto de las permisivas también son obligatorias, aun cuando se limiten a dar un permiso, pues ese permiso implica de hecho la supresión de una prohibición anterior, o la prohibición de hacer lo que no es permitido o de hacerlo de modo diverso al permitido.

72. LA GENERALIDAD ⁵

La generalidad hace referencia a que la ley se establece para un número indeterminado de personas o de hechos, no siendo imprescindible que se aplique a todos los habitantes, pero sí que su aplicabilidad a los sujetos contemplados sea indefinida, general y abstracta, que no se agote en un caso (Llambías); la norma vinculada a un acto determinado o a una persona determinada no es ley, salvo a lo mejor en sentido formal (v. *infra*, n^o 75).

A la generalidad se liga la permanencia de la ley. No siendo ella dictada para un caso particular, la ley se aplica de manera permanente desde el día de su puesta en vigencia hasta su derogación.

73. JUSTICIA

Como dijimos el concepto de justicia se vincula a la igualdad; es decir, la ley debe tener un tratamiento igualitario para situaciones semejantes. Desde otro punto de vista, la justicia de la ley está también vinculada a su adecuación a la Constitución, es decir a la supremacía constitucional (v. *infra*, n^o 82).

74. AUTENTICIDAD

La ley debe emanar del poder con función legislativa ejercido en forma legítima. En consecuencia el tema se relaciona con la sanción y la promulgación de la ley (v. *infra*, n^o 78 y sigs.).

⁵ Bibliografía especial: STOCKER, A., "El principio de generalidad de la ley y su influencia actual", RDP 1986-627.

75. CLASIFICACIONES DE LA LEY

a) *Ley en sentido material y en sentido formal:*

Ley en sentido material es toda norma general y obligatoria, emanada de autoridad competente. Se incluyen entonces las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación, los decretos, los edictos, ordenanzas, las leyes dictadas por las provincias, etcétera.

Ley en sentido formal es toda norma emanada desde el Congreso conforme al mecanismo constitucionalmente determinado.

Ley en sentido formal y ley en sentido material pueden coincidir, lo que sucede cuando la norma sancionada por el Congreso conforme al mecanismo constitucional es general y obligatoria; como el Código Civil, el Código Penal o la Ley de Trasplantes.

Puede haber leyes en sentido material que no lo sean en sentido formal; tal un decreto reglamentario del Poder Ejecutivo o una ordenanza o edicto dictado por un municipio dentro de la órbita de su competencia.

Finalmente, pueden existir leyes en sentido formal, es decir sancionadas por el Congreso de la Nación conforme al mecanismo constitucional, pero que no lo son en sentido material; tal sucede cuando el Congreso da una pensión a una persona determinada en virtud de sus grandes servicios a la Patria u ordena erigir un monumento.

b) *Ley de derecho estricto y de derecho equitativo:*

También se denominan rígidas o flexibles. En las primeras el precepto es taxativo y no deja margen para apreciar las circunstancias del caso concreto ni graduar sus consecuencias; un ejemplo de estas leyes lo constituye la que establece la mayoría de edad a los 21 años.

En las segundas, resultan más o menos indeterminados los requisitos o los efectos del caso regulado, dejando un cierto margen para apreciar las circunstancias de hecho y dar al Derecho una configuración justa y humana.

Esto sucede por ejemplo cuando la ley se refiere a la existencia de "justos motivos" o a "causas graves", casos en los que la elasticidad está en los supuestos de la norma, en su hipótesis.

A veces la elasticidad se encuentra también en las consecuencias previstas por la norma; por ejemplo cuando autoriza al juez a morigerar una sanción (art. 1069), o adecuar un contrato (art. 1198), o a imponer una indemnización de equidad (art. 907).

En general corresponden al derecho equitativo todos los preceptos que se remiten a conceptos de contenido variable —conceptos válvulas, *standards*— a través de los cuales penetran en el Derecho las influencias mudables de la vida social, o lo que es igual las concepciones sociales de cada pueblo y momento (tal lo que sucede con el art. 953).

c) Leyes imperativas y supletorias:

Ley imperativa es la que excluye o suprime la voluntad privada, de tal modo que la regulación que establece se impone a los interesados los cuales no pueden modificarla ni sustraerse a sus consecuencias; tal sucede en el ámbito del Derecho de familia y de los derechos reales.

Las leyes supletorias en cambio respetan la iniciativa y la voluntad de los particulares, limitándose a reconocer los efectos de la voluntad o establecer los efectos de una regulación complementaria para el caso de que esa voluntad no se haya exteriorizado. El ámbito propio de las leyes supletorias es la materia contractual, donde el principio general es el de la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1197).

d) Ley preceptiva y prohibitiva:

Esta es una clasificación que corresponde a las leyes imperativas.

La preceptiva es la que ordena positivamente una consecuencia jurídica forzosa, imponiendo determinados actos y prestaciones; por ejemplo, la obligación alimentaria entre los parientes.

La ley prohibitiva es la que prohíbe algo, sin pronunciar una norma jurídica positiva que haya de regir en lugar de lo prohibido; por ejemplo la prohibición del matrimonio entre hermanos o la prohibición del pacto de retroventa en la compraventa de cosas muebles.

e) Ley complementaria e interpretativa:

Ésta es una clasificación que corresponde a las leyes supletorias.

Las leyes complementarias suplen la falta o carencia de una manifestación de voluntad de las partes. Pueden referirse a un punto o tema de una relación jurídica (quién carga con los gastos de la locación de un inmueble), o a la integridad de ella (la sucesión intestada).

Leyes interpretativas son las que tienden a determinar la voluntad de las partes cuando ella se ha manifestado de manera dudosa o incompleta, por ejemplo, el artículo 218 del Código de Comercio.

76. LEY DE ORDEN PÚBLICO ⁶

a) Noción:

La caracterización del orden público es una materia extremadamente compleja, que ha dado lugar a la formulación de infinidad de doctrinas.

En general, puede decirse que hoy el orden público se identifica con lo que interesa al orden social, o a las instituciones fundamentales del Estado.

⁶ Bibliografía especial: DE LA MORANDIERE, Julliot, *La noción de orden público en derecho privado*, Bogotá, 1956; ARAUZ CASTEX, Manuel, *La ley de orden público*, Buenos Aires, 1945; BORDA, Guillermo A., "Concepto de la ley de orden público", *LL*, 58-997.

La caracterización de ciertas leyes como de orden público tiene, según los distintos ordenamientos, algunos efectos particulares, que nosotros expondremos con relación al Derecho argentino.

De todos modos debemos señalar que la importancia que se ha asignado a esta materia, viene declinando, en particular en nuestro Derecho por la derogación del artículo 5º del Código Civil, según se verá.

b) El orden público económico y el orden público social:

Normalmente el orden público estuvo vinculado a las instituciones políticas del Estado, o a ciertas instituciones fundamentales como la familia.

Sin embargo en épocas recientes, se ha advertido la existencia de algunos aspectos particulares del orden público que permiten caracterizar lo que se denomina orden público económico u orden público social.

El orden público económico importa que el Estado puede regular, por vía de jurisdicciones excluyentes de la voluntad privada, ciertos aspectos de la economía, aun en lo tocante a los aspectos que normalmente quedan remitidos a la voluntad de las partes (Savatier).

El orden social u orden público social, también tiene una trascendencia muy importante en algunas ramas del Derecho; como el derecho laboral donde el Estado impone con carácter obligatorio la regulación de muchos aspectos del denominado contrato de trabajo.

c) Ley de orden público y ley imperativa:

Advertida la dificultad de la caracterización del orden público, y por ende de la ley de orden público, alguna parte de nuestra doctrina tiende a identificar la ley de orden público con la ley imperativa (Borda; en el mismo sentido Castán Tobeñas). Lo cierto es que no toda norma imperativa es de orden público; verbigracia las que determinan las formas solemnes para determinados actos o las que regulan la tutela de los menores o la curatela de los insanos. Pero sí es exacto que toda ley de orden público es imperativa, es decir no puede ser dejada de lado por la voluntad de las partes (conf. Marty - Raynaud), con lo cual se define la característica más importante de la ley de orden público.

d) Quién determina que una ley es de orden público:

Algunas leyes dicen expresamente que ellas son de orden público, y que por lo tanto son inderogables por los particulares. Ello ha llevado a algunos autores a sostener que el mismo legislador es el que debe calificar a la norma como tal; pero lo cierto es que tal criterio ha sido superado y es unánimemente reconocido hoy que el juez puede decir que una ley es inderogable para los particulares y como tal incluirla dentro de las leyes imperativas, una de cuyas especies es indudablemente la ley de orden público.

e) El orden público en el Derecho civil argentino:

Distintas disposiciones del Código Civil hacen referencia al orden público.

En particular debe señalarse el artículo 21, conforme al cual las convenciones de las particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

No cabe duda de que este precepto sirve de clara apoyatura a la doctrina que, para superar las dificultades de la definición del orden público, las identifica con las leyes imperativas.

De otro lado el artículo 5º decía: *"Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público"*.

Este era uno de los preceptos que daba lugar a mayores controversias pues exigía virtualmente la definición de una ley de orden público independiente o excluyente de la imperativa. Pero lo cierto es que el artículo 5º ha sido derogado por la ley 17.711 y tiene, por lo tanto, plena vigencia la idea de que las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario (art. 3º) con lo cual la caracterización de la ley como de orden público ha perdido gran parte de su trascendencia.

Finalmente, debe señalarse que el orden público interno impide la aplicación de una ley extranjera. Ello no está dicho así, expresamente, en el artículo 14 que establece los supuestos en los cuales la ley extranjera no puede ser ponderada por un juez nacional para resolver un caso, pero lo cierto es que de la consideración de sus incisos, especialmente el 1º y el 2º aparece claro que lo que impide o veda la aplicación de la ley extranjera, es que ella se oponga a un precepto o una norma de orden público nacional.

77. OTRAS CLASIFICACIONES

a) Por la esfera territorial de aplicación:

Existen normas de aplicación nacional, o sea que se extienden en su eficacia en todo el territorio nacional, y otras que se aplican sólo en determinadas provincias o municipios.

b) Por la materia que abarcan:

Hay códigos de fondo y de forma; los códigos de fondo son el Código Civil y el Código de Comercio, el Penal, el de Minería, y, la Constitución autoriza también al Congreso Nacional a dictar el Código de Trabajo y Seguridad Social. Las leyes de forma o códigos de forma o adjetivos regulan la materia procesal, es decir la reglamentación del ejercicio de las acciones judiciales.

Esta distinción tiene una gran importancia en el Derecho nacional, pues los códigos de fondo son competencia de la legislatura nacio-

nal (art. 75, inc. 12, de la Constitución), mientras que los códigos de forma son competencia de las legislaturas locales, es decir, son dictados por las provincias.

III. LA FORMACIÓN DE LA LEY

78. SANCIÓN

a) Concepto:

Es el acto por el cual el Congreso aprueba un proyecto de ley. En nuestro Derecho la ley no es tal con la sanción, sino que requiere la promulgación por parte del Poder Ejecutivo.

La sanción debe seguir el mecanismo establecido por la Constitución Nacional, de tal modo que se produzca la aprobación del texto por la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores.

b) Sanción defectuosa ⁷:

En algún caso se ha producido que la Cámara de Senadores y la Cámara de Diputados han votado textos distintos. Tal lo que sucedió con la ley 20.889, que pretendió tutelar el derecho a la intimidad. Se trataba sin duda de una ley inexistente, ya que no contaba en su origen con la aprobación de ambas cámaras mediante un procedimiento regular.

Sin perjuicio de ello, debe recordarse que por regla general la Corte mantiene la tesis de que no corresponde a los tribunales examinar el modo como el Poder Legislativo haya cumplido las prescripciones constitucionales relativas al procedimiento de formación y sanción de las leyes, salvo en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley. Tal sería justamente el puesto de la ley 20.889, finalmente sustituida.

79. PROMULGACIÓN

Es el acto por el cual el Presidente de la Nación atestigua la existencia de la ley y ordena a las autoridades que la cumplan y que la hagan cumplir en todas sus partes.

⁷ Bibliografía especial: GUASTAVINO, Elías P., "La irregular tramitación de la ley protectora de la intimidad personal y los alcances de la invalidez", *L.L.* 1975-A-1270; SAGÜES, Néstor P., "Un problema de derecho parlamentario", *L.L.* 1975-C-655; RISOLÍA, Marco Aurelio, "A propósito de la protección de la intimidad. Cuestión previa", *E.D.* 58-699.

80. *VETO* ⁸

El veto es la atribución que da la Constitución Nacional al Presidente de la Nación para rechazar la promulgación de una ley sancionada por el Congreso de la Nación.

El veto puede ser total o parcial. En efecto, de la lectura del artículo 80 de la Constitución Nacional (ex art. 72 CN) se desprende claramente la facultad del Presidente de la Nación de desechar "en todo o en parte" un proyecto sancionado por el Congreso.

Una de las cuestiones más discutidas antes de la reforma constitucional de 1994 era si el Poder Ejecutivo, en caso de vetar parcialmente una ley, podía promulgar la parte no vetada.

La Corte Suprema, en un fallo de 1967 ⁹, sostuvo que la promulgación parcial era constitucionalmente inválida si el proyecto constituía un todo inescindible, de forma tal que no era posible la promulgación de la parte no observada sin alterar la unidad del texto.

Con la reforma constitucional de 1994, la cuestión se ha aclarado definitivamente. El principio general, establecido en el artículo 80 de la Constitución Nacional, es que los proyectos desechados parcialmente no pueden ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas pueden ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso.

Se puede apreciar claramente que los constituyentes han seguido la doctrina establecida por la Corte Suprema en el caso "Colella", antes citado.

Sin embargo, debe señalarse que para la promulgación parcial es necesario observar un cauce formal predeterminado. En efecto, el artículo 80 de la Constitución Nacional establece que en estos casos es de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º CN).

81. *PUBLICACIÓN* ¹⁰a) *Vinculación con la obligatoriedad:*

En todos los regímenes positivos conocidos, se establece la obligación de que las leyes sean publicadas para conocimiento general, y a esa publicación está sometida, por regla general, la entrada en vigencia de la ley.

⁸ Bibliografía especial: BIDART CAMPOS, Germán J., "La ley 16.881 y la Constitución Nacional", *DT* 1966-228; VANOSSI, Jorge, "Problemas constitucionales del veto", *DT* 1966-293; DANDI MONTAÑO, Salvador, "El veto", *L.L.* 123-1011; ROSATTI, Horacio D., "Técnica legislativa y derecho constitucional", *EDLA* 1985-332; "El veto", *E.D.* 113-775; MUÑOZ, Edgardo Alberto, "Promulgación parcial en la Constitución Nacional y en la provincia de Córdoba", *E.D.* 126-793.

⁹ "Colella, Ciriaco c/Febré y Basset S.A. y/u otro", *Fallos* 268:352.

¹⁰ Bibliografía especial: ANASTASI, Leónidas, "La promulgación y la publicación de las leyes", *L.L.* 1-801.

La exigencia de la publicación se vincula a la idea de obligatoriedad de la ley; no puede ser obligatoria una ley que no puede ser conocida.

De todos modos lo cierto es que la obligatoriedad no se funda en el conocimiento de la ley a través de la publicación, sino en la necesidad social del cumplimiento de las leyes, que en, modo alguno, puede quedar al arbitrio de las situaciones subjetivas de las personas acerca del reconocimiento real de aquéllas.

b) Sistemas de entrada en vigencia de la ley:

Se conocen dos sistemas; uno que es el escalonado, es decir que la ley entra en vigencia en fechas diversas, según la distancia respecto del lugar en donde se hace la publicación y otro que es el sistema de la entrada en vigencia simultánea en todo el territorio del Estado.

c) Sistema del Código Civil:

En su redacción original el artículo 2º del Código Civil, establecía que las leyes no son obligatorias sino después de su publicación y desde el día que ellas determinen. Si no designan tiempo, la ley publicada en la capital de la República o en la capital de la provincia, es obligatoria desde el día siguiente de su publicación; en los departamentos de campaña, ocho días después de publicada en la ciudad capital del Estado o capital de la provincia. Establecía pues un sistema de entrada en vigencia escalonado.

Este régimen fue sustituido por ley 16.504, en virtud de la cual el artículo 2º dice ahora: *“Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial”*.

Por lo tanto, sea en la fecha que designa la ley, sea a los ocho días de la publicación, en nuestro país las leyes entran en vigor simultáneamente en todo el ámbito de aplicación territorial.

d) Ley que establece fecha de vigencia pero no ha sido publicada:

Esto puede suceder, pues en ocasiones la publicación de los diarios oficiales sufre interrupciones o retrasos.

La Corte Suprema nacional ha decidido que la ley entra en vigencia con independencia de la publicación, pues es facultad la legislatura establecer desde cuándo entran en vigor las leyes ¹¹.

e) Ley que no establece fecha de entrada en vigencia:

En ese supuesto se aplica la previsión de la segunda parte del artículo 2º; los ocho días se cuentan desde el día siguiente a la fecha en que aparece publicada en el Boletín Oficial del Estado nacional o de la provincia de que se trate; los días son corridos.

¹¹ CSN, 20/8/1904, Fallos 100-202; *idem*, 24/11/1969, L.L. 137-967.

f) ¿A qué norma se aplica?:

La regla de publicación se aplica a toda ley en sentido material, con lo que comprende decretos, reglamentos, resoluciones, edictos, ordenanzas, etcétera.

g) Ley no publicada ¹²:

La doctrina considera que el particular que tiene derechos frente al Estado en virtud de una ley no publicada, puede invocarlos, y el Estado no puede justificarse en la no publicación (Conf. López Olaciregui; Luqui).

h) Leyes secretas:

Hay ciertas leyes que no se publican, por cuanto pueden afectar la seguridad nacional. Por las materias a las que ellas se refieren estas leyes no pueden crear normas de derecho objetivo aplicables a los particulares.

i) Errores en la publicación:

Son bastante comunes especialmente en épocas de inflación legislativa como la actual.

La doctrina francesa explica que cuando hay una errata, los jueces pueden, sea de oficio o a pedido de parte, investigar la existencia de la errata material y deducir las consecuencias.

Por lo demás, la jurisprudencia francesa ha establecido que la rectificación hecha en el Boletín Oficial dirigida a reparar una errata material o error evidente, tiene efecto legal sólo si realmente se dirige a reparar éstos, pero no cuando se dirige a modificar considerablemente el texto de la ley primitivamente publicado (Marty-Raynaud) salvo que pretenda restablecer el texto efectivamente votado por el parlamento (Weill-Terré).

j) Entrada en vigencia de la ley sometida a reglamentación:

En algunos casos la misma ley subordina su entrada en vigencia al dictado de un decreto reglamentario; en este supuesto mientras no se sancione el decreto, la ley no entra en vigor.

Pero, puede suceder que ello no haya sido dicho expresamente y, sin embargo, un decreto reglamentario sea preciso; en este caso se considera que el principio es que la ley resulta inmediatamente ejecutoria, aun cuando ella prevea actos reglamentarios relativos a su ejecución, desde el instante que ella no ha especificado que su aplicación estaría subordinada a la publicación de dichos actos. Sin embargo se admite también que la subordinación puede ser implícita y, por lo tanto, se deba diferir

¹² Bibliografía especial: RISOLÍA, Marco Aurelio, "Publicidad de los actos de gobierno, ignorancia de la ley y leyes secretas", *E.D.* 68-837; LUQUI, Juan Carlos, "La falta de publicidad de las leyes y el proceso de efectivización para su vigencia", *L.L.* 1-801.

necesariamente la puesta en vigor de la ley, cuando su texto, no siendo suficiente por sí mismo, necesite ser completado (Ghestin-Goubeaux).

IV. LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS

82. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN ¹³

Siguiendo las enseñanzas de Bidart Campos, podemos decir que la expresión *supremacía constitucional* apunta a que la Constitución Nacional, revestida de supra legalidad, obliga a que las normas y los actos estatales se ajusten a ella; todo el orden jurídico político del Estado debe ser congruente o compatible con la Constitución formal.

Dada la estructura general del Estado, la supremacía constitucional reviste un doble alcance:

a) La Constitución Nacional prevalece sobre todo el orden jurídico del Estado (arts. 27, 28 y 86, inc. 2º CN).

b) La Constitución en cuanto federal, prevalece también sobre todo derecho provincial.

83. EJERCICIO DEL CONTRALOR DE CONSTITUCIONALIDAD

En nuestro país el *contralor constitucional* lo ejerce la Corte Suprema y por delegación el resto de los tribunales. Pero ningún tribunal puede dejar de aplicar la ley, salvo que la declare inconstitucional.

84. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ¹⁴

La regla establecida por la Corte Suprema a lo largo de casi cincuenta años es que los tribunales sólo pueden declarar la *inconstitucionalidad* a pedido de parte ¹⁵.

¹³ Bibliografía especial: BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, t. I, cap. IV, Buenos Aires, 1985, págs. 77 y sigs.

¹⁴ Bibliografía especial: PLINER, Adolfo, *Inconstitucionalidad de las leyes*, Buenos Aires; HITTERS, Juan Carlos, "Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes", *E.D.* 116-896; MERCADO LUNA, Ricardo, "Control de oficio de la constitucionalidad", *J.A.*, Doct. 1971-182; HARO, Ricardo, "Control de oficio de constitucionalidad", *E.D.* 64-643; MORELLO, Augusto Mario, "La Corte Suprema. El aumento de su poder a través de nuevos e imprescindibles roles", *E.D.* 112-972; PADILLA, Miguel A., "El orden público y la declaración de oficio de la inconstitucionalidad", *L.L.* 1984-C-320; ALONSO, Hugo A., "Sobre el control judicial de oficio de la constitucionalidad de las leyes", *E.D.* 74-785 y sus notas en *E.D.* 104-651; 100-633; 109-694; VENICA, Oscar H., "Declaración de oficio de la inconstitucionalidad de las leyes o decretos", *L.L.* 1986-C-937; SACÚES, Néstor P., "La prohibición de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas", *L.L.* 1981-A-841; "Variantes y topes en la declaración de inconstitucionalidad de oficio", *E.D.* 140-750.

¹⁵ CSN, 30/6/1941, *L.L.* 23-253.

Un sector de la doctrina nacional combate este criterio de la Corte, pues el tema de la obediencia a la ley es una cuestión de Derecho que los jueces deben valorar, aunque los litigantes no la planteen.

De allí que numerosos autores propician la tesis de que la Corte y los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, la Corte Suprema nacional ha ratificado, en sentencia del 4/4/1984 la doctrina citada, aunque con disidencia de dos de sus cinco integrantes ¹⁶.

Debe señalarse que, a pesar de que los tribunales no declaren la inconstitucionalidad de oficio, la circunstancia de que el Poder Judicial tenga la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes, como en Estados Unidos de América, asignan a este poder el papel de protector de los intereses individuales, y por lo tanto es garantía de la libertad de los ciudadanos. En países que tienen otro sistema, como en Francia donde los jueces no pueden negarse a aplicar la ley por anticonstitucional, tal garantía no existe, y ello va en desmedro de la misma eficacia del Poder Judicial, como lo reconocen todos los autores franceses.

85. INCONSTITUCIONALIDAD POR INJUSTICIA ¹⁷

Una corriente doctrinaria sostiene que el juez no puede dejar de aplicar una ley porque la considere injusta (Orgaz), pues lo contrario violentaría la división de poderes.

La tesis inversa es sostenida con valioso cotejo argumental por Bidart Campos, quien invoca que según nuestra Corte Suprema nacional, el juez debe encontrar en cada caso la solución objetivamente justa, lo que evidentemente no lograría si aplicara una ley injusta. Para fundar la injusticia puede recurrir al argumento de que la ley viola un principio o regla expresa de la Constitución Nacional, o en general ataca a la finalidad de afianzar la justicia a que alude el preámbulo de la Constitución Nacional.

86. LA JERARQUÍA DEL RESTO DE LA LEGISLACIÓN

a) Atribuciones de las provincias:

En nuestro sistema constitucional, las provincias conservan todas las facultades no delegadas expresamente al Estado nacional. Por lo tanto, las legislaturas provinciales tienen competencia para legislar en todo aquello que no esté expresamente mencionado en el artículo 75 de la Constitución, que enumera las materias de competencia del Congreso nacional.

¹⁶ CSN, 24/4/1984, L.L. 1984-B-426, J.A. 1984-II-432; E.D. 108-477.

¹⁷ Bibliografía especial: ORGAZ, Alfredo, "Los jueces y las leyes injustas", L.L. 75-757; BIDART CAMPOS, Germán J., "¿Pueden los jueces juzgar la inconstitucionalidad de una ley por causa de su injusticia?", E.D. 119-311.

b) Ubicación de la legislación provincial con relación a la legislación federal:

Pese a esta facultad, lo cierto es que todo el derecho federal, inclusive las leyes dictadas por el Congreso nacional y los tratados internacionales aprobados por el mismo, prevalecen sobre la legislación provincial; así surge de los artículos 5º y 31 de la Constitución.

c) Atribuciones de los municipios y otros órganos:

El régimen municipal debe ser asegurado por las provincias (art. 5º CN). Los municipios son además personas jurídicas públicas (art. 33, Cód. Civ.), y tienen atribuciones en determinadas materias, particularmente establecidas por las constituciones provinciales o por las leyes orgánicas de cada municipalidad.

Dentro de esa competencia las disposiciones dictadas por los municipios constituyen ley en sentido material. Naturalmente las disposiciones dictadas por los municipios dentro de su competencia, deben subordinarse a las leyes provinciales, a las leyes federales, a la constitución provincial y a la constitución federal.

Lo mismo cabe decir de las disposiciones que son emanadas de otros órganos, es decir, resoluciones dictadas por los ministerios o por la Dirección General Impositiva, o edictos policiales.

En general este tipo de disposiciones no tiene gran influencia en el ámbito del derecho privado; sin embargo a veces pueden tener alguna repercusión refleja, verbigracia las ordenanzas del tránsito cuya infracción puede generar ilicitud en el sentido del artículo 1066.

Por otro lado hay supuestos en los cuales el Derecho civil remite a los reglamentos: en materia de restricciones al dominio (art. 2621), camino de sirga (art. 2640), etcétera.

d) Atribuciones del Poder Ejecutivo nacional:

El Poder Ejecutivo nacional tiene atribuciones legislativas delegadas y originarias que están establecidas en el artículo 99; naturalmente los decretos del Poder Ejecutivo deben estar sometidos a la ley y a la Constitución. De lo contrario serán inconstitucionales.

87. LOS TRATADOS ¹⁸

a) Importancia actual en el derecho privado:

El Estado puede celebrar tratados con otros Estados o formar parte de convenciones adoptadas por los organismos internacionales, como la Organización de Estados Americanos o la Organización de Naciones Unidas.

¹⁸ Bibliografía especial: BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. VI: *La Reforma Constitucional de 1994*, Ediar, Buenos Aires, 1995, págs. 550-595;

Esta materia estaba antaño vinculada casi, exclusivamente, al derecho público; pero hoy tiene también notoria incidencia en el derecho privado, pues numerosas convenciones internacionales atañen a materias propias del Derecho civil y del mercantil.

Así pueden mencionarse entre las últimas ratificadas por el Estado argentino la Convención Interamericana de Derechos Humanos, conocida como "Pacto de San José de Costa Rica"; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; los pactos internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales y derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas.

b) Incorporación de los tratados al derecho interno:

De acuerdo con el artículo 99, inciso 11, de la Constitución Nacional, es atribución del Poder Ejecutivo el concluir y firmar tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras; por su lado, el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional declara que corresponde al Congreso de la Nación aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede.

Es decir, que la celebración de un tratado es en nuestro Derecho, un acto complejo, que requiere:

- la firma del mismo por el Poder Ejecutivo,
- la aprobación del Congreso, y
- la ratificación por el Poder Ejecutivo.

El tratado entra en vigor a partir de la ratificación. No es necesario una ley posterior que lo incorpore al derecho interno.

BOGGIANO, Antonio, *Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos*, La Ley, 1995; COLAUTTI, Carlos E., "Los tratados internacionales y la reforma de la Constitución", *L.L.* 6/10/1994; DALLA VIA, Alberto Ricardo, "La Corte Suprema reafirma el 'monismo' y el derecho supranacional en materias que van más allá de los derechos humanos", *E.D.* 23/9/1993; DE LA GUARDIA, Ernesto, "El nuevo texto constitucional y los tratados", I, *E.D.* 31/10/1994, II, *E.D.* 17/2/1995; DROMI, Roberto - MENEM, Eduardo, *La Constitución reformada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, págs. 252-268; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, "A un año exacto del fallo 'Ekmejdjian c/Sofovich', la Corte Suprema reafirma el criterio monista establecido en aquél", *E.D.* 23/9/1993; HITTERS, Juan Carlos - MARTÍNEZ, Oscar José - TEMPESTA, Guillermo, "Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos: fundamentos de la reforma de 1994", *E.D.* 31/10/1994; LEGARRE, Santiago, "El tratado internacional y su ley aprobatoria en el Derecho argentino", *L.L.* 20/12/1995; NICORA, Guillermo Enrique, "El monismo en ciernes (la Constitución y los tratados internacionales luego de la reforma de 1994)", *Temas de reforma constitucional*, 2ª. parte, *E.D.* 22/9/1995; SAGÜES, Néstor Pedro, "Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994", *L.L.* 8/11/1994; TRAVIESO, Juan Antonio, "La reforma constitucional argentina de 1994 (Relaciones entre derecho internacional, derecho interno y derechos humanos)", *L.L.* 12/12/1994.

El derecho internacional público conoce otra categoría de convenios: los acuerdos ejecutivos o en forma simplificada ¹⁹. Esta clase de acuerdos no se encuentran sujetos a la aprobación del Poder Legislativo y entran en vigor desde que fueron suscriptos. La existencia de estos acuerdos es, en la Argentina, producto del derecho constitucional consuetudinario.

La denuncia de un tratado es competencia del Poder Ejecutivo, no siendo necesaria la aprobación del Congreso ²⁰, salvo que se trate de un tratado de derechos humanos de los previstos en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

c) Jerarquía de los tratados:

Ésta ha sido una de las cuestiones más debatidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. En efecto, si bien no cabía duda de que los tratados estaban subordinados a la Constitución Nacional, tanto en tiempo de paz como de guerra ²¹, el problema se planteaba en lo concerniente a la jerarquía de un tratado frente a la ley.

Hasta 1992, la Corte Suprema sostenía que ni el artículo 31 ni el 100 de la Constitución Nacional importaban prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras, respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Para la Corte, leyes y tratados eran igualmente calificados como Ley Suprema de la Nación, y por ende no existía fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno ²², por lo que respecto de ellos regía el principio de que la ley posterior puede derogar al tratado anterior ²³.

Sin embargo, la Corte Suprema cambió su postura en la causa "Ekmejdjian c/Sofovich" (1992) ²⁴. Allí se afirmó que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno y que esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino ²⁵. De esta manera —señala la Corte— la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al trata-

¹⁹ Conf. NGUYEN QUOC, Dinh - DAILLIER, Patrick - PELLET, Alain, *Droit international public*, EJA, París, 1992, pág. 140.

²⁰ En contra, BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. II: "El derecho constitucional del poder", Ediar, Buenos Aires, 1988, pág. 288, quien reconoce, sin embargo, que "en la constitución material la denuncia de los tratados ha sido efectuada, salvo alguna contada excepción, por el Poder Ejecutivo sin concurrencia obligatoria del Congreso".

²¹ La única excepción se encuentra en la causa "Merck Química Argentina c/ Gobierno nacional", donde se legitimó la confiscación de propiedad enemiga con fundamento en la existencia de un tratado internacional aprobado en tiempos de la Segunda Guerra mundial.

²² CSN, 6/11/1963, L.L. 113-458.

²³ CSN, 5/6/1968, L.L. 131-711.

²⁴ CSN, 7/7/1992, E.D. 148-339.

²⁵ El art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados expresa que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

do ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado artículo 27. Señalamos que la Corte adoptó así la argumentación que habíamos hecho en la primera edición de esta obra ²⁶.

La reforma constitucional de 1994 consagró definitivamente esta tendencia. El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional establece que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. Sin embargo, más allá de esa afirmación genérica, el texto constitucional realiza importantes distinciones que requieren ser analizadas.

d) Los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional:

El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional enumera una serie de instrumentos internacionales ²⁷ que, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos.

Esta norma ha provocado interpretaciones disímiles en lo concerniente a la relación entre esta clase de tratados y la Constitución Nacional.

Una parte de la doctrina (Legarre) entiende que en caso de incompatibilidad entre una norma de un tratado internacional y un artículo de la Constitución, el intérprete debe preferir a esta última por encima de los pactos con jerarquía constitucional.

Otros autores (Bidart Campos) rechazan esa posibilidad. El destacado constitucionalista sostiene que la frase "*no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución*" es un añadido sin sentido lógico, en la medida en que normas que se encuentran en un mismo plano e integran un único sistema, no pueden resultar contradictorias. Habría una incoherencia máxima —señala el autor— si a alguna norma de la Constitución, o de los tratados con jerarquía constitucional, se la imaginara inaplicable, so pretexto de que contradice a otra.

En otras palabras, no es posible sostener que una determinada norma convencional es inaplicable porque contradice un derecho de rai-gambre constitucional. Por el contrario, es menester realizar una interpretación que nos permita conciliar ambos textos.

²⁶ N° 87, c), pág. 111.

²⁷ Los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional son: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta es la postura que ha seguido la Corte Suprema de la Nación ²⁸, al afirmar 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 no pueden los poderes constituidos desconocer y contradecir... Debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente”*.

Por otra parte, debe destacarse que las convenciones enumeradas en el artículo 75, inciso 22 gozan de jerarquía constitucional *en las condiciones de su vigencia*. Ahora bien, la vigencia de un tratado es siempre internacional: los tratados rigen en la Argentina tal como rigen en el Derecho internacional ²⁹. Esto implica que: (i) en caso de suspensión o terminación del tratado en sede internacional, no conserva su vigencia en el derecho interno; (ii) la misma situación se presenta en caso de denuncia de un tratado, en la medida que se realice en conformidad con los principios del derecho internacional público.

Sin embargo, es necesario realizar dos salvedades: (i) hay que tener en cuenta las reservas y aclaraciones efectuadas por la República Argentina; (ii) según algunos autores ³⁰, los tribunales nacionales no se encontrarían vinculados por la interpretación de las normas convencionales que realicen los tribunales internacionales competentes en la medida que podrían apartarse de ella, en la medida que no resultara compatible con nuestra Constitución Nacional.

Las afirmaciones realizadas precedentemente relativas a las condiciones de vigencia son, en realidad, válidas para todo tipo de tratados.

Finalmente, el artículo 75, inciso 22 dispone que los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional podrán ser denunciados por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

e) Los tratados internacionales sobre derechos humanos no enumerados en el artículo 75, inciso 22:

Los constituyentes han ideado un mecanismo por el cual otros instrumentos internacionales pueden adquirir jerarquía constitucional. El artículo 75, inciso 22 establece que *“los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”*.

²⁸ Voto de la mayoría (Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López), en la causa “Monges c/Universidad de Buenos Aires”.

²⁹ BOGGIANO, Antonio, *Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos*, La Ley, 1995, págs. 103-104.

³⁰ LEGARRE, Santiago, “El tratado Internacional y su ley aprobatoria en el Derecho argentino”, *L.L.* 20/12/1995. Esta postura parte de la premisa de que los tratados con jerarquía constitucional se encuentran subordinados a la Constitución Nacional.

f) Los tratados de integración ³¹:

La reforma constitucional ha creado el marco jurídico necesario para el desenvolvimiento de los procesos de integración.

El artículo 75, inciso 24, de la Constitución Nacional expresa que corresponde al Congreso de la Nación aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales. La validez de esta transferencia de competencias se encuentra sujeta a la observancia de ciertos principios: reciprocidad, igualdad y respeto del orden democrático y de los derechos humanos.

En lo que respecta a la posición de estos tratados dentro del ordenamiento jurídico, rige aquí el principio general establecido en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, según el cual los tratados tienen jerarquía superior a las leyes.

Se prevé, además, que las normas emanadas de los organismos supranacionales —constituidos a través del tratado de integración— tienen también jerarquía superior a las leyes. Se consagra, de esta manera, la primacía del *derecho comunitario derivado* sobre la ley interna.

Por otra parte, el artículo 75, inciso 24, de la Constitución Nacional condiciona la aprobación de esta clase de tratados a determinados mecanismos, que varían según nos encontremos frente a un proceso de integración con Estados latinoamericanos o con otros Estados extranjeros que no integran esa región.

Por último, se establece que la denuncia de los tratados de integración exige la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

g) Operatividad de los tratados:

Las normas incorporadas por vía de los tratados pueden requerir la adecuación a ellos del derecho interno, mediante la sanción de las leyes reglamentarias correspondientes.

Sin embargo, ello no es necesario cuando se trata de las convenciones internacionales que han creado un derecho supranacional de los derechos humanos, como lo es el Pacto de San José de Costa Rica.

Es que, según ha interpretado la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estas convenciones no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de la nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros. Al aprobar estos tratados los Estados se

³¹ Bibliografía especial: BIDART CAMPOS, Germán, "El derecho comunitario y la reforma constitucional", *Campus*, revista editada por estudiantes de Derecho de la UCA, año II, n° VII, agosto 1995.

someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

De manera coincidente, la Corte Suprema de la Nación sostuvo, en la causa "Ekmejdjian c/Sofovich", ya citada, que "cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso".

La cuestión tiene trascendental importancia en el ámbito del Derecho civil en materia de derechos de la personalidad (v. *infra*, n° 720).

88. LEGISLACIÓN DE FACTO. SUBSISTENCIA Y DEROGACIÓN

Nuestro país ha vivido numerosos períodos en los cuales el Poder Legislativo ha sido ejercido por gobiernos *de facto*. En una primera etapa de nuestro sistema se consideró que la legislación dictada por el gobierno *de facto* debía ser ratificada expresamente por el Congreso nacional, por lo cual se dictaron numerosas leyes ómnibus, que ratificaban en bloque las leyes o decretos-leyes dictados por los gobiernos *de facto*.

Este sistema se modificó en 1973 cuando el Congreso se limitó a sancionar una ley por la cual las leyes dictadas por el gobierno *de facto* antecedente, pasaron a denominarse decretos-leyes, pero manteniendo la numeración ordenada que tienen las leyes en la República Argentina.

Esta ley también fue derogada posteriormente por un gobierno *de facto* y no ha sido repuesta, por lo cual la legislación dictada por el gobierno *de facto* entre 1966/1973, sigue manteniendo la denominación (ley) y la numeración correlativa correspondiente. Al instaurarse el gobierno constitucional en el año 1983, tampoco se dictó una ley ratificatoria expresa. Por el contrario el Congreso derogó algunas leyes *de facto* y el resto ha seguido en aplicación.

Si bien debe reconocerse, como resulta más que obvio, el vicio de origen que tiene esta legislación, pues el Poder Legislativo era ejercido en virtud de un acto de fuerza, lo cierto es que la continuidad jurídica del Estado requiere el reconocimiento de la legislación dictada durante estos extensos períodos.

Téngase en cuenta que en períodos *de facto* han sido sancionadas leyes fundamentales en materia de derecho privado, como la ley 17.711 de reforma del Código Civil, las leyes de concursos y sociedades, sus modificatorias, etcétera.

V. DEROGACIÓN DE LA LEY

89. *DEROGACIÓN EXPRESA Y TÁCITA* ³²

La ley concluye su vigencia por medio de la derogación, que en principio, es efectuada por otra ley. Si la derogación es expresa no hay problema, pues la nueva ley indica cuáles son los textos que se derogan.

El problema es la derogación tácita, que se produce cuando la vigencia de la nueva ley es incompatible con la anterior.

En principio tal incompatibilidad debe ser absoluta, pues basándose tal derogación en una interpretación de la voluntad omisa del legislador, expresada en la nueva norma, basta que quede alguna posibilidad de conciliar ambos regímenes legales, para que el intérprete deba atenerse a su complementación (Llambías); este criterio ha sido aplicado en múltiples oportunidades por la jurisprudencia nacional.

Sin embargo debe apreciarse que la regla de la derogación tácita va a diferir cuando una ley nueva establezca una regla especial y la ley antigua una regla general; se admite en este caso la subsistencia de la ley antigua, salvo en lo que es materia de la nueva ley especial. Por ejemplo, si una ley limita la capacidad de ciertas personas para la realización de ciertos actos, y luego una ley especial las autoriza expresamente para un tipo de acto, la ley antigua subsistirá con la excepción que resulte de la ley nueva.

Pero en la hipótesis contraria, en la cual el conflicto se plantea entre una ley antigua especial y una ley nueva general, la solución es dudosa: la ley nueva no deroga necesariamente la ley especial contraria más antigua, no resultando incompatible la existencia de una excepción con relación a la nueva ley general. Todo depende de la intención del legislador quien puede también haber pretendido la derogación de la ley antigua en su dominio particular (Weill-Terré).

90. *DEROGACIÓN DE DISPOSICIONES SUBORDINADAS*

Derogada una ley quedan también derogadas las disposiciones de rango inferior dictadas para su aplicación.

91. *DEROGACIÓN DE DISPOSICIONES DEROGATORIAS*

Se sostiene que no recobran su vigencia las disposiciones derogadas por una ley a su vez derogada, salvo que se imponga expresamente lo contrario (Santos Briz) ³³.

³² Bibliografía especial: RIVERA, Julio C., "Pronto pago y derogación tácita de la ley", *RDCO* 1989-240.

³³ Conf. SCBA, 7/5/1985, *L.L. XLVI*, pág. 1277, n° 4.

91.1. ANULACIÓN DE LAS LEYES POR EL MISMO PODER LEGISLATIVO

Ha tenido mucha repercusión en nuestro país la decisión del Congreso de la Nación de anular las leyes conocidas como “de obediencia debida” y “punto final”.

En nuestro criterio esta decisión es de una gravedad institucional inusitada por introducir un serio factor de perturbación de la seguridad jurídica. Es que la desaparición retroactiva de las leyes por decisión del propio Poder Legislativo es algo desconocido en los sistemas republicanos. El Congreso deroga la ley —con los pertinentes efectos de la ley mientras estuvo en vigencia— o el Poder Judicial la declara inconstitucional, supuesto en el cual esa declaración en nuestro sistema se limita al caso en que la declaración ha sido hecha. El Congreso claramente no tiene atribuciones constitucionales para dejar sin efecto retroactivamente una ley sancionada por él mismo. Y si el argumento es que los tratados de derechos humanos limitan la potestad del Congreso de dictar amnistías (lo que es harto discutible), lo que corresponde es que la Corte declare inconstitucional tal amnistía y no que el Congreso vuelva sobre sus pasos.

De todos modos la anulación está sometida a contralor judicial, de lo que debería colegirse la declaración de inconstitucionalidad de la ley de anulación (ésta o cualquier otra) que afectase garantías constitucionales de los ciudadanos ³⁴.

92. DESUETUDO

La desuetudo es la no aplicación real de la ley durante un tiempo prolongado. En ocasiones no sólo no se aplica la ley sino que se forma una costumbre contraria (consuetudo o costumbre *contra legem*). Remitimos a lo que exponemos *infra*, número 107.

VI. ACTOS CONTRARIOS A LA LEY

93. PRINCIPIO GENERAL

La consecuencia de la infracción de la ley es aplicar la sanción que la misma señale como medio de lograr el restablecimiento del orden jurídico, perturbado por la infracción (Santos Briz).

³⁴ Bibliografía especial: GARCÍA MANSILLA, Manuel José, “¿El congreso tiene facultades para anular una ley?”, *E.D.*, 8/9/2003; GELLI, María Angélica, “La anulación de las leyes de amnistía y la tragedia argentina”, *L.L.*, 8/10/2003.

94. EL DERECHO CIVIL ARGENTINO

El artículo 18, establece que “los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”.

95. NULIDAD

La nulidad es la sanción genérica para los actos jurídicos que vulneran las leyes prohibitivas imperativas, como lo dice el artículo 18. Consiste en la privación de los efectos normales del acto como consecuencia de un vicio originario (v. *infra*, cap. XXXIV).

96. CORRELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1037

El artículo 1037 dice que los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen.

Llambias sostiene que la nulidad genéricamente establecida en el artículo 18, no implica contradicción alguna con el artículo 1037, ni otorga a los jueces la posibilidad de crear nulidades virtuales. La nulidad decretada en general por el artículo 18, se considera parte integrante de las normas de carácter prohibitivo, evitando la necesidad de establecer en cada una de ellas la sanción correspondiente.

Por lo tanto no hay contradicción alguna entre los artículos 18 y 1037.

97. OTRAS SANCIONES

Hay sanciones de carácter positivo o negativo. Las primeras imponen al infractor una cierta actuación o conducta encaminada ya al cumplimiento específico (ejecución forzosa), o a un cumplimiento subrogado (indemnización de daños y perjuicios, sanciones penales, personales o pecuniarias).

Las sanciones de carácter negativo son las que persiguen por medios indirectos coaccionar al infractor al cumplimiento de la norma (así, la sanción de nulidad, la no colaboración de los funcionarios públicos, la negativa del auxilio judicial) (Santos Briz).

98. EL ACTO EN FRAUDE A LA LEY ³⁵

a) Noción

El fraude a la ley importa una infracción encubierta de la misma, realizada bajo apariencia de licitud. El que utiliza el fraude a la ley, sin entrar en abierta colisión con la norma, busca otra norma que le preste

³⁵ Bibliografía especial: GUASTAVINO, Elias P., “La seguridad jurídica y algunos aspectos del fraude a la ley”, en *Homenaje a María Antonia Leonfantí*, Rosario, 1981, pág. 284.

apoyo (norma de cobertura). Es decir, que el fraude supone por sí mismo la discordancia siquiera formal entre dos normas jurídicas, de donde el campo propicio para el fraude es el derecho internacional privado (Santos Briz).

El fraude a la ley se presenta fundamentalmente en dos ámbitos. Uno es el Derecho de familia donde se ha visto con una frecuencia inusitada cómo las personas recurren a subterfugios para violar la ley nacional, por ejemplo casándose en el Uruguay cuando la Argentina no reconocía el divorcio, de modo de estar casados por un ordenamiento jurídico que sí lo admitiera, pese a tener domicilios argentinos; del mismo modo se divorciaban y se casaban en México o en otros países.

Otro ámbito en el cual hay posibilidad de defraudar a la ley es el derecho societario, a través de sociedades *holding* con finalidad de evasión fiscal o burla del sistema normativo.

Este tema se trata *in extenso* a partir del número 1450.

VII. LA COSTUMBRE ³⁶

99. CONCEPTO

La costumbre es un uso implantado en una comunidad y considerado por ella como jurídicamente obligatorio (Du Pasquier).

100. LA COSTUMBRE COMO FUENTE MATERIAL Y FORMAL

La costumbre puede ser considerada fuente formal en tanto y en cuanto es norma jurídica. Pero a la vez hay un proceso de incorporación de la costumbre al Derecho por vía de la legislación que la adopta; por los tribunales que la pueden transformar en jurisprudencia; y por la doctrina que la transforma en derecho científico al ver la costumbre aplicada en la sociedad. Ello lleva a algunos autores a afirmar que la costumbre cumple el doble rol de *fuentes formal y de fuente material* al inspirar las soluciones que adoptan las leyes, las sentencias y los estudios científicos (Puig Peña).

101. ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE. RESTRICCIÓN PRELIMINAR

La costumbre exige la presencia de dos elementos; un elemento objetivo que consiste en la existencia de un uso reiterado y que debe reunir

³⁶ Bibliografía especial: COSTA, Joaquín, *La vida del Derecho*, Buenos Aires, 1976; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Meditaciones sobre la costumbre como fuente del Derecho", *E.D.* 85-871; "El plexo: finalismo de las leyes. Los usos y costumbres", *L.L.* 1987-D-1087; SARMIENTO GARCÍA, L., "La costumbre frente al ordenamiento jurídico", *L.L.* 115-1027; CIURO CALDANI, Miguel Á., "Reflexiones sobre la ley y la costumbre", *J.A.* 1979-IV-788.

ciertas condiciones; y un elemento subjetivo o psicológico consistente en la convicción o creencia que tiene la comunidad de que tal el uso resulta jurídicamente obligatorio.

102. EL ELEMENTO OBJETIVO. CONDICIONES QUE DEBE REUNIR

a) *El uso:*

El uso en sí constituye el elemento material de la costumbre; es decir que debe mediar una práctica de la comunidad o de parte de la comunidad o de sujetos a los cuales se vincula el uso en su actividad —profesionales, comerciantes— etcétera.

Se ha dicho que la voluntad de la comunidad debe expresarse, manifestarse por el uso, que constituye un requisito de la constitución del derecho consuetudinario y no sólo un medio de prueba. Sólo puede tener efecto la costumbre en tanto la voluntad jurídica que en ella está inmersa, se exterioriza con claridad a través del uso.

El uso debe reunir las condiciones que a continuación se examinan.

b) *La uniformidad del uso:*

Esa expresión de la comunidad sólo tiene certeza cuando el uso tiene uniformidad; pues si una parte de la comunidad aceptase tal práctica y otra la contradijera, en realidad no podría deducirse la existencia de un uso que pudiera constituirse en norma jurídica.

c) *La generalidad:*

Quiere decir que el uso debe estar extendido en la comunidad. Pero en realidad no es necesario que lo practique toda la sociedad; a veces puede surgir en ciertos estamentos o incluso de algunas autoridades como han señalado los autores; puede así hablarse de la práctica o el uso de algún organismo administrativo.

Entre las personas o estamentos que realizan o ponen en ejercicio la práctica o el uso, tiene fundamental importancia la conducta o los actos que realicen aquellas que tienen ocasión de manifestar su voluntad jurídica y a quienes por lo tanto, les atañe la regla jurídica. Esto quiero decir que, por ejemplo, una práctica de los mercaderes de flores puede constituir una costumbre jurídica que los vincula, aun cuando tal uso no se extienda a otros comerciantes ni al resto de la comunidad.

d) *La constancia del uso:*

La repetición de los actos que constituyen la práctica o uso debe ser continua y de previsible continuación, no hallándose interrumpida por períodos en los que se realicen actos o conductas distintos. Evidentemente la constancia tiene una clara vinculación con la uniformidad y con la duración del uso, que es a lo que nos hemos de referir seguidamente.

e) La duración:

La mayor parte de los autores de antaño consideraban que la práctica debe tener una cierta duración temporal; aunque se reconoce hoy en día que no necesariamente debe mediar un uso prolongado.

Incluso se acepta que en circunstancias excepcionales puede surgir en forma inmediata, como sucede con la formación o transformación revolucionaria del Estado en que el pueblo se pronuncia contra leyes concretas (Enneccerus).

Sin llegar a estos extremos, debe señalarse que en el derecho mercantil es muy común que las costumbres sean de creación relativamente reciente.

f) La materia del uso:

Por otro lado es necesario que la práctica o uso se produzcan en actos atinentes a la vida del Derecho; la conducta externa reiterativa ha de moverse dentro del área de lo jurídico. No basta con que una conducta se repita sino que es preciso que ese acto entronque, por su contenido y consecuencias, en la naturaleza misma de lo jurídico.

Así, que los comerciantes de flores se reúnan vestidos de determinada manera no pasará de ser un uso o una moda; pero que consideren que las flores deben ser entregadas en determinadas horas o en cierto lugar, o en determinadas condiciones de frescura o embalaje, puede constituir costumbre jurídica, porque esas prácticas hacen a aspectos que son vinculados a la vida del derecho, es decir, las condiciones del cumplimiento del contrato de compraventa.

103. EL ELEMENTO SUBJETIVO. DISTINTOS CRITERIOS PARA SU CARACTERIZACIÓN

Todos los autores están conformes en que existe un elemento interno subjetivo, que en el concepto que nosotros dimos caracterizamos como la consideración, por parte de la comunidad, de que el uso es jurídicamente obligatorio.

Este elemento ha dado lugar a numerosas expresiones por parte de los autores que, en general, podemos sistematizar en dos grandes grupos; por un lado los que sostienen que debe existir una cierta intención normativa de la comunidad, es decir, la voluntad de crear Derecho a través del uso; por otro están los que sostienen que debe tratarse de la mera conciencia o convicción de que se trata de una norma jurídica obligatoria.

La rigurosa intención de crear Derecho no existe nunca en la práctica; ni la comunidad en sí ni los miembros individuales de ella pueden reflejar una voluntad creadora del Derecho.

Por eso la mayor parte de los autores se inclina hoy hacia la tesis de que basta la mera conciencia de la obligatoriedad; es decir, el pensa-

miento que debe existir entre los miembros de un grupo social determinado, conforme al cual los actos que se practican reiteradamente deben ser recibidos y valorados como exponentes de una situación que ha de ser disciplinada conforme a esa conducta.

104. *DISTINCIÓN ENTRE LA COSTUMBRE Y LA JURISPRUDENCIA*

Algunos autores tienden a confundir ambas fuentes del Derecho. Así Lambert sostenía que la costumbre lo es tan solo en tanto y en cuanto esté reconocida por los tribunales.

En otro extremo, Enneccerus dice que de las decisiones judiciales sólo brota el Derecho cuando se convierten en contenidos de un derecho consuetudinario, negando por lo tanto a la jurisprudencia el carácter de fuente del Derecho. Se ve en estos ejemplos cómo la calificación de la costumbre y de la jurisprudencia como fuentes es absolutamente inversa en ambos prestigiosos autores; para el primero la costumbre sólo es tal cuando aparece recogida por los tribunales, para el segundo las decisiones de los tribunales sólo son fuente en la medida que pueden considerarse derecho consuetudinario.

En realidad nos parece que ambas tesis están totalmente equivocadas; la costumbre como tal nace no de las decisiones de los tribunales sino de la práctica de la comunidad; y para resolver una cuestión concreta no es necesario que haya sido aceptada o recogida por un tribunal. La prueba de la costumbre podrá realizarse por cualquier medio, aunque éste resulte totalmente ajeno a la recepción o aceptación de esa práctica por la jurisprudencia.

Por otro lado, el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente, no nace de la circunstancia que haya una práctica de los tribunales que sea uniforme, general, constante y duradera; sino de la obligatoriedad de ciertos pronunciamientos, lo cual generalmente aparece recogido en el mismo derecho positivo, como sucede en nuestro país y se verá más adelante. Y aun cuando no se trate de pronunciamientos obligatorios, puede existir jurisprudencia fundada en la fuerza de convicción de algún o algunos pronunciamientos, y por supuesto que puede servir como fuente material, es decir, de conocimiento del Derecho, con independencia de todos los demás recaudos. De allí que costumbre y jurisprudencia sean dos fuentes del Derecho totalmente diversas y que no cuadre confundir en ninguno de sus elementos a la una con la otra.

105. *USOS CONVENCIONALES O DEL TRÁFICO. DISTINCIÓN CON LA COSTUMBRE E IMPORTANCIA*

Los usos convencionales, o usos de los negocios o usos del tráfico son definidos por Castán Tobeñas como los que de modo corriente y uni-

forme se observan en la práctica de los negocios jurídicos y especialmente en la de los contratos. Tales usos son los que más propiamente pueden recibir la clasificación de usos jurídicos. Y aunque no tengan la consideración y fuerza de la costumbre, por faltarles el elemento interno y jurídico de ésta, les corresponde empero una importante función interpretativa y supletoria de la voluntad de las partes.

Esto aparece recogido en nuestro derecho privado, pues el artículo 218 del Código de Comercio dice: "*Siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes: 6º) el uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato, prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras*".

El artículo 219 del mismo Código de Comercio remite a los usos del tráfico para la integración del contrato, cuanto las partes hubieren omitido alguna previsión para su ejecución.

Se advierte entonces, que nuestro Código de Comercio distingue lo que es la costumbre de lo que es el uso convencional o del tráfico.

Por lo demás el uso convencional o del tráfico se vincula con la buena fe (art. 242 del Cód. Civ. alemán).

106. FUNDAMENTOS DE LA COSTUMBRE, EXAMEN DE DIVERSOS CRITERIOS

El tema de por qué la costumbre constituye una norma jurídica obligatoria da lugar a numerosas opiniones, que sistematizaremos seguidamente, excluyendo aquellas que ya han perdido vigencia.

a) Aprobación tácita del legislador:

Algunos autores sostienen que la costumbre sólo es eficaz como fuente formal del Derecho en tanto y en cuanto el legislador la reconoce expresamente, por vía de remisión a ella, o tácitamente por vía de la no derogación. Ha sido formulada por la doctrina francesa pero hoy está en un franco desprestigio porque se la combate afirmando que la costumbre nace antes de que el legislador pueda reconocerla. A lo sumo explica por qué subsiste la costumbre pero no cómo nace, y por qué es obligatoria jurídicamente. Sin embargo debe señalarse que en los últimos años el profesor español García Amigo sostiene en gran medida esta tesis al decir que el valor normativo de la costumbre lo recibe de la ley, que es la que determina cuánto vale y en qué circunstancia.

b) La escuela histórica:

La escuela histórica ha dado particular importancia al derecho consuetudinario, al considerar que el derecho no nace de la ley sino del es-

píritu del pueblo, que lo segrega y lo transforma permanentemente como sucede con el lenguaje. Incluso se sostiene, por alguno de los corifeos de la escuela histórica, que la convicción de la comunidad de que algo es jurídicamente obligatorio puede incluso ser anterior al uso o la práctica. Lo importante es la convicción del pueblo de que así sucede, esto es, de que una determinada conducta debe ser exigida como jurídicamente obligatoria.

c) La teoría de la voluntad:

En la moderna doctrina alemana se considera que el derecho consuetudinario como todo el derecho está fundado en la voluntad de una colectividad, la que admite que la manifestación de esa voluntad, normalmente un uso, contiene el enunciado de una voluntad que manda formando no sólo un medio de conocimiento del derecho consuetudinario sino un requisito de su nacimiento.

Enneccerus sostiene que la teoría de la voluntad no se excluye con la doctrina de la convicción formada por la escuela histórica, sino que en sus formulaciones moderadas se aproximan.

d) Doctrina de la misma naturaleza humana:

Según Gèny no puede explicarse la costumbre por ninguna de las tesis anteriores; la fuerza obligatoria de la costumbre deriva del pueblo que la practica, su fundamento está en la autoridad de la tradición (Conf. Messineo).

107. CLASIFICACIONES DE LA COSTUMBRE

a) Secundum legem:

La costumbre *secundum legem* existe cuando el legislador remite la solución a la costumbre, supuesto en el cual se altera el orden jerárquico de las fuentes dejando la costumbre de ser fuente subsidiaria para transformarse en fuente principal (Castán Tobeñas; Marty-Raynaud).

b) Praeter legem:

Es la costumbre que se aplica cuando no existe ley exactamente aplicable al caso; o sea que es la norma jurídica en virtud de la cual se soluciona el conflicto no reglado legalmente.

c) Contra legem:

Es la costumbre contra la ley o derogatoria.

La eficacia de la costumbre *contra legem* depende de la solución que se dé al problema de la jerarquía de las fuentes. En el Derecho moderno donde la costumbre básicamente es una fuente subsidiaria, pues la fuente principal es la ley, es difícil admitir la vigencia de la costumbre *contra legem*.

Por otro lado, como dicen algunos autores franceses, la formación lenta de la costumbre hace que muy difícilmente ella pueda colocar en peligro a la ley; por lo que si una costumbre contraria a la ley se desarrolla y triunfa en el conjunto de un país, tiene que haberse dado que ninguna autoridad ni ningún interesado se haya preocupado de su aplicación; de donde debe concluirse que se trata de una ley tan inútil o tan criticable que nadie la sostiene. Además, en todo caso, si se constituye una costumbre contra una ley que el legislador cree que debe mantener, le resulta muy fácil derogar una costumbre con una ley contraria.

La jurisprudencia francesa se ha mantenido en general contraria a la derogación de la ley por un uso contrario o por el solo transcurso del tiempo, pero autores de esa misma nacionalidad (Marty y Raynaud) se preguntan si es válido mantener esta posición de principio, porque lo cierto es que numerosas leyes han sido muertas por el tiempo; "dentro de la jungla de leyes hay mucha madera muerta". Se puede pensar, resumiendo la jurisprudencia y la práctica "la desuetudo mata las leyes pero es preferible no decirlo".

En nuestro país la jurisprudencia ha tenido ocasión de admitir algún caso muy excepcional de costumbre *contra legem*, al afirmar que es válida la postura efectuada en un remate por medio de una seña, pese a que el Código de Comercio dice que ellas deben realizarse de viva voz.

En el Derecho francés se considera, por ejemplo, que la costumbre en materia de cuentas corrientes bancarias, ha derogado, para ese contrato en particular, la prohibición del anatocismo que sienta el Código Civil.

Estas soluciones excepcionales no pueden hacer pensar en que la costumbre *contra legem* pueda tener realmente eficacia, por lo menos en un ordenamiento como el nuestro donde el juez debe decidir según la ley que constituye la primordial materia prima del Derecho.

Quizás solución contraria pueda propiciarse en la compilación navarra, que coloca a la cabeza de las fuentes a las costumbres, declarando que la costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra la ley, prevalece sobre el derecho estricto.

d) Costumbre local o general:

La costumbre puede ser local o general; nuestro Código Civil muchas veces se remite a la costumbre local o de la plaza.

La cuestión que plantea el distinto ámbito territorial de eficacia de la costumbre, es si un asunto puede ser resuelto por una costumbre general, aunque no se pruebe que se aplica en el lugar donde el tema se debate; en otras palabras: si una costumbre general no se aplica en determinado lugar: ¿puede el juez tomarla en consideración porque se aplica en la generalidad de un territorio más extenso?; ¿existe una presunción de que la costumbre general tiene aplicación en un territorio particular? Albaladejo dice que la costumbre general no permite resolver un asunto si ella no se aplica en el lugar concreto de los hechos.

108. *IMPORTANCIA*

La importancia de la costumbre como fuente del Derecho depende de las posturas filosóficas que se adopten. Así la escuela del derecho natural racionalista, minimiza el aporte de la costumbre; *ius* naturalistas, como Grocio o Puffendorf, sostienen que la ley emana de la razón y se erige como fuente única del Derecho. En esta corriente está el antiguo Código de Austria cuyo artículo 10 disponía que la costumbre sólo puede atenderse allí donde la ley la invoca.

Singularmente, en esto viene a coincidir el positivismo, pues la ley es considerada en esta corriente de opinión, la única fuente del Derecho; de donde los usos y costumbres sólo son atendibles cuando la ley lo determine. En este sentido el moderno Código Civil de Portugal en su artículo 3º.

Hay doctrinas positivistas eclécticas que, sin perjuicio de colocar a la ley como fuente principal, atienden a la existencia de fuentes supletorias, entre las que se incluye la costumbre; tales por ejemplo las soluciones del Código Civil brasileño y del Código Civil suizo.

En cambio la escuela histórica potencia el valor de la costumbre, pues para ella el Derecho no es el producto de la razón humana en abstracto sino del espíritu del pueblo, del que emana la norma jurídica como cualquier otra manifestación cultural. La compilación navarra hace prevalecer la costumbre frente a la ley.

Por otro lado se sostiene hoy que la función de llenar las lagunas de la ley que podía atribuirse el derecho consuetudinario, resulta superflua, a causa en gran parte del margen de libertad que se concede al juez y que constituye un postulado de la moderna ciencia de la interpretación y de la jurisprudencia actual.

Por lo demás, si su importancia cuantitativa resulta ya reducida, como consecuencia de lo antes expuesto, debe tenerse en cuenta que además la costumbre puede funcionar no sólo cuando no hay ley sino que —en la materia de derecho privado patrimonial— tampoco debe haber pacto, lo que reduce aún más sus posibilidades de aplicación real.

Pero de todos modos, aun siendo fuente supletoria de la ley, de aplicación cuantitativa reducida, sustituida en gran medida por la jurisprudencia y por el principio de la autonomía de la voluntad, el reconocimiento de la costumbre como fuente del Derecho tiene la trascendencia de poner de manifiesto que no existe un monopolio de la producción del derecho por los órganos del Estado (Santos Briz).

109. *VENTAJAS Y DESVENTAJAS*

La ventaja que tiene el derecho consuetudinario es que siendo el resultado de una expresión de la voluntad hecha por los mismos sujetos a los cuales atañen los problemas a resolver, expresa una solución aceptada de antemano por aquellos que necesitan tal solución. Es decir que normalmente va a carecer de resistencia entre los sujetos a los cuales se dirige.

Pero por otro lado el derecho consuetudinario carece de certeza y de unidad; es difícil de conocer y a menudo oscuro; es variable según los tiempos y los lugares y a veces contradictorio.

Inclusive se ha dicho que ese derecho consuetudinario es sólo conocido por ciertos expertos que se arrogan el poder de crear el derecho so pretexto de revelarlo. De allí que haya sido la plebe romana la que exigió la redacción de las costumbres, dando lugar a las XII Tablas, y el tercer Estado fue quien exigió la redacción de las costumbres en la Francia pre-revolucionaria (Mazeaud).

110. PRUEBA DE LA COSTUMBRE

Siendo la costumbre una norma jurídica, en realidad debería ser conocida por el juez y no ser materia de prueba; sin embargo esta tesis no responde a la realidad de los hechos pues los jueces no conocen las costumbres y mucho menos todas las costumbres; por lo tanto es lógico que el juez pueda requerir la prueba de la misma y la parte pueda adelantarse a proveerla.

Algunos autores afirman también que el tema puede decidirse en función de la notoriedad; si la costumbre es notoria y ha sido ya reconocida en la jurisprudencia y en la doctrina, nada habrá que probar. Si está controvertida la existencia misma de la costumbre, habrán de probarse los hechos que concurren como elementos constitutivos de la misma (Messineo, De Ruggiero).

Puede señalarse que la compilación navarra dice que la costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los tribunales. El Proyecto de Código Civil de 1998 preveía en el art. 6º, segundo párrafo: "El tribunal debe establecer de oficio el contenido del uso, sin perjuicio de su facultad de requerir la colaboración de las partes y del derecho de éstas de alegar y probar su existencia y contenido".

VIII. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ARGENTINO ³⁷

111. EL ANTIGUO ARTÍCULO 17

El artículo 17 en su redacción original decía: "*Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos*".

Nuestro Código entraba así en una concepción según la cual la ley constituía la fuente primordial del Derecho y la costumbre sólo una

³⁷ Bibliografía especial: DEL CARRIL, Enrique V. - GAGLIARDO, Mariano, "La costumbre como fuente del Derecho", *E.D.* 56-807; CARDINI, José, "La costumbre en nuestro Derecho civil", *L.L.* 122-1091; CARRANZA, Jorge A., "La costumbre como fuente de los derechos en la reforma del Código Civil", *J.A.* 1971-261.

fueron fuente supletoria que podía funcionar en los supuestos en los cuales la ley expresamente remitía la solución a ella, es decir, la costumbre *secundum legem*.

112. LA REFORMA DE LA LEY 17.711

El artículo 17 en su redacción actual dice: “*Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente*”.

Se advierte, por empezar, que la reforma de la ley 17.711 admite la eficacia de la costumbre *praeter legem*, es decir, aquella que tiende a solucionar los conflictos no reglados legalmente, a suplir la denominada laguna de la ley.

Pero por otro lado ha eliminado también la primera parte del artículo que decía que las leyes no pueden ser derogadas sino por otras leyes.

113. LA COSTUMBRE PRAETER LEGEM. SU APLICACIÓN

a) *Los preceptos comprometidos:*

El artículo 16 establece que si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho; y después el artículo 17 establece lo ya dicho en el número anterior respecto de la costumbre.

b) *Procedencia entre ley análoga y costumbre:*

Esto trae a colación si la costumbre se aplica cuando no hay ley expresa o se requiere también que el juez previamente recurra a las leyes análogas para poder luego remitir la solución a la costumbre.

Nos parece que el carácter de norma supletoria de la ley que ostenta la costumbre jurídica, presupone agotar las posibilidades de aplicación de las leyes, no sólo en forma directa sino también cuando no sea posible la aplicación analógica; por lo tanto sólo podrá recurrirse al derecho consuetudinario cuando las leyes aplicables al caso no lo sean por no ajustarse exactamente al punto controvertido ni por deducción analógica (Santos Briz, Ruiz Vadillo).

c) *Proyecto de unificación legislativa:*

Tal criterio es el que inspira al *Proyecto de Unificación Legislativa*, que propicia la siguiente redacción para el artículo 16: “*Si el caso no pudiera ser resuelto ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se tomarán en cuenta su finalidad, las leyes análogas, los usos y costumbres, y los principios generales del Derecho, conforme las circunstancias del caso*”.

Se advierte que la costumbre aparece después de las leyes análogas y precede a los principios generales del Derecho.

114. LA COSTUMBRE CONTRA LEGEM EN NUESTRO DERECHO

Como ya hemos dicho nuestro sistema es un sistema básicamente fundado en la ley, por lo tanto más allá de la derogación que se ha hecho de la primera parte del artículo 17, lo cierto es que la costumbre no tiene por sí eficacia para abrogarla.

115. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO COMERCIAL

a) Interpretación:

En el derecho mercantil la costumbre tiene un lugar muy importante, pues normalmente los comerciantes con sus prácticas van creando verdaderas normas jurídicas que se anticipan a la ley y que sirven para resolver sus necesidades económicas.

b) Normas del Código de Comercio:

No ha sido ajeno a esta realidad el codificador mercantil, como lo revela la lectura de las disposiciones del título preliminar del Código de Comercio, cuyo artículo II dice: *“En las materias en que las convenciones particulares pueden derogar la ley, la naturaleza de los actos autoriza al juez a indagar si es de la esencia del acto referirse a la costumbre, para dar a los contratos y a los hechos el efecto que deben tener, según la voluntad presunta de las partes”*. El artículo V a su vez dice: *“Las costumbres mercantiles pueden servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, y para interpretar los actos o convenciones mercantiles”*.

Ya habíamos visto por su parte que el artículo 218, inciso 6º, y el artículo 219 del Código de Comercio, prevén la eficacia de las costumbres, los usos y las prácticas mercantiles como reglas interpretativas de los contratos.

Pero por su lado el artículo I del título preliminar del Código mercantil dice: *“En los casos que no estén especialmente regidos por este código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil”*.

Y el artículo 207 del Código de Comercio dice: *“El Derecho civil, en cuanto no esté modificado por este código, es aplicable a las materias y negocios comerciales”*.

c) Jerarquía:

Se ha planteado pues el tema de la jerarquía de las fuentes en la materia mercantil; esto es: ante una situación no reglada legalmente por el Código de Comercio, el intérprete ¿debe recurrir al Código Civil y luego a la costumbre mercantil, o por el contrario la costumbre mercantil es una fuente de mayor jerarquía que la ley civil?

La mayor parte de la doctrina nacional afirma que las disposiciones examinadas autorizan a concluir en que la costumbre prevalece sobre la ley civil (Fernández, Castillo, Segovia, Zavala Rodríguez, Cermesoni, Spota); pues la costumbre mercantil forma parte del derecho comercial, al tener carácter de norma jurídica, por lo que sólo cabe recurrir al Derecho civil en defecto de solución brindada por el derecho mercantil incluida la costumbre (art. I del título preliminar).

IX. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ³⁸

116. CONCEPTO

Los principios generales del Derecho constituyen una fuente reconocida expresamente por nuestro propio ordenamiento (art. 16).

Ahora bien: ¿qué es un principio de Derecho? Es una idea rectora, o, en otras palabras, principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación existente o posible (Larenz).

La segunda cuestión que se plantea es: ¿de dónde emanan esos pensamientos rectores que se califican de principios generales? Al respecto existen dos concepciones posibles, la *ius naturalista* y la *positivista*.

a) Orientación iusnaturalista:

Para la corriente que podríamos denominar *ius naturalista*, representada entre otros por Gèny, Del Vecchio, Aftalión, García Maynes, los principios generales del derecho son los principios del Derecho natural, como aparecía reconocido en el artículo 7º del Código Civil austriaco de 1811, y en el artículo 15 del Código sardo de 1837, ambos fuentes de nuestro artículo 16. En corriente de opinión semejante, se alude a principios que emanan de *la idea de justicia* (Guastavino) o de *la naturaleza de las cosas*.

³⁸ Bibliografía especial: LARENZ, Karl, *Derecho justo*, trad. de Luis Díez Picazo, Madrid, 1985; DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del Derecho*, trad. de Juan Ossorio Morales, 3ª ed., Barcelona, 1979; BORGIA, Enrique E., "La naturaleza de los principios generales del Derecho", *Rev. del Colegio de Abogados de La Plata*, 1962-381; GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, "Los principios generales del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código Civil", *ADC* 1975-331; PATTARO, Enrico, "Al origen de la noción principios generales del Derecho", *BMDC* 1987-525; PUIG PEÑA, Federico, "Los principios generales del Derecho como fuente normativa de la decisión judicial", *RDP* 1956-1065; BUERES, Alberto J. - RIVERA, Julio C., "Dación de órganos entre vivos: ¿interpretación o apartamiento de la ley?", *LL* 1984-B-188; ALPA, Guido, "Come fare cose con principi", *GCC* 1992-parte II-383; "I principi generali e la realizzazione di una comunità giuridica europea", *RDC* 1996-parte I-455; "I principi generali nei diritto dei contratti", en *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995; VIGO, Rodolfo, "Los principios generales del Derecho", *J.A.* 1986-III-860; GUASTAVINO, Elías P., "Los principios generales del Derecho", *Anales de la Academia de Córdoba*, ts. XVII y XVIII, pág. 135.

b) Orientación positivista:

Otra corriente de pensamiento es la positivista, que concatena los principios generales con el derecho positivo (Coviello, Carnelutti, De Diego); se habla así de los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado (Cód. Civ. italiano, art. 12), de los principios básicos del derecho vigente, de los postulados genéricos que se abstraen de las normas jurídicas. Estas expresiones tienen en común que encarnan los principios generales del Derecho en el sistema jurídico positivo, por lo que en última instancia, son principios científicos o sistemáticos.

c) Criterios que combinan ambos conceptos:

Hemos sostenido con Bueres que en la idea de principios generales pueden tener cabida ambos conceptos. No escapa a nadie que ciertas reglas (o principios no formulados normativamente en forma específica por su esencialidad u obviedad) pueden dimanar del derecho positivo, sea que se los induzca de normas particulares o que se los aprehenda por deducción sistemática (principios dogmáticos).

Amén de ello hay reglas determinantes de la regulación de un instituto jurídico que pueden basarse en datos histórico-legislativos previos, pero que siendo informadores del derecho positivo plasmado quedan incorporados a él (principios institucionales).

Pero ello no puede oscurecer que la especie más trascendente del género está dada por las reglas derivadas del orden natural, de la naturaleza de las cosas, que al decir de Larenz, operan como fundamento inicial de la regulación positiva.

Este es el criterio seguido por el Código Civil egipcio de 1949 que en su artículo 1º identifica los principios generales del Derecho con los principios del Derecho islámico, el derecho natural y la equidad; y por el fuero de Navarra artículo 4º en cuanto establece que los principios en cuestión son los principios del derecho natural o histórico que informan el ordenamiento civil navarro y los que resultan de sus disposiciones. Gran parte del pensamiento jurídico actual coincide con esta línea de criterio (Puig Peña, Legaz y Lacambra, De Castro, etc.).

117. LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL CÓDIGO CIVIL*a) El artículo 16, Código Civil:*

Como ya señalamos el artículo 16 establece que si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Para deslindar qué es lo que Vélez Sarsfield ha entendido por principios generales del Derecho, puede recurrirse en el caso al argumento de fuente, es decir a la determinación de cuáles son las disposiciones en las cuales abrevó nuestro codificador.

b) Sus fuentes:

Gorostiaga enseña que el artículo 16 está tomado del artículo 7º del *Proyecto Acevedo*, el cual a su vez habría sido concebido sobre la base de la regla XIV de las disposiciones del Código de Comercio del Estado de Buenos Aires de 1859. A su vez esas directivas han tenido como fuente los ya mencionados artículos 15 del Código sardo y artículo 7º del Código Civil austríaco; este último por su lado tenía como fuente al artículo 18 del Código de West Galitzia de 1787.

La influencia del Código Civil austríaco revela que nuestro codificador vinculó la idea de principios generales del Derecho a la corriente *ius naturalista*; es decir se trataría de principios *supra legales*, emanados de la misma naturaleza de las cosas que se imponen al legislador, están por encima de él, están antes que él, y éste no puede desconocerlos.

De todos modos, como se ha dicho, no existe obstáculo en una interpretación dinámica de la legislación civil para entender que también los principios que informan el ordenamiento positivo, puedan ser concebidos como principios generales del Derecho y puedan servir para solucionar alguna cuestión concreta en los términos que lo establece el artículo 16.

118. FUNCIONES QUE CUMPLEN

Los principios generales puede entenderse que cumplen dos funciones, como fuente y como elemento de interpretación de la ley.

Como fuente se sostiene generalmente que los principios generales del Derecho son tales en cuanto se recurre a ellos para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley o las costumbres, como lo señala el artículo 16. Ello así pues los jueces no puede dejar de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley (art. 15).

Sin embargo, esta tesis es controvertida; un estudioso español señala que cuando el Código Civil enuncia los principios generales del Derecho no importa decir que ellos son fuente como la costumbre y la jurisprudencia sino que indica al juez cómo suplir las lagunas de la ley. Pero no son fuente por que no son forma de creación o producción del Derecho, sino raíz o fundamento de donde deriva la validez intrínseca o racional del contenido de las normas jurídicas particulares (García Valdecasas).

Y cuando el juez tiene que resolver una cuestión que no está resuelta por norma legal y consuetudinaria, los principios generales sólo le proporcionan una fuente remota de inspiración para la decisión que ha de tomar y un fundamento último en que apoyarse.

Fijan también un límite a su arbitrio, garantizando que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico. Pero, por su alto grado de abstracción los principios no puede suministrar la solución exacta del caso, la cual en gran medida deberá ser obra de la actividad creadora del juez.

De otro lado es difícil que a través de la ley, las leyes análogas, la costumbre, no se encuentre regulación en las fuentes normales; por lo tanto normalmente los principios generales servirán como elemento de interpretación de la ley y en este sentido, ello trae dos consecuencias fundamentales:

- las posibles contradicciones entre las disposiciones positivas concretas se resolverán sobre la base de los principios generales;
- el principio general inspirador de una disposición que ofreciere dudas nos dará la clave para su interpretación.

119. PRINCIPIOS GENERALES Y FUENTES FORMALES: JERARQUÍA

En principio no debería hablarse de jerarquía de fuentes entre ley, costumbre o principios generales, pues la calidad de fuente de los principios es cuestionada como se ha dicho en el punto anterior.

Además porque en buena lógica, no debe existir contradicción entre los principios informadores del ordenamiento y las normas particulares por ellos informadas. Y, si tal contradicción existiera, o sea que una ley o costumbre infringiera una regla del derecho natural o un principio del ordenamiento positivo, el conflicto debería decidirse a favor del principio general, superior por su propia validez o su fuerza intrínseca (García Valdecasas).

El derecho natural aparece como fundamento del derecho positivo. Aquél es pues, el sistema de legitimidad, éste el de legalidad. Y a la vez los principios supra legales son el último punto de referencia del fenómeno de desenvolvimiento del Derecho (art. 16 del Cód. Civ.), y el elemento para descalificar alguna norma positiva que atente *groseramente* contra el orden natural.

Esto último constituye una faceta del estado de necesidad cívico. Claro está que la actitud descalificadora ha de evidenciarse en casos excepcionales y no puede quedar librada a la intuición del intérprete. Por el contrario, esa actitud tendrá que poseer un soporte objetivo al menos en dosis mínimas.

120. ENUMERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES. CRITERIOS ASISTEMÁTICOS

En general los autores del Derecho civil no realizan exposición sistemática de los denominados principios generales.

De modo que suelen enunciarse como tales, sin mayor rigor científico, a los principios constitucionales como la propiedad privada (art. 17), la igualdad (art. 22), la regla según la cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19).

De otro lado se afirma que constituyen principios del Derecho civil la buena fe, el *pacta sunt servanda*, el abuso del derecho, que nadie puede ir en contra de sus propios actos, el enriquecimiento sin causa.

121. EXPOSICIÓN DE LARENZ

Una exposición más sistemática de los principios generales la hace Larenz en su obra *Derecho Justo*, que trataremos de sintetizar:

a) *La idea de Derecho:*

Larenz parte de la *idea del Derecho*, una suerte de noción generalizada en la cultura occidental de los fines últimos del Derecho. Esos fines son la obtención de la paz (en la que se comprende la seguridad jurídica) y la justicia.

Los principios generales del Derecho serían entonces las ideas receptoras o pensamientos directores de la regulación en orden a la consecución de esa idea de Derecho.

b) *Relatividad de la enumeración de los principios generales del Derecho:*

Debemos destacar que Larenz no pretende una formulación definitiva de esos principios, pues señala con acierto que la idea de tiempo es consustancial al Derecho. Lo que hoy es justo puede no haberlo sido en el pasado y no serlo en el futuro. Por lo demás esa idea del derecho responde a la cultura o civilización occidental; personas imbuidas de otra cultura pueden tener una idea distinta.

c) *Enumeración:*

De acuerdo con el estado actual de la cultura o civilización occidental, Larenz encuentra que son principios generales:

— el respeto recíproco, que emana de la idea de que todo hombre es persona, y exige por tanto el respeto de la dignidad de cada ser humano. De ello derivan la injusticia de la esclavitud y de toda forma de servidumbre humana, el reconocimiento de la capacidad jurídica de todos los hombres; y el necesario respeto de la dignidad personal que entronca con el tema de los derechos de la personalidad;

— en la esfera individual, reconoce como principios el de la autodeterminación y la autovinculación en los contratos —que sostiene la idea de la eficacia del contrato por la voluntad expresada en una promesa—; y que se complementan con el principio de la equivalencia en los contratos sinalagmáticos y regla de confianza fundada en la buena fe;

— en el ámbito de la responsabilidad, destaca las diferencias entre la responsabilidad civil y la penal, afirmando que esta última se funda siempre en el reproche a la culpa;

— en la responsabilidad civil a su vez propicia la distinción entre la responsabilidad contractual —que puede fundarse en la culpa o en la garantía— y la extracontractual, en donde la culpa constituye el primer principio, aunque integrado en la actualidad por el riesgo que como factor de atribución se presenta como una aplicación de la idea de justicia distributiva;

— la igualdad es otro de los principios generales; impone el tratamiento igualitario para los iguales y el desigual para los desiguales. Se complementa con la idea de proporcionalidad que según Henkel significa tratar al desigual en proporción a la desigualdad (exclusión de privilegios o limitaciones infundados); y veda la excesividad (o abuso);

— la nivelación social es un principio derivado de la idea de igualdad; no es posible la equivalencia de las prestaciones (noción de equilibrio propia de la justicia), cuando existen notables diferencias de poder entre las personas. Por ello el Derecho acude en protección de la parte más débil, y se refleja en múltiples aspectos como sucede íntegramente en el derecho del trabajo, y en el derecho de los contratos a través del control de las condiciones generales, la anulación de las cláusulas abusivas, etcétera;

— finalmente trata de los principios generales de un Estado de Derecho, que son la limitación y control del poder, la vinculación de todos los órganos estatales al derecho, la prohibición de las leyes retroactivas, y en el ámbito del derecho procesal la imparcialidad de los jueces y el principio de contradicción.

121 BIS. CRITERIO DE GUASTAVINO

Entre nosotros ha sido Guastavino quien ha pretendido hacer una enumeración de los principios generales propios del Derecho civil argentino, y que se obtienen por sucesivas generalizaciones de los textos del Código Civil. Así, reconoce los siguientes:

— la capacidad de las personas físicas es la regla y la incapacidad la excepción;

— las incapacidades no pueden extenderse por analogía;

— la libertad de formas de los actos jurídicos;

— la buena fe creencia y la buena fe lealtad;

— no cabe atender a quien alega su propia torpeza;

— se repudia el fraude a la ley ³⁹,

— no debe atenderse a quien actúa en contradicción con sus propios actos;

— ha de prohibirse la justicia por mano propia;

— ha de estarse por la conservación de los actos jurídicos;

³⁹ En este sentido la nota al art. 3136, Cód. Civil afirma que *sería un deshonor de la ley que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara.*

- *pacta sunt servanda*;
- sin perjuicio de que *ad impossibilis nemo tenetur y rebus sic stantibus*;
- el patrimonio es garantía común de los acreedores;
- el género nunca perece;
- no se puede ejercer coerción sobre el deudor de obligaciones de hacer;
- debe rechazarse el enriquecimiento sin causa;
- *res perit et crescit domino*;
- *prior in tempore potior in iure*;
- *numerus clausus*;
- el interés familiar prevalece sobre el interés individual;
- el superior interés del niño ⁴⁰;
- prohibición de pactos sobre herencias futuras;
- protección integral de la legítima.

A esta extensa enumeración que hace el maestro santafesino, cabría quizás agregar que los actos jurídicos deben ser conformes a la moral y las buenas costumbres; el principio de equivalencia de las prestaciones como regla general en materia de relaciones jurídicas regidas por la justicia conmutativa; y el principio *nemo plus iuris* (art. 3270, Cód. Civ.).

122. INVOCACIÓN Y PRUEBA DE UN PRINCIPIO GENERAL

Si se pretende la solución de un conflicto judicial por vía de la aplicación de un principio general, debe afirmarse:

- la vigencia del principio general, exponiendo los argumentos en cuya virtud el principio deba considerarse como general del Derecho en nuestro ordenamiento, citando los textos legales que los sancionen o haciendo ver la conexión existente entre el principio y ciertos textos o bien aportando la sentencia con que lo reconoce o aplica;

- se debe acreditar que no hay ley o costumbre aplicable al caso. Estos criterios emanan de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, pero pueden considerarse aplicables también a nuestro Derecho.

122 BIS. LÍMITES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO GENERAL

La aplicación de los principios generales como fuente de autointegración requiere, como dato previo, que no exista una normativa aplicable al caso.

Es que los jueces deben sujetarse al sistema de fuentes. El conocido filósofo del derecho Ronald Dworkin dice que atañe a la responsabilidad

⁴⁰ Este principio no lo enuncia Guastavino, pero surge hoy en día de la Convención sobre Derechos del Niño que nuestro país ha ratificado e incorporado a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, CN).

del juez y al cumplimiento de su deber, el respetar tanto la jurisprudencia ⁴¹ anterior (esté o no de acuerdo con ella) como el sistema de fuentes en general.

De modo que el desconocimiento del sistema de fuentes es calificado por Dworkin como *lawless judging*, que es traducido como *enjuiciamiento antijurídico o al margen del método legal* ⁴².

Las ideas de Dworkin sobre el punto han sido condensadas por uno de sus comentaristas, el profesor español Miguel Beltrán, del modo que sigue:

— la teoría constitucional de un juez no le permite situarse al margen del sistema de fuentes ⁴³;

— el juez que prefiere su propia teoría al sistema de fuentes, incurre en *terrorismo judicial* ⁴⁴;

— no hay nada tan peligroso para el ordenamiento jurídico (en concreto para la seguridad jurídica garantizada por las decisiones judiciales) como un juez que aplica una teoría prescindiendo de los cánones interpretativos y del método legalmente establecido (en particular del sistema de fuentes). Es irrelevante cuál sea el resultado —en términos de justicia o injusticia— de tal apartamiento; una sentencia *justa* dictada al margen del procedimiento legalmente establecido (procedimiento cuyo fin es precisamente la garantía del Estado de derecho) sencillamente no es de recibo, y ni siquiera es de recibo si por justa se entiende *ajustada a derecho* ⁴⁵.

En este sentido hemos criticado una decisión de 1ª Instancia de Rosario, que autorizó un trasplante de órganos entre personas que no estaban vinculadas por ningún vínculo de parentesco, siendo que la ley de trasplantes vigentes a esa fecha limitaba la dación de órganos de personas vivas para el caso en que estuviesen destinados a ser implantados en el padre, madre, hermano cosanguíneo, cónyuge e hijos o padres adoptivos (art. 13, ley 21.541). Por lo tanto no era posible recurrir a la integración del ordenamiento por vía de los principios generales, ya que mediaba una prohibición explícita del ordenamiento que no podía ser dejada de lado, salvo que se declarase su inconstitucionalidad ⁴⁶.

Es que esos principios no abren la puerta a una especie de derecho libre o recurso mágico para dejar de fundar una decisión, lo que desafiaría todos los moldes de las construcciones jurídicas propias del legalismo y escaparía a cualquier consideración sistemática del derecho privado ⁴⁷.

⁴¹ Dworkin está refiriéndose a la jurisprudencia constitucional de la Corte que se concreta en el sistema del *stare decisis*.

⁴² BELTRÁN, Miguel, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, 1989, pág. 66.

⁴³ Tanto esté resolviendo un caso de derecho constitucional, como un caso en que deba aplicar el derecho privado.

⁴⁴ BELTRÁN, *op. cit.*, pág. 67.

⁴⁵ BELTRÁN, *op. cit.*, pág. 79.

⁴⁶ BUERES, Alberto J. - RIVERA, Julio César, "Dación de órganos entre vivos: ¿interpretación o apartamiento de la ley?", cit. en nota 35.

⁴⁷ GUASTAVINO, *op. cit.*, pág. 146.

Por último debe tenerse presente que conforme al artículo 16 del Código Civil, la aplicación de los principios generales se hace teniendo en consideración las circunstancias del caso, examen que debe hacerse en concreto y no en abstracto, con particular referencia a las modalidades del caso ⁴⁸; de allí, en el caso citado la Corte Suprema haya resuelto que resulte arbitraria la sentencia que no contiene ningún examen de las circunstancias particulares de la causa y si sólo un conjunto de reflexiones generales, pues así el juez se sustituye al legislador y, con la apariencia de aplicar la ley, en realidad la modifica.

122 TER. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO

De lo expuesto en el número precedente surge como necesaria consecuencia que es labor de los tribunales superiores controlar la aplicación de los principios generales. Y si bien no son descalificables por arbitrariedad los pronunciamientos judiciales que suplen omisiones normativas mediante la aplicación del artículo 16 del Código Civil ⁴⁹, debe tenerse en cuenta que la integración no puede hacerse al mero arbitrio o discreción del juez.

X. JURISPRUDENCIA ⁵⁰

123. ACEPCIONES DEL TÉRMINO

La palabra jurisprudencia, etimológicamente y desde el punto de vista histórico, es equivalente a la noción de Derecho. Explica Puig Peña

⁴⁸ CSN, *Fallos* 239-367; transcripto en CSN, 4/9/1988, L.L. 1989-B-5. Este último caso es un paradigma de la aplicación de la regla *pacta sunt servanda* cuando se trata de contratos entre empresas; la Cámara de Apelaciones en lo Comercial había declarado abusiva la cláusula de un contrato de concesión sin plazo que autorizaba por ende al concedente a rescindirlo en cualquier momento. La Corte anuló ese pronunciamiento, afirmando que la Cámara había confundido estabilidad con perpetuidad; y que cuando la teoría del abuso del derecho es utilizada para privar de efectos a una cláusula contractual, su uso debe ser restrictivo, de modo que sólo cuando aparezca manifiesto el antifuncionalismo debe acudir a este remedio excepcional.

⁴⁹ CSN, 13/12/1977, "Unión Obrera Metalúrgica c/ Empresa Carlos Favi", cit. por Guastavino, *op. cit.*, nota 4 en pág. 138.

⁵⁰ Bibliografía especial: BOEHMER, Gustav, *El Derecho a través de la jurisprudencia*, trad. de José Puig Brutau, Barcelona, 1959; SERVERIN, Evelyn, *De la jurisprudencia en droit privé*, Lyon, 1985; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Marcos de Jesús, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, San José de Costa Rica, 1982; CARDOZO, Benjamin, *La naturaleza de la función judicial*, Buenos Aires, 1955; FERNÁNDEZ, Alberto, *La función creadora del juez*, Buenos Aires, 1970; RECASENS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, 2ª ed., México, 1973; VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Joaquín Costa y el tema de la jurisprudencia en el Congreso Jurídico de Barcelona", *ADC* 1988-969; ZENATI, Frédéric, *La jurisprudencia*, París, 1991; varios autores: "La jurisprudence aujourd'hui", *RTDC* 1992-337; varios autores: "D'autres propos sur la jurisprudence", *RTDC* 1993-87; ANTONIOLLI DEFLORIAN, Luisa, "Il precedente giudiziario come fonte del

que con la incorporación de plebeyos al pontificado, surgieron en Roma los “prudentes” que hicieron profesión de la enseñanza del Derecho. Aparte de la docencia, estos prudentes asistían a sus clientes en sus disputas judiciales, evacuaban consultas y actuaban de consejeros de los pretores (v. *supra*, n° 9). Eran los videntes del Derecho. De aquí la voz “jurisprudencia” que deriva de “ius” y de “providencia”, contracción de pro y de *video*, ver con anticipación; de este sentido de visión o previsión del Derecho se ha producido la derivación del concepto de jurisprudencia, ciencia del Derecho, y en este sentido se habla de academia de jurisprudencia, estudios de jurisprudencia, revista de jurisprudencia.

En un sentido estricto la jurisprudencia alude a las decisiones emanadas de los tribunales que sientan doctrina al decidir las cuestiones sometidas a ellos. Es este último sentido el que nos ocupa y el que genera el debate de si constituye o no una verdadera fuente del Derecho.

124. ANTECEDENTES

Hemos visto cómo el derecho honorario o pretoriano constituyó una fuente formal del Derecho Romano, y cómo su decaimiento se produce con el absolutismo del Imperio, pese a lo cual cabe reconocerle naturalmente un importantísimo papel en la formación de las instituciones jurídicas romanas (v. *supra*, n° 8).

Durante la Edad Media se produce un declinamiento de la función judicial, que se acentúa aún más con el absolutismo: el soberano no aceptaba que las leyes pudieran ser interpretadas y ello daba a la función judicial un mecanismo absoluto.

La Revolución Francesa no mejora las cosas, ya que en gran medida el Parlamento sustituye al príncipe en la interpretación de la ley y los tribunales siguen estando restringidos en su capacidad interpretadora.

Recién cuando avanza la labor codificadora europea y se asienta el sistema político, fundado en la trilogía de poderes, es que el poder judicial comienza a ejercer plenamente sus funciones y se vislumbran sus posibilidades de constituir una fuente del Derecho a través de sus decisiones.

125. IMPORTANCIA ACTUAL

Más allá de la discusión doctrinaria acerca de si la jurisprudencia constituye o no una verdadera fuente del Derecho, lo cierto es que ningún litigante dejar de citar los precedentes judiciales que conoce sobre el tema en debate.

Diritto: l'esperienza inglese”, *RDC* 1993-parte I-133; VISINTINI, Giovanna, “Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza”, *RDC* 1995-parte I-193.

Ese conocimiento de las sentencias judiciales o jurisprudencia es indispensable para el ejercicio profesional, y para el correcto enfoque de cualquier litigio o proceso. Por lo demás, es también fundamental para la labor doctrinaria, pues se daría una visión muy parcial o abstracta del Derecho si no se conociese la aplicación que los tribunales hacen de las normas jurídicas.

Ello se debe, básicamente, a que los tribunales tienden a respetar las decisiones anteriormente vertidas sobre la cuestión de derecho. Esto sucede por diversas razones; por un lado porque los jueces se pueden considerar solidarios con la doctrina jurídica de sus predecesores; porque los jueces tienen conciencia de una continuidad necesaria del Derecho y modificar en cada caso particular la aplicación de interpretación de las normas sería crear el desorden. Ripert y Boulanger dicen que el concepto de la permanencia de las reglas modela la psicología del juez y le da el culto del precedente, amén de que ello facilita su trabajo.

126. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO

a) Opiniones negativas:

Una gran corriente doctrinaria persiste en negar que la jurisprudencia constituya una fuente del Derecho; por ejemplo García Amigo dice que la jurisprudencia fija el sentido de la norma, salva contradicciones posibles del legislador y que es la mejor fuente del conocimiento del derecho positivo, pero no tiene aptitud para crear normas jurídicas y su función es distinta de la legislativa.

Albaladejo por su lado, sostiene que ni aun en los casos de laguna legislativa la jurisprudencia constituye fuente del Derecho, ya que las lagunas aparentemente dejadas por la ley y la costumbre se llenan con los principios generales y, si todavía así hubiera una aparente laguna llenada por la jurisprudencia, no es regulación suya sino una de dos; por regulación de los principios generales, de los cuales la jurisprudencia se limita (aplicándolos) a establecer qué regulación concreta se desprende de ellos, que son abstractos o generales, para el caso singular; o son regulación de la ley o de la costumbre, pues realmente el caso no estaba huérfano de regulación, sino que lo estaba sólo aparentemente, y así resulta que la aparente regulación establecida por la jurisprudencia no es sino la fijación del verdadero sentido que dichas normas legales o consuetudinarias encierran.

Un autor alemán de indudable trascendencia como es Enneccerus, dice que la sentencia sólo establece derecho subjetivo, no creando derecho objetivo obligatorio; por lo tanto, dice, la jurisprudencia sólo es fuente del Derecho cuando se transforma en Derecho consuetudinario (v. *supra*, n° 104).

También en Francia, Carbonnier la ha considerado un mero criterio de autoridad carente de poder normativo.

b) Opiniones positivas:

Sin embargo esta tesis no es totalmente uniforme, pues muchos autores, especialmente franceses modernos, sostienen la tesis de que la jurisprudencia constituye una fuente del Derecho; inclusive los hermanos Mazeaud dicen que la discusión es puramente teórica y desprovista de interés, pues en los hechos la jurisprudencia constituye, sin lugar a dudas, una fuente del Derecho.

Marty y Raynaud dicen que la jurisprudencia crea Derecho:

— cuando la ley es demasiado lata, y los jueces precisan los conceptos en su aplicación; por ejemplo, cuando dicen que conducir un auto de determinada manera es una conducta culpable;

— cuando completan una ley insuficiente o rejuvenecen una ley antigua o envejecida;

— cuando resuelven casos no previstos por la ley, a lo cual no pueden negarse.

En sentido semejante, Gesthin y Goubeaux dicen que la jurisprudencia es creadora de Derecho, pues en la interpretación de la ley es donde el juez encuentra la ley aplicable; esta interpretación es necesaria cuando la ley es contradictoria u oscura; y generalmente también es indispensable cuando ella es clara, pues es difícil que una especie pueda ser resuelta por la aplicación de una norma completa y precisa. Aparentemente, *a priori*, la interpretación nada agrega, pero en los hechos el juez debe elegir entre dos o más interpretaciones sugeridas por las partes o por la doctrina, y en ello ya aparece un poder creador.

Y, a veces, la interpretación introduce entre la ley y la regla finalmente aplicada tales discordancias, que ella tiende a adquirir una existencia distinta, independiente; aquí la interpretación se distingue difícilmente de una creación pura y simple.

En consecuencia la creación tiene tres aspectos:

— el juez precisa y completa la ley;

— el juez elimina las antinomias, cuando existen en la misma ley;

— el juez adapta el Derecho a la evolución de los hechos.

c) La cuestión en otros ámbitos ⁵¹

En la filosofía del Derecho contemporánea la cuestión del valor de la jurisprudencia tiene una importancia decisiva, y se vincula con el poder político que se reconoce a los jueces —o no— para crear normas jurídicas.

⁵¹ Bibliografía especial: DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, 1989; CALSAMIGLIA, A., *Ensayo sobre Dworkin*, insertado como prefacio en la obra anteriormente citada; KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, con un estudio previo de César Rodríguez, Bogotá, 1999; HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, 1963.

El realismo jurídico defendido por corrientes antiformalistas sostiene que las decisiones del juez son fruto de sus preferencias personales y de su conciencia subjetiva; el juez primero decide y luego justifica su decisión mediante normas; o, en fin, elige en cada caso el método de interpretación que conduce al resultado satisfactorio⁵². El juez tiene por lo tanto poder político y en realidad no está subordinado a la ley. Este modelo justifica el apartamiento de la ley⁵³. Ésta es en alguna medida la orientación de Duncan Kennedy.

El modelo positivista en la versión de Hart es el de la discreción⁵⁴ judicial. Este distinguido filósofo del derecho sostiene que debido a que la vaguedad es una característica del lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales, los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más adecuada; en estas circunstancias excepcionales, el juez no está aplicando el derecho, sino creándolo para el caso concreto⁵⁵.

Dworkin elabora el modelo de la *respuesta correcta*. Conforme a este modelo, el juez siempre encuentra una respuesta correcta en el derecho preestablecido; en los casos difíciles los jueces no basan sus decisiones en objetivos sociales ni en directrices políticas (que definen los otros poderes). Los casos difíciles se resuelven sobre la base de principios que fundamentan derechos. De este modo la función del Poder Judicial no es crear derechos sino garantizar derechos preestablecidos, lo que resulta congruente con la separación de poderes y el sometimiento del juez a la ley. El juez no tiene poder político, su función es garantizar derechos individuales y no señalar los objetivos sociales. Su función es distinta a la de los otros poderes. Al no crear derechos el juez, sino garantizarlos, no crea normas que además serían retroactivas⁵⁶.

Por otra parte, y como lo hemos señalado en el número 122 bis, la sentencia judicial debe ajustarse al sistema de fuentes, pues de otro modo ella es inválida. O sea que el sistema de fuentes opera como una restricción a la decisión judicial. El juez debe encontrar la solución en la ley, en las leyes análogas, en la costumbre o en los principios generales aplicados de acuerdo con las circunstancias del caso.

⁵² ENGISCH, citado por VIGO, *op. cit.*, n° 8, pág. 38/39.

⁵³ Síntesis que hace CALSAMIGLIA, A., *Ensayo sobre Dworkin*, prefacio a DWORKIN, Roland, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, 1989, pág. 20.

⁵⁴ Discreción judicial es la expresión que usa Carrió para traducir *judicial discretion*; otros autores prefieren *discrecionalidad judicial*, en tanto con ello se significa *libre, no reglado*: así, RODRÍGUEZ, César, estudio preliminar en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, 1997, nota 49, en pág. 34.

⁵⁵ Síntesis que hace RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 34.

⁵⁶ V. CALSAMIGLIA, *op. cit.*

d) *La cuestión en el Derecho nacional:*

Si por fuente material entendemos exclusivamente una fuente de conocimiento del Derecho, carente de autoridad, de obligatoriedad nacida del ordenamiento positivo, que contribuye a fijar el contenido de la norma a su conocimiento y a su más certera aplicación, no puede caber duda alguna de que la jurisprudencia es una fuente material.

Como decíamos recién, nadie puede decir que conoce el Derecho de un país del sistema occidental, hoy en día, si no conoce la jurisprudencia que aplica los códigos.

El tema es más complejo si tratamos de determinar si la jurisprudencia es una fuente formal del Derecho, esto es productora de verdaderas normas de derecho objetivo.

En nuestro país la jurisprudencia puede considerarse fuente formal, en cuanto ciertos pronunciamientos resultan obligatorios para los tribunales que los dictan y para los jueces inferiores que de ellos dependen. Estas sentencias obligatorias emanan básicamente de dos fuentes: las sentencias dictadas por las cámaras de apelaciones en virtud de los denominados fallos plenarios; y las sentencias dictadas por la Corte Suprema nacional, sobre cuya obligatoriedad nos extenderemos más adelante. Estos pronunciamientos, justamente por su carácter obligatorio, constituyen verdaderas normas generales de derecho objetivo.

e) *El rol de la jurisprudencia en nuestro país:*

Más allá de los debates teóricos sobre si la jurisprudencia constituye o no fuente del Derecho, es preciso subrayar que ella ha tenido, y sigue teniendo, un rol preponderante en la interpretación del Derecho vigente, desarrollando una tarea de modernización de la ley y de adecuación a las nuevas realidades sociales, económicas, culturales y políticas del país.

Basta para ello recordar que durante la primera mitad del siglo, la jurisprudencia nacional desempeñó un papel activo en la morigeración del principio de la autonomía de la voluntad, al acoger pretorianamente doctrinas como el abuso del derecho y la lesión subjetiva (v. *infra*, n^o 289), pese a los textos del artículo 1071 y de la nota al artículo 943.

Asimismo la jurisprudencia modificó sensiblemente el régimen de la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 43), llegando a decir Borja que ese precepto había sido derogado por los tribunales.

Ejemplos como éstos pueden multiplicarse, pero quizás el más significativo sea el de la jurisprudencia posterior a 1975 que como consecuencia de las crisis económicas recurrentes, reflejadas en procesos inflacionarios persistentes y con picos agudos, abandonó el principio nominalista para así adoptar el valorismo o realismo monetario; de ello se derivaron innumerables consecuencias que, en general, fueron también resueltas por obra de los tribunales.

Determinar si estos casos han sido obra de una pura interpretación de la ley vigente (jurisprudencia *secundum legem*), una obra creativa

destinada a llenar espacios no reglados por la ley (jurisprudencia *praeter legem*), o una verdadera creación contra la ley (jurisprudencia *contra legem*), depende del punto de vista metodológico en que se coloque el estudioso que analiza el fenómeno (Boehmer).

Pero cualquiera sea la conclusión que se adopte en el plano de la teoría, lo cierto es que no puede negarse el papel destacadísimo que tiene la jurisprudencia en la permanente actualización del Derecho.

127. ELEMENTOS DE LA JURISPRUDENCIA

No cualquier pronunciamiento judicial constituye verdaderamente jurisprudencia; ni cualquier parte de la sentencia es relevante como antecedente judicial.

Por regla general la jurisprudencia está vinculada a la repetición de los pronunciamientos de los tribunales en sentido uniforme, sobre una cuestión de Derecho, y esos pronunciamientos deben emanar de tribunales de cierta jerarquía.

Normalmente un solo pronunciamiento no hace jurisprudencia, sino que constituye un precedente o antecedente pero que no tiene otro valor que el de tal; en cambio la reiteración en el tiempo en distintos pronunciamientos de la misma solución sobre un tema de Derecho sí puede considerarse que constituye el criterio de la jurisprudencia.

En punto a la jerarquía, el pronunciamiento de cualquier tribunal no es suficiente para constituir jurisprudencia. Por lo general en nuestro país tienen relevancia los pronunciamientos de las Cámaras Nacionales de Apelación, de las Cortes Superiores de Provincia y de la Corte Suprema nacional.

Por otro lado debe tenerse en cuenta que la sentencia normalmente se estructura con los resultandos que describen los hechos de la litis; los considerandos o motivos del juez o tribunal, serie de proposiciones jurídicas que han decidido al juez a sentenciar un sentido y no en otro, con vistas a la decisión que pone fin a la contienda; y la parte dispositiva o fallo, en la cual el juez ordena el cumplimiento de lo por él decidido. Naturalmente la parte importante son los motivos o considerandos que permiten al juez dar a conocer su manera de interpretar la norma jurídica, o de construir —al margen de la misma— el Derecho que acaso esté llamado a convertirse en jurisprudencia. Estos motivos son los que pueden convertirse en jurisprudencia justamente porque son abstractos y generalizables, de modo que tienen los elementos de la norma de derecho objetivo.

128. MÉTODOS DE UNIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ⁵⁷

Vinculado al tema de la fuerza obligatoria de la sentencia se encuentra el de los métodos de unificación de la jurisprudencia.

⁵⁷ Bibliografía especial: AYARRAGARAY, C., *Sentencias obligatorias*, Buenos Aires, 1950;

En la época actual los tribunales son múltiples, y su actividad se halla distribuida en la Corte Suprema nacional, las Cortes provinciales, las Cámaras, divididas en salas, y jueces de primera instancia. Esto da lugar naturalmente a la posibilidad de pronunciamientos contradictorios en cuestiones semejantes, lo cual conduce a la inseguridad jurídica e incluso a una suerte de injusticia, derivada de que un pleito pueda ser resuelto de una manera o de otra, según cuál sea la sala del tribunal que le toque resolver la cuestión.

De allí que es una preocupación ya antigua la de encontrar mecanismos que sirvan para la unificación de la jurisprudencia, unificación que, por otro lado, sólo se logra cuando los pronunciamientos, dictados sobre determinada materia, resulten, en cuanto a su doctrina jurídica, obligatorios para el mismo tribunal que los dicta o para los tribunales inferiores.

a) El recurso extraordinario ⁵⁸:

En nuestro país la Corte Suprema nacional tiene competencia originaria, en virtud de lo dispuesto en los artículos 100 y 101 de la Constitución Nacional, y competencia derivada en cuanto puede entender en las cuestiones resueltas por tribunales inferiores, cuando llegan a ella por vía del recurso extraordinario organizado por el artículo 14 de la ley 48.

De acuerdo con la estructura del recurso extraordinario, la Corte interviene en las denominadas cuestiones federales, es decir cuando está en juego la inteligencia de la Constitución Nacional o la interpretación de una ley federal.

La Corte Suprema ha ampliado considerablemente el marco del recurso extraordinario, para admitirlo en los supuestos de sentencia arbitraria, esto es la fundada en la sola voluntad de los jueces y con apartamiento notorio del derecho positivo vigente, en los casos denominados de gravedad institucional, etcétera.

En estricto Derecho los pronunciamientos de la Corte Suprema nacional, en punto a su doctrina, no son obligatorios para los tribunales inferiores.

Sin embargo la notable autoridad moral de la Corte Suprema nacional, así como la certeza de que los pronunciamientos contrarios al criterio de la Corte, han de ser modificados por ésta, conducen en general a los tribunales inferiores a adecuar sus criterios a los de la Corte nacional.

FERREIRA RUBIO, Delia M. - ALFERILLO, Pascual, *Estudios de Derecho civil en homenaje a Luis Moisset de Espanés*, Buenos Aires, 1980, pág. 585; GOZAINI, Oscar Alfredo, "Alcance y vigencia de los fallos plenarios", *E.D.* 121-849; BIDART CAMPOS, Germán J., "Jurisprudencia de la Corte vs. jurisprudencia plenaria de la Cámara Civil", *E.D.* 125-648; VITOLO, Alfredo, "Los fallos plenarios y la ley. Su aplicación retroactiva y el principio de separación de poderes", *L.L.* 1988-E-100.

⁵⁸ Bibliografía especial: NAVARRO, Marcelo Julio, "Actualidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del acatamiento de su propia doctrina", *L.L.* 15/5/1997.

Por otro lado, la Corte Suprema sostiene, desde hace muchos años, que “no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas”⁵⁹. De esa doctrina, y de la de otros pronunciamientos⁶⁰, emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia.

De allí que, según el criterio de la Corte, la sentencia que se aparta sin dar nuevos argumentos, constituye una típica sentencia arbitraria y por lo tanto susceptible de ser anulada por la Corte Suprema nacional. Aun cuando se trate de una sentencia plenaria de una Cámara nacional⁶¹.

b) Los fallos plenarios:

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación organiza el denominado recurso de inaplicabilidad de ley, que puede ser interpuesto por ante la Cámara de Apelaciones que dicta sentencia definitiva en un proceso judicial, cuando la doctrina que emana del fallo es contradictoria con la doctrina sentada en un caso semejante por otra Sala del mismo tribunal, con tal de que este precedente no tenga más de diez años de antigüedad y haya sido invocado por las partes antes de la interposición del recurso de inaplicabilidad de ley.

Declarado admisible el recurso, es resuelto por la Cámara en pleno, es decir, por todos los jueces que integran ese tribunal; el tribunal plenario establece entonces la doctrina aplicable a la cuestión de Derecho debatida. Debe destacarse que el tribunal plenario nunca resuelve sobre cuestiones de hecho, ni dicta sentencia sobre el fondo del asunto, pues en el caso de que su criterio sea en definitiva distinto del de la sentencia recurrida, se limitará a enviar el expediente a la Sala siguiente para que ésta dicte un pronunciamiento acorde con la doctrina sentada en el plenario.

La importancia de estos fallos plenarios es que son obligatorios, en punto a la doctrina de Derecho establecida, para los jueces de primera instancia que dependen de la Cámara que lo dictó, y para todas las Salas que integran esa Cámara.

Ha sido cuestionada por gran parte de la doctrina la constitucionalidad de los plenarios, pues en alguna medida implica un verdadero acto legislativo.

⁵⁹ CSN, 23/6/191883, *Fallos* 25-370.

⁶⁰ CSN, 6/10/1948, *Fallos* 212-51.

⁶¹ V. el conflicto operado con relación a la prescripción del crédito por tasas de Obras Sanitarias de la Nación: CNApel. Civ., en pleno, 30/3/1983, E.D. 103-553; CSN 2/4/1985, J.A. 1985-II-247; CNApel. Civ., Sala M, 6/7/1989, J.A. 13/6/1990.

Pero lo cierto es que, más allá de las críticas que se le hacen, el sistema permite brindar una notable seguridad a los litigantes.

Algunas provincias tienen también previstos mecanismos procesales para llegar a sentencias plenarias, sea a nivel de Cámara como de Corte provincial.

c) El recurso de casación ⁶²:

Este recurso es también un medio de uniformar la jurisprudencia, por vía de un tribunal especial, o a veces directamente por el tribunal supremo (como sucede en España).

El método más conocido de la *casación* es el francés; por ese recurso se impugnan las sentencias de los tribunales de apelación, de los jueces de paz o tribunales de primera instancia que hayan sido dictadas con carácter definitivo.

En principio, en Francia este recurso procede contra la sentencia dictada en violación de la ley, pues la idea originaria de la creación del tribunal de casación fue imponer a los jueces el acatamiento a la ley; pero el mismo tribunal ha agregado a esa causal la "insuficiencia de motivos" y la "ausencia de fundamento legal", que resultan aplicables cuando las consideraciones aducidas por los juzgadores son tan elementales e incompletas que no permiten comprobar si la resolución es ajustada a Derecho. El tribunal de casación se limita a decidir si la sentencia que viene recurrida es o no ajustada al Derecho aplicable, y en caso de que no lo sea remite el expediente a otro tribunal para que dicte nueva sentencia. El nuevo tribunal interviniente tiene libertad para resolver según su propio criterio; y si lo hace en contra de la tesis del tribunal de casación el expediente vuelve a éste que lo trata entonces en pleno (Asamblea Plenaria); si la asamblea plenaria que resuelve de acuerdo con el criterio originario del tribunal de casación, vuelve a remitir el expediente a otro tribunal, que ahora sí está obligado a seguir el criterio de la Corte de Casación.

De este modo, el tribunal de casación en Francia lleva a cabo una función reguladora de la jurisprudencia a través de esta prerrogativa de imponer su criterio, con lo que en definitiva consigue la perdurabilidad de sus puntos de vista (Carbonnier).

En otros países el sistema es más simple; por ejemplo en Alemania el tribunal dicta derechamente sentencia.

Pero si cabe destacar que en todos ellos el tribunal de casación tiene exclusivamente competencia en la materia de Derecho, descartándose su aplicación en lo que sea cuestiones de hecho o meramente procesales.

Puede recordarse que la Constitución de 1949 atribuyó a la Corte Suprema el carácter de tribunal de casación para la interpretación de los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería.

⁶² Bibliografía especial: HITTERS, Juan Carlos, "Breve reseña histórica de la casación francesa", *E.D.* 99-693; MORELLO, Augusto M., "La nueva casación española", *E.D.* 120-731.

XI. DOCTRINA

129. *CONCEPTO*

La doctrina está constituida por la obras de los juristas expresada a través de los libros, de los artículos, los comentarios a las sentencias judiciales, las críticas de la legislación.

130. *ANTECEDENTES**a) Nacimiento y desarrollo:*

En su momento vimos la importancia que tuvo la doctrina del Derecho Romano, llegándose a la creación de una gran corriente doctrinaria en la que tuvieron importancia numerosos autores como Ulpiano, Gayo, Papiniano, cuyas obras resultaban de mayor trascendencia que otras para la resolución de los litigios; aunque con posterioridad Justiniano prohibiera el comentario de su obra para evitar su distorsión.

En el medioevo la doctrina tuvo importancia particularmente en Francia, y dentro de ella en los países de derecho consuetudinario, porque muchas veces el juez tenía que encontrar solución a los casos en las obras de doctrina. De allí que expliquen Colin y Capitant, que algunas obras del siglo XIII tenían un valor casi oficial. Y aun después de la redacción de las costumbres, las obras de la doctrina siguieron teniendo trascendencia, pues aquéllas no regulaban ciertos temas, y en otros eran concisas, oscuras y caóticas. Por lo demás, las obras de doctrina no se limitaban a glosar las costumbres, sino que hacían sabia crítica de ellas, por lo que incluso llevaron a una segunda redacción de las costumbres.

Después de la sanción del Código Civil francés de 1804, se asistió al nacimiento de la escuela de los intérpretes o escuela de la exégesis, que tuvo una labor fecunda de interpretación del Código Civil, aunque quizás demasiado apegada al texto.

b) Su importancia:

Hoy la doctrina tiene también un gran desarrollo, tanto desde el punto de vista de la interpretación de los textos vigentes cuanto en la formulación de propuestas para su mejoramiento. Por otra parte la obra de la doctrina se realiza actualmente no sólo a través del libro, sino también por los comentarios de jurisprudencia o de legislación que aparecen en revistas especializadas; y muchas instituciones de juristas realizan una fecunda labor en este campo, como el Colegio de Abogados, la Federación Argentina de Colegios de Abogados, la Asociación de Abogados de Buenos Aires, la Asociación de Magistrados, etcétera, y permanentemente se realizan en todo el país jornadas, congresos y simposios destinados al debate entre los más importantes profesores del país.

c) *La doctrina argentina:*

Las letras jurídicas argentinas han tenido un extraordinario desarrollo, y en el ámbito del Derecho civil se han producido obras de gran significación.

Los primeros comentaristas del Código fueron Lisandro Segovia, Olegario Machado y Baldomero Llerena. De ellos merece especial mención Lisandro Segovia, pues su actividad jurídica se desplegó también en el derecho comercial, internacional privado, procesal, y ha dejado obras de enorme valía.

En un segundo período dominaron las obras de Raymundo J. Salvat y Héctor Lafaille, quienes con estilos distintos dieron a luz obras generales de enorme calidad. El *Tratado* de Salvat fue actualizado por autores importantes, como López Olaciregui en la *Parte General*, Galli en *Obligaciones*, Acuña Anzorena en *Contratos* y Argañarás en *Derechos Reales*.

Alberto G. Spota produjo una muy extensa obra de *Derecho civil*, que comprende once tomos de la *Parte General*, y luego ha publicado varios volúmenes de *Derecho de familia y Contratos*.

Otros muchos prefirieron las obras dedicadas a temas específicos y monográficas. En los últimos cuarenta años se han destacado en esta tarea —entre otros muchos— Alberto D. Molinario autor de un monumental *Tratado de los Privilegios* y numerosos otros libros y artículos; Dalmiro Alsina Atienza, quien ha trabajado sobre la buena fe y las acciones posesorias —además de otros temas— con verdadera maestría; Federico N. Videla Escalada que ha trabajado sobre la causa final de los contratos, las sociedades civiles, etcétera, y ha publicado además un importantísimo tratado de *Derecho aeronáutico*. Un poco más aquí en el tiempo, Fernando López de Zavalía se ha destacado nitidamente por su obra de *Contratos*, ahora enriquecida con la aparición de un primer volumen sobre *Derechos reales*; Jorge Mosset Iturraspe sobresale por la abundancia y calidad de su obra, así como por sus opiniones de avanzada, y lo mismo puede decirse de Luis Moisset de Espanés.

En la tratadística tienen un lugar destacado Guillermo A. Borda, único autor cuya obra abarca todas las partes en su *Tratado de Derecho Civil*; y Jorge J. Llambías, que llegó a culminar la *Parte General* y el *Derecho de obligaciones*. También con estilos diferentes, ambos han hecho aportaciones invalorable al desarrollo y modernización de nuestro derecho privado.

En la actualidad existe una generación de autores que parece preferir el trabajo monográfico, como sucede en otros países, y que continúa el trabajo de sus maestros.

131. VALOR DE LA DOCTRINA COMO FUENTE

De todos modos es debatible el valor que como fuente puede tener la doctrina, pudiéndosele sólo reconocer el carácter de fuente material

en el sentido de que contribuye al conocimiento y a la interpretación de las normas vigentes. Pero sin duda no constituye fuente formal en el sentido de creadora del derecho objetivo.

XII. OTRAS POSIBLES FUENTES

132. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Algunos autores sostienen que la autonomía de la voluntad constituye una fuente del Derecho, en la medida en que por vía de los contratos las partes crean normas a las cuales deben ajustarse como si fuese la ley misma (art. 1197) (conforme a este criterio, García Amigo, Cifuentes). Ello ha tenido inclusive recepción en alguna legislación como la compilación navarra, cuya ley segunda dice “...*la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de un tercero, o se oponga a un precepto prohibitivo de esta compilación con sanción de nulidad*”.

En las ediciones anteriores hemos dicho que la autonomía de la voluntad no constituye una fuente de Derecho, pues el pacto o contrato sólo crea derechos subjetivos, pero no derecho objetivo, no genera reglas generales sino meramente individuales.

Sin embargo, la cuestión merece un reexamen. Hemos señalado cómo el proceso de globalización se manifiesta en el ámbito jurídico a través de la circulación de los modelos contractuales. De modo que ellos constituyen la primera fuente de la *lex mercatoria* (v. n.º 58.1) que a su vez regula una gran masa de relaciones jurídicas patrimoniales expandidas internacionalmente.

Al menos debe reconocerse que los modelos contractuales al ser generalmente aceptados en el tráfico, se convierten en usos (v. n.º 105).

133. LA EQUIDAD ⁶³

Siguiendo a Albaladejo podemos decir que la equidad puede tener dos sentidos:

- mitigación del rigor de la ley; aplicándola templada por la *humanitas, pietas o benignitas*;
- adaptación de la ley a las circunstancias del caso concreto, de tal forma que aquélla resulte más justa de lo que resultaría si tal caso se resolviese sin ponderar sus peculiaridades.

⁶³ Bibliografía especial: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La equidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional”, *Anales de la Academia de Derecho de Córdoba*, t. XXX, vol. 2, págs. 435 y sigs.

De modo que la equidad hace a la aplicación de las leyes, pero no a la integración del ordenamiento (conf. Marty y Raynaud).

Debe reconocerse sin embargo, que en algunos casos la ley remite la solución a la equidad, a lo que resulte equitativo o a lo que el juez resuelve equitativamente. Así entre nosotros el artículo 1071 bis impone al violador del derecho de intimidad el pagar una indemnización *que fijará equitativamente el juez*; por otro lado el artículo 1069, segundo párrafo dice que los jueces al fijar las indemnizaciones por daños podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándolas si fuere equitativo; y el artículo 907, segundo párrafo establece que los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundándose en razones de equidad.

Albadalejo explica estas situaciones de la siguiente manera: la ley remite al principio general que inspira el precepto concreto, para que aplicándose aquél y no éste, el caso quede resuelto, a tenor de sus peculiares circunstancias, de la forma que inspirándose en tal principio, habría sido resuelto por un precepto específico y hubiese tenido exactamente en cuenta todas aquéllas.

En otras palabras, el legislador parte de un principio, pero ante la imposibilidad de, aplicándolo, dictar disposiciones particulares para todos los casos posibles, establece que el juez se atenga a aquel principio para resolver los casos no especial ni individualmente regulados.

Se trata ni más ni menos, de una laguna voluntaria que se deja libre de una regulación legal singular, remitiendo mediante otra disposición legal, a un principio general para llenarla.

134. LAS REGLAS CORPORATIVAS

Son reglas emanadas de las corporaciones, relativas al ejercicio de una profesión, como la que puede dictar el Colegio de Abogados en punto a la ética profesional, o el Colegio Médico sobre el modo de ejercer la profesión.

Algunos autores entienden que la eficacia de esta regla tiene fundamento contractual, habida cuenta de que la afiliación a la corporación es voluntaria.

Otros observaron, que cuando el Estado acuerda la sanción de la fuerza pública para hacer observar esa regla a todo el que forma parte de la agrupación, la regla corporativa se transforma en una regla jurídica.

Si la afiliación a la corporación es obligatoria, con mayor razón la regla corporativa constituye una norma jurídica fuente del Derecho. Así, la regla corporativa constituiría en primer lugar fuente del derecho regulador de las actividades profesionales, control de la matrícula, ética profesional, disciplina.

Y puede en definitiva constituir fuente del Derecho civil, aunque más no fuere mediatamente; verbigracia la infracción a una norma del Código de ética o de los deberes de diligencia profesional previstos expre-

samente por una regla corporativa, pueden constituir ilicitud en los términos del artículo 1066 y puede por ende fundar una responsabilidad atribuida al profesional que la ha vulnerado.

Dentro de las reglas de este tipo pueden incluirse a los denominados convenios colectivos de trabajo, que son acordados entre asociaciones profesionales de trabajadores y de empleadores para regular las condiciones en que se desarrolla el trabajo en una determinada actividad.

La eficacia normativa del convenio colectivo de trabajo deriva de la ley, que delega la reglamentación uniforme del trabajo por actividad a las asociaciones profesionales.

135. LAS REGLAS TRADICIONALES O DE LA EXPERIENCIA

Hay un cierto número de aforismos, algunos de los cuales provienen del Derecho Romano, o quizás más precisamente de los glosadores, o de juristas posteriores, que condensaron en algunas frases verdaderos principios de Derecho, como "no hay responsabilidad sin culpa", "la posesión vale título", etcétera. Obviamente no son fuente de Derecho; generalmente no hacen más que expresar de una manera ingeniosa y fácil de memorizar, ciertos principios generales que pueden valer como fuentes en tanto y en cuanto sean verdaderos principios generales.

135.1. EL DERECHO COMPARADO

a) *Noción* ⁶⁴.

La expresión derecho comparado puede llamar a engaño en cuanto al contenido y la finalidad de lo que no es sino un método de investigación ⁶⁵ en el ámbito de la ciencia jurídica ⁶⁶. En efecto, el derecho comparado es la comparación científica de sistemas jurídicos vigentes distintos o de un aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales respectivos ⁶⁷.

⁶⁴ Bibliografía especial: PIZZORUSSO, Alessandro, *Curso de derecho comparado*, trad. de Juan Bignozzi, Barcelona, 1987; RODIRE, René, *Introduction au droit comparé*, París, 1979; AYASTA GONZÁLEZ, Julio, *El derecho comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos*, Lima, 1991; CASAL, Patricia Marcela, *Sistemas legales contemporáneos*, Buenos Aires, 1996; DE SOLÁ CAÑAZARES, Felipe, *Iniciación al derecho comparado*, Barcelona, 1954, pág. 98; DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Pedro Bravo Gala, Madrid, 1967; DAVID, René, *Tratado de Derecho civil comparado*, trad. Javier Osset, Madrid, 1953.

⁶⁵ Una línea de pensamiento considera que el derecho comparado es una ciencia: entre nosotros RAMAYO, Raúl A., "Contenido y naturaleza del objeto de la llamada ciencia del derecho comparado (a propósito de la concepción de Werner Goldschmidt)", *E.D.*, 132-365.

⁶⁶ DAVID, René, *Tratado de Derecho civil comparado*, trad. Javier Osset, Madrid, 1953, págs. 3 y sigs.

⁶⁷ DE SOLÁ CAÑAZARES, Felipe, *Iniciación al derecho comparado*, Barcelona, 1954, pág. 98.

Cuando se investiga alguna institución del derecho nacional, el interés de la aplicación del método comparatista reside en que nos sirve para conocer mejor, comprender y profundizar el derecho propio. Del mismo modo, permite un planteamiento más correcto de ciertos problemas y una comprensión del carácter inadecuado o anticuado de algunas soluciones de nuestro derecho ⁶⁸.

b) Utilidad

El derecho comparado es de gran utilidad para el mejoramiento de la legislación, para la actividad doctrinaria y para la enseñanza del derecho.

En el primer plano no cabe sino destacar que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas han utilizado el derecho comparado para su gestación. Así, nuestro Código Civil es un ejemplo de legislación inspirada en los modelos europeos de la época, principalmente el Código Napoleón, el Esbozo de Freitas, el Código de Chile, etc. (v. infla n° 223); pero también la legislación contemporánea se inspira —o al menos toma en consideración— las soluciones que provienen de otros países.

En el ámbito de la doctrina es inexorable el conocimiento de lo que sucede en otros ámbitos nacionales, Nuestra doctrina ha estado muy orientada hacia los países europeos y por ello ha estado siempre atenta a los avances legislativos franceses e italianos en el ámbito del derecho privado, y por supuesto a la doctrina de esos países. En los últimos años también se observa y estudia el derecho de los Estados Unidos, y no sólo en el plano del derecho constitucional, sino también en materia de contratos, sociedades, quiebras, fideicomiso, etcétera.

c) *El derecho comparado como fuente de derecho. El argumento de derecho extranjero en las sentencias judiciales* ⁶⁹

Es manifiesto que el derecho comparado, en cuanto puro método de investigación, no puede constituir fuente de derechos.

Sin embargo es muy común que las sentencias judiciales y los escritos de las partes que se traiga como argumento una norma de derecho extranjero y aun trabajos de doctrina extranjeros. Así, la misma Corte Suprema Argentina suele citar los precedentes de la Corte de los Estados Unidos; algunos verdaderos *leading case* se han inspirado en las soluciones de la Corte americana (por ejemplo, la famosa sentencia en la causa "Avico c/De la Pesa", que trató de la "emergencia" y la posible restricción de derechos económicos en esa circunstancia) y la doctrina de la real ma-

⁶⁸ DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Pedro Bravo Gala, Madrid, 1967, n° 8 y 9.

⁶⁹ CASAL, Patricia Marcela, *Recepción del derecho extranjero como argumento*, Buenos Aires, 1997.

licia se ha inspirado en la formulación que el tribunal americano desarrolló a partir de "New York Times vs. Sullivan".

Ahora bien; la posibilidad de que el juez utilice el argumento de derecho extranjero requiere que ese derecho forme parte del mismo sistema jurídico romano germánico al que pertenecemos, o al menos un sistema jurídico compatible, como puede ser en ciertos casos el *common law*. La norma bajo análisis en el caso argentino debe ser sustancialmente análoga, así como —por supuesto— los hechos del caso si se trata de invocar un precedente judicial.

Justamente la invocación permanente de nuestra Corte de los precedentes americanos, se justifica en la obvia inspiración que nuestra Constitución de 1853/60 tuvo en la Constitución de los Estados Unidos.

Sin embargo ello no es automático y siempre ha de hacerse la comprobación de la identidad de situaciones fácticas y de la analogía entre ambas regulaciones. Ello es lo que no se hizo en una resolución de 1ª Instancia Federal de la Capital que dispuso ordenar a la Corte Suprema eliminar una imagen de la Virgen María sobre la base de precedentes de los Estados Unidos que consideraron que acciones como esa de colocar una Virgen en un lugar público estatal viola la neutralidad del Estado en materia religiosa y la separación entre Iglesia y Estado. Es cierto que tales precedentes existen en Estados Unidos, lo mismo que en Francia, pero en tales países existe una absoluta separación entre Iglesia y Estado (Enmienda I de la Constitución de Estados Unidos; art. 1º de la Constitución de Francia). En nuestra Constitución no existen normas como esa y además el art. 2º establece la obligación para el Estado de sostener el culto católico, regla que más allá de sus posibles alcances e interpretaciones diversas a que ha dado lugar, refleja una base normativa sustancialmente diversa a la de los países mencionados. De allí que las decisiones judiciales adoptadas en Estados Unidos en supuestos fácticos semejantes no son aplicables a nuestro país ⁷⁰.

Por otro lado, a partir de la reforma constitucional argentina de 1994 la cuestión no es tan lineal, pues sobre todo en el ámbito de la organización de los poderes nuestro país ha adoptado instituciones extrañas al sistema constitucional de los Estados Unidos.

De todos modos, la invocación del derecho extranjero sólo puede servir como argumento de autoridad, para dotar de mayor fuerza de convicción a la sentencia. En este sentido, se equipara con el valor de la doctrina.

⁷⁰ V. LEGARRE, Santiago - RIVERA (h), Julio César, "La Virgen del Palacio y la libertad religiosa", *L.L.*, del 26/12/2003, Columna de Opinión.

CAPÍTULO III

APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS ¹

I. APLICACIÓN DE LA LEY

136. CONCEPTO

El Derecho se formula en leyes, normas generales y abstractas; o en normas consuetudinarias, o principios generales, que también revisten los caracteres de generalidad y abstracción.

Cuando se trata de someter las relaciones nacidas entre las personas a las normas jurídicas —leyes, costumbres o principios generales— se está aplicando el Derecho.

Normalmente esa aplicación va a tener como resultado final una sentencia, es decir un mandato particular y concreto, derivado de la aplicación de las normas jurídicas, con efecto en el caso particular.

Esta tarea de aplicar el Derecho impone:

- elegir la norma aplicable;
- atribuir sentido a las normas, tanto a aquella de la cual se extrae el mandato particular como a aquellas cuya aplicación se excluye en el caso concreto (Galgano).

¹ Bibliografía general: AFTALION, Enrique R. - VILLANOVA, José, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1988, cap. 21, págs. 833 y sigs.; BERGEL, Jean Louis, *Théorie Générale du Droit*, París, 1985; "Archives de Philosophie du Droit", *La Loi*, París, 1980; BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. de José Luis de los Mozos, Madrid, 1975; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Teoría de la investigación y aplicación del Derecho*, Madrid, 1947; COLMO, Alfredo, *La Justicia*, Buenos Aires, 1936; DUCCI CLARO, Carlos, *Interpretación jurídica*, 2ª ed., Sgo. de Chile, 1977; DU PASQUIER, Claude, *Introducción al Derecho*, trad. de Julio Ayasta González, 3ª ed., Lima, 1983; FIORE, Pascuale, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, trad. de Enrique Aguilera Paz, 3ª ed., Madrid, 1927; HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2ª ed., Madrid, 1971; LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, 2ª ed., Barcelona, 1980; RECASENS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México, 2ª ed., 1973; REICHEL, Hans, *La ley y la sentencia*, trad. de Emilio Miñana Villagrasa, Madrid, 1921; VERNENGO, Rómulo J., "Conocimiento e interpretación del Derecho", *L.L.* 146-1125; VILLEY, Michel, *Philosophie du Droit - Les moyens du Droit*, 2ª ed., París, 1984; VON SAVIGNY, Federico C., "Los fundamentos de la ciencia jurídica", trad. de Werner Goldschmidt, inserto en *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1949; ZACHARIA, Giuseppe, "L'apporto della ermeneutica alla teoria del Diritto contemporanea", *Riv. Dir. Civ.* 1989-323.

También puede decirse que aplican el Derecho los particulares, y los operadores jurídicos —abogados, notarios, etcétera— cuando concluyen sus relaciones jurídicas bajo la forma de contratos, que crean normas particulares a las cuales las partes deben someterse como la ley misma, o instrumentan sus relaciones jurídicas en documentos públicos, o privados, etcétera. Sin embargo, normalmente la noción de aplicación de la ley, se reduce a la judicial; a ello dedicaremos este capítulo.

137. LA SUBSUNCIÓN COMO MÉTODO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY

a) Origen del término:

Subsumir y subsunción han pasado del lenguaje jurídico alemán al castellano para indicar que la norma se aplica a los hechos del caso; así se habla de que la aplicación del Derecho consiste en una subsunción, o que el caso se subsume en la norma, como si sólo se tratara de confrontar la identidad de unos hechos con los que la norma ha previsto como hipótesis de sus efectos (Puig Brutau).

b) Exposición:

La doctrina de la subsunción tiene su origen en las ideas de Kant, y fue seguida por numerosos autores. Se la expone diciendo que como la norma es una proposición condicional que consta de hipótesis y tesis, la aplicación consiste simplemente en examinar si su hipótesis se realiza en la especie concreta para que, en caso afirmativo, se formule la tesis decisional, en la que la premisa mayor es la ley, la menor el hecho o realización de la vida, y la conclusión la sentencia o fallo.

En síntesis, como decíamos en el apartado a) se trata solamente de ver si los hechos de la realidad, concuerdan con los hechos previstos en la norma como hipótesis, para en tal caso aplicar los efectos que prevé esa norma.

Así, el razonamiento que hace el juez al administrar justicia, asume la forma de un silogismo; establecida la premisa mayor (hipótesis legislativa) y fijada la premisa menor (hecho controvertido), deduce la conclusión, esto es, la sentencia.

c) Crítica:

La tesis de que la aplicación del Derecho se reduce a la formulación de un silogismo está hoy en franco retroceso.

Por empezar es necesario conocer los hechos, tenerlos por probados y descartar los jurídicamente irrelevantes.

Luego se realiza una tarea calificadora de los hechos, de modo de hacerlos entrar en las categorías jurídicas, para aproximarse así a la aplicación de la ley; de modo que hay que saber si los hechos dan lugar

a una venta, a un mandato, a un derecho real de habitación, o constituyen un legado de cosa cierta.

Y en cuanto a la norma aplicable, difícilmente sea un precepto aislado; normalmente se dará el juego de un plexo de normas y de interpretaciones doctrinarias y judiciales, que pueden resultar aplicables al caso.

Así, como decíamos, la tarea de aplicación exige también la previa tarea de exclusión de las normas no ajustadas al supuesto, y la elección de aquellas que sí resultan apropiadas al mismo.

Entonces, la sentencia no es una consecuencia automática derivada de dos premisas lógicas, sino que es el resultado de una valoración compleja de elementos psicológicos, éticos, económicos y jurídicos, que concurren para formar un juicio, articulado en base a un esquema silogístico.

Por lo demás incumbe al juez y al profesional del Derecho individualizarlo, integrarlo con soluciones nuevas, adaptarlo a la vida y rejuvenecerlo (Castán Tobeñas).

138. VINCULACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN

Aplicación e interpretación son actividades íntimamente ligadas, ya que sólo puede ser debidamente aplicado lo que es comprendido en su propia razón de ser.

Sin embargo, debe señalarse que la interpretación es una actividad de conocimiento, referida a la norma aplicable al caso concreto; la aplicación en cambio es una actividad dirigida a determinar los efectos y consecuencias jurídicas que produce la norma que corresponde (Puig Brutau); de allí que la aplicación es un acto de autoridad, un acto de imperio, por el cual el juez "basado en la interpretación previamente efectuada" decide el litigio.

La interpretación precede a la aplicación; expone las razones; la aplicación convierte las razones en decisión (López Olaciregui).

139. APLICACIÓN DEL DERECHO EN EL DERECHO ARGENTINO ²

Los hechos son dados por las partes y a ellas incumbe probarlos. En esta materia el juez se limita, generalmente a la mera comprobación del cumplimiento de las formas procesales. Rige pues el principio dispositivo.

² Bibliografía especial: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., "El principio *iura novit curia* autoriza a modificar la calificación de la acción pero no a cambiarla por otra", *E.D.* 114-353; IZQUIERDO, Florentino V., "El principio *iura novit curia* en las Cortes o tribunales superiores", *L.L.* 1986-B-866; MORELLO, Augusto M., "Notable avance en los poderes-deberes de los jueces en el ámbito de la prueba", *E.D.* 94-891.

Sin embargo, las leyes procesales van incluyendo atribuciones en favor de los jueces para alcanzar el esclarecimiento de los hechos. Así, el Código Procesal autoriza a los jueces para que apliquen de oficio todas las medidas que ellos estimen necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos respetando el derecho de defensa de las partes (art. 36, inc. 2º).

En cambio el Derecho es aplicado oficiosamente por el juez. Rige el principio *narra mihi factus dabo tibi ius* del que deriva la regla *iura curia novit* que autoriza al juez a seleccionar las normas jurídicas aplicables a los hechos ventilados en el proceso, que le permite incluso calificar jurídicamente a las relaciones jurídicas con independencia de la calificación que le hubieran dado las partes; así, puede calificar como venta lo que las partes llaman permuta, o cuenta simple lo que las partes denominan cuenta corriente.

Y aun puede calificar la acción deducida, si ello fue erróneamente hecho por la parte. Así, puede definir como acción de simulación lo que la parte creyó ser una acción revocatoria; y por ende, el juez debe aplicar las reglas de la acción de simulación.

Pero el juez no puede cambiar la acción deducida por otra distinta; así, si se reclamó la restitución de una cosa a título de locador no puede ordenarse la restitución a título de dueño.

140. PRUEBA DEL DERECHO

a) Regla general:

El Derecho se presume conocido por el juez, como por cualquier otro ciudadano, por lo que no corresponde probar la existencia de una norma jurídica aplicable para la resolución del proceso.

Ello puede reconocer sin embargo dos excepciones.

b) El derecho consuetudinario:

Ya hemos tratado el tema de la prueba de la costumbre (v. *supra*, nº 110); recordamos entonces que la conclusión generalmente aceptada es que el juez puede requerir la prueba de ella, y la parte adelantarse a suministrarla.

c) Derecho extranjero ³:

Según el artículo 13: "*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*

³ Bibliografía especial: FENOCHIETTO, Carlos E., "El Derecho extranacional en el proceso", L.L. 1979-C-1115; GATTARI, Carlos N., "La ley extranjera como hecho notorio", E.D. 36-913; GOLDSCHMIDT, Werner, "El Derecho extranjero en el proceso", E.D. 115-802.

leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial."

El artículo 377, tercer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por su lado establece que si la ley extranjera invocada por algunas de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia y aplicarla a la relación jurídica materia de litigio.

Es obligatoria en cambio la aplicación del Derecho extranjero cuando las normas de conflicto remitan a ellas, como sucede por ejemplo en el Tratado celebrado con la República Oriental del Uruguay sobre aplicación e información del Derecho extranjero, ratificado por la ley 22.411, cuyo artículo 10 establece que los jueces y autoridades de las partes (los Estados de Argentina y Uruguay), cuando así lo determinen sus normas de conflicto, estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece.

En cuanto a los medios de prueba del Derecho extranjero, son admitidos normalmente todos los que reconoce el Código Procesal, dando preferencia a las informaciones emanadas de consulados y representaciones diplomáticas.

El artículo 3º del Convenio Argentino-Uruguayo ya referido establece que a los efectos del conocimiento del Derecho de una parte (uno de los Estados signatarios), aplicable en la otra, sin perjuicio de otros medios de información admitidos por la ley del foro, cada parte por intermedio de su Ministerio de Justicia remitirá directamente a pedido del otro, la información que sea necesaria para lograr la correcta aplicación de las leyes vigentes de su país por los órganos competentes del requirente.

141. NEGATIVA A APLICAR UNA NORMA

El juez no puede negarse a aplicar una norma jurídica, salvo que:

— ella no exista como tal, verbigracia porque no se hayan cumplido adecuadamente los mecanismos constitucionales para su sanción, como sucedió con la ley 20.889 que pretendió incorporar el artículo 32 bis del Código Civil, dándose la circunstancia de que el Senado sancionó un texto, y la Cámara de Diputados votó otro distinto;

— en algunos países, el juez puede negarse a aplicar la norma, por resultar inconstitucional; ya hemos aludido a la polémica que existe sobre la posibilidad de que los jueces argentinos declaren, oficiosamente, la inconstitucionalidad de las leyes (v. *supra*, nº 84).

En principio el juez no puede negarse a aplicar una ley sobre la base de su injusticia (véase el debate que existe en nuestro país sobre la inconstitucionalidad de la ley por injusta) (*supra*, nº 85) ni puede interpretarla de tal modo que implique concluir en la abrogación de la ley; en este último punto la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional tiene establecido desde antiguo que no es admisible una interpretación que equi-

valga a la prescindencia del texto legal, si no media debate y declaración de inconstitucionalidad, pues la exégesis de la norma, aun con el fin de adecuación a los principios y garantías constitucionales, debe practicarse sin violencia de la ley y de su espíritu ⁴.

II. INTERPRETACIÓN DE LA LEY

142. CONCEPTO

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 (Llambías, Lavalle Cobo, De Ruggiero, Messineo, Enneccerus).

143. INTERPRETACIÓN DE LA LEY Y DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Algunos autores consideran que en la norma se interpreta la declaración del legislador; en el negocio, la declaración de los otorgantes. En ambos casos la ley autoriza la indagación o búsqueda del espíritu que encierran esas declaraciones. Por eso, lo dicho para uno vale para lo otro (Albaladejo).

Sin embargo la cuestión no es tan simple, pues como se verá más abajo la búsqueda de la denominada intención del legislador, da lugar a la formación de corrientes de pensamiento claramente diferenciadas, cuando no se prescinde lisa y llanamente de tal intención, para buscar solamente el espíritu de la ley, que se independiza de su autor. En cambio la declaración hecha en el testamento, nunca puede independizarse de la intención del testador.

144. NORMAS A LAS QUE SE APLICA

a) *Quid de la ley clara* ⁵:

Un adagio tradicional afirma: *in claris non fit interpretatio*; es decir que si la ley es clara, de modo que en su letra pueda conocerse la intención del legislador, no hay que interpretarla, sino sujetarse a su texto. Desde Savigny en adelante, toda la doctrina moderna sostiene la falsedad de dicho adagio.

Por empezar es difícil concebir la idea de la ley clara u oscura en abstracto; es que las leyes contienen formulaciones generales que deben llevarse a la aplicación en casos singulares; de allí que la ley siempre se vin-

⁴ CSN, 23/5/1978; *idem*, 26/7/1979; *idem*, 25/10/1979, todos en E.D. 16-554, sum. 36.

⁵ Bibliografía especial: LINARES, Juan Francisco, "Aplicación de la ley clara", L.L. 141-968.

cula con la especie a la cual se ha de aplicar, esto es, con las conductas humanas y los hechos que deben subsumirse en la norma jurídica. Ello basta para teñir la aplicación de la ley con las circunstancias propias de cada caso concreto (Carbonnier) ⁶.

Por otro lado la tarea sencilla de leer el precepto claro y captar su sentido, también es interpretación; es interpretación fácil, pero no por ello deja de serlo, pues cualquier búsqueda, fácil o difícil, del sentido de cualquier precepto, es tarea de interpretación (Albaladejo).

En síntesis el adagio al que nos hemos referido quiere simplemente decir que cuando de las palabras del precepto se deduce de modo indudable la voluntad legislativa, no debe admitirse, so pretexto de interpretar la norma, la indagación de un pensamiento y de una voluntad distintas (De Ruggiero, Puig Peña).

b) La costumbre:

El derecho consuetudinario también debe ser interpretado. Ello así por cuanto, al constituir normas jurídicas aplicables a un caso dado, la interpretación debe preceder a esa aplicación, para determinar cuál norma es aplicable, cuál no, y cuál es su recto sentido.

Por otro lado, generalmente su interpretación es aún más necesaria que la de la ley, a causa de la imprecisión e incertidumbre de las reglas creadas por el uso.

III. CLASES DE INTERPRETACIÓN SEGÚN QUIÉN LA FORMULE

145. LEGISLATIVA O AUTÉNTICA

Se denomina interpretación auténtica o legislativa a la que realiza el mismo legislador al votar una nueva ley destinada a esclarecer su voluntad, expresada en una ley anterior.

Ya Savigny decía que la interpretación es una actividad libre, provocada general y necesariamente por las mismas determinaciones de una ley; tal libertad de la actividad interpretativa se contrapone a la idea de una interpretación legal o auténtica.

Por ello se dice, hoy en día, que la interpretación auténtica no es un proceso lógico de pesquisa del contenido real de la ley, sino una forma imperativa de fijar la verdadera voluntad legal, o una declaración del poder legislativo con el propósito de una verdadera integración normativa (Caio Pereyra).

El efecto generalmente asignado a la ley interpretativa es el de excepcionar la regla de irretroactividad de la ley; al ser considerada la ley

⁶ CSN, 30/8/1971, LL. 124-1174.

interpretativa como incorporada a la ley interpretada, se le reconoce efecto retroactivo. Así lo determinaba el artículo 4º del Código Civil, derogado por la ley 17.711.

De todos modos, a ese efecto retroactivo deben serle reconocidos por lo menos dos límites:

— no puede afectar las sentencias dictadas al amparo de la ley interpretada;

— la retroactividad no puede afectar las garantías constitucionales.

Por otro lado la calificación que de aclaratoria le asigne el legislador a determinada norma, no impide a los jueces examinar su naturaleza para acordarle los verdaderos efectos que ella tenga en consideración a su contenido ⁷. Es que las leyes interpretativas son leyes y también están sujetas a interpretación.

La tendencia general actual es a limitar lo más posible la facultad del legislador de interpretar sus propias leyes, para no detener con una declaración auténtica y universalmente obligatoria el libre desenvolvimiento del Derecho, que se realiza merced a la obra de la doctrina y la jurisprudencia (De Ruggiero).

146. JUDICIAL

Es la realizada por los tribunales de justicia, como paso previo a la aplicación de la ley a un caso concreto.

La interpretación judicial difiere de la interpretación auténtica en que mientras ésta es obligatoria y general, la judicial se limita al caso dado.

La interpretación judicial es la verdadera interpretación, en tanto y en cuanto es actividad libre destinada a la fijación del verdadero sentido de la ley.

A partir del párrafo IV, limitaremos el examen de la interpretación a las denominadas judicial y doctrinaria.

147. INTERPRETACIÓN DOCTRINARIA

Es la realizada por los autores, que puede servir incluso como fuente material del Derecho, según ha sido estudiado en el Capítulo II.

Sus aportaciones son muchas veces de fundamental importancia para el desarrollo de la interpretación judicial, y por ende para la solución de los litigios en los casos concretos.

De todos modos el nexo entre interpretación y aplicación de las normas, que siempre ha de existir en cualquier forma del conocimiento jurídico, no es nunca en el plano científico o doctrinario tan fuerte e intenso como en el de la jurisprudencia; es que, la interpretación doctrinaria inquiere el sentido de las normas en su intrínseco grado de generalidad y

⁷ CNApel. Fed. Cont. Adm., Sala IV, 6/6/1982, E.D. 17-607, sum. 46/7.

sin otra referencia a la realidad que la que proporcionan los supuestos de hecho hipotéticos de las normas; en tanto que la interpretación jurisprudencial tiene por objeto la determinación de las normas de Derecho aplicables a una situación jurídica singular (Santos Briz).

IV. CLASES DE INTERPRETACIÓN SEGÚN SU ALCANCE

148. CRITERIOS GENERALES

Según un criterio generalizado la interpretación puede ser declarativa o correctiva; esta última a su vez puede ser restrictiva o extensiva.

149. INTERPRETACIÓN DECLARATIVA

Se dirige a explicar el texto de la ley, aunque para ello tenga que precisar el alcance de las palabras usadas (Castán Tobeñas).

La interpretación declarativa entonces tiende a fijar el alcance de la ley, particularmente cuando las palabras usadas por ésta tienen más de un significado; por ejemplo si una ley habla de *hombre*, el intérprete dirá si se refiere sólo al varón (interpretación estricta) o si se refiere a hombre y mujer (interpretación amplia o lata); si la ley dice *parientes*, podrá entenderse que se refiere a los consanguíneos, o también a los afines (Puig Brutau).

Ejemplo de esta clase de interpretación es el inciso 2º del artículo 144 del Código Civil, que alude a los parientes como legitimados para denunciar la demencia; la doctrina interpreta que alude a los consanguíneos dentro del cuarto grado.

150. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Es la que ofrece como resultado restringir el significado de las palabras de la ley, cuando éstas expresan más de lo que corresponde a la finalidad de ella (Puig Brutau). Así, procederá restringir la interpretación de una norma cuando de otro modo estaría en contradicción con otro texto legal; o cuando en su propio texto pudiera resultar una íntima contradicción (Castán Tobeñas).

La interpretación restrictiva procede en las normas prohibitivas, sancionadoras y limitativas de la capacidad de obrar (Diez Picazo - Gullón).

Nuestros tribunales han declarado reiteradamente que debe interpretarse restrictivamente la legislación excepcional que restringe por causas de emergencia derechos amparados por la Constitución, pues es la que mejor preserva los derechos y garantías contenidos en aquélla ⁸.

⁸ CSN, 17/6/1982, E.D. 102-398; *idem*, 9/9/1980, E.D. 95-556, sum. 48.

También deben interpretarse restrictivamente las normas que crean privilegios para evitar que situaciones excepcionales se conviertan en norma general ⁹.

151. INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

Es la que tiene por finalidad extender el natural significado de las palabras de la ley, cuando se llega a la conclusión de que expresan menos de lo que corresponde a su finalidad o espíritu; no extiende la norma a casos no contemplados por ella, sino que pone de manifiesto los que ya estaban virtualmente contenidos en ella (Castán Tobeñas).

152. DIFERENCIAS ENTRE LA INTERPRETACIÓN DECLARATIVA Y LAS INTERPRETACIONES CORRECTORAS

En la interpretación declarativa, amplia o lata, se interpretan las palabras, determinando cuál es el sentido más ajustado al contenido de la ley; nada se restringe ni se extiende y la interpretación es meramente declarativa.

En cambio en la correctora el intérprete llega a la conclusión de que es necesario rectificar la letra de la ley, aunque esté redactada con palabras claras y precisas, para que concuerde con su espíritu o finalidad.

Así, en la interpretación extensiva se llegará a la conclusión de que hay casos comprendidos en la ley, aunque ello no emane claramente de la misma; y en la restrictiva se desestimará la aplicación de la ley a casos que el legislador no conoció o no pensó, y que por ende no están comprendidos en ella, a pesar de la apariencia concreta dada por la norma.

V. REGULACIÓN LEGAL DE LA INTERPRETACIÓN

153. PROCEDENCIA

Algunas legislaciones establecen pautas a las cuales, en principio, el juez debe someterse para la interpretación de las leyes.

Este criterio es cuestionado en la doctrina, pues la interpretación no es materia normativa sino criterio científico a utilizar por la persona llamada a interpretar la ley y la sumisión a criterios científicos ha de ser libre (Puig Brutau).

Por otra parte las que establecen los criterios interpretativos también son leyes y por ende también son interpretadas.

⁹ CSN, 22/5/1984, E.D. 18-644, sum. 10.

154. UBICACIÓN

Normalmente las reglas interpretativas se ubican en el Código Civil. Pero lo cierto es que las reglas de interpretación son distintas según las ramas, lo que hace que esas disposiciones carezcan de generalidad no pudiendo extenderse al derecho administrativo o al derecho penal donde, por ejemplo, se prohíbe la analogía.

155. DERECHO COMPARADO

Contienen disposiciones de este tipo el Código Civil italiano (art. 12); el Código Civil español (art. 3º, conforme a la reforma de 1973 y el decreto del 31 de mayo de 1974) y el Código Civil chileno, que es particularmente detallista en la materia y se extiende entre los artículos 19 y 24 del cuerpo legal.

156. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Nuestro Código Civil contiene una disposición según la cual los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (art. 15), la que se completa con el precepto siguiente que dispone que si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

El artículo 16, como se advierte, alude tanto a la interpretación, cuanto al sistema de fuentes del Derecho civil; ello así en cuanto se refiere a las palabras y al espíritu de la ley, materia que debe ser el objeto de la preocupación del intérprete; si a pesar de la indagación que se haga del texto y de la intención del legislador, no se llegase a la solución del caso, el juez debe recurrir a la interpretación integradora que se resuelve en la utilización de la analogía (v. *infra*, nº 181); y en definitiva puede recurrir a los principios generales del Derecho, tal cual los hemos entendido en la exposición que hicieramos sobre ellos en el Capítulo III, esto es, no limitados a los que emanan del ordenamiento sino vinculados al derecho natural o a la idea de justicia.

Además la norma del artículo 16 debe integrarse con la del artículo 17, que inserta a la costumbre en el sistema de fuentes.

De modo que, antes de los principios generales del Derecho, el juez puede recurrir a la costumbre; y, como vimos en su momento, en el ámbito del derecho mercantil la costumbre incluso precede a la aplicación analógica de las normas del Código Civil (v. *supra*, nº 115).

157. PROYECTO DE UNIFICACIÓN LEGISLATIVA ¹⁰

El Proyecto de Unificación Legislativa de 1987 propone el siguiente artículo 16: “*Si el caso no pudiera ser resuelto ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se tomarán en cuenta su finalidad, las leyes análogas, los usos y costumbres y los principios generales del Derecho, conforme las circunstancias del caso.*”

Se advierte pues que se inserta a la costumbre en el sistema de fuentes, tal cual surge hoy de una interpretación armónica de los artículos 16 y 17.

VI. LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA

158. DESCRIPCIÓN

La tarea interpretativa comprende una serie de actividades, que Díez Picazo y Gullón clasifican de la siguiente manera:

a) Determinación del sentido de los elementos que aparecen en el supuesto de hecho de la norma:

Por ejemplo el artículo 3017 dice que: “*Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título o por la posesión de veinte años. Las servidumbres continuas no aparentes, y las servidumbres discontinuas aparentes o no aparentes, no pueden establecerse sino por títulos ...*”. La interpretación de este artículo 3017 exige determinar qué se entiende por servidumbre, por servidumbre continua, por servidumbre aparente, por servidumbre discontinua, por servidumbre no aparente, por adquisición, por título y por prescripción.

b) Atribución de carga de valor a conceptos indeterminados:

El Código Civil utiliza a veces ciertos *standards* o conceptos indeterminados, como por ejemplo, la *normal tolerancia* a que alude el artículo 2618, el *buen hombre de negocios* del artículo 59 de la Ley de Sociedades, o el *interés de la familia* o de los hijos o del menor que suele aparecer en el ámbito del Derecho de familia; en esos casos el intérprete debe valorar qué ha querido decir el legislador y adaptar las ideas a las circunstancias del caso, y al momento en que decide.

c) Esclarecimiento de las consecuencias que las normas ligan al supuesto de hecho:

Así cuando el orden jurídico impone como sanción la nulidad con indemnización de daños y perjuicios, es necesario tener en claro qué es

¹⁰ Bibliografía especial: MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El plexo normativo: el finalismo de las leyes. Los usos y costumbres (En el Proyecto de Unificación)”, L.L. 1987-D-1087.

la nulidad y cuáles son los daños y perjuicios que resultan indemnizables, pues no todos los son.

d) Adopción de la decisión cuando ella es dejada al arbitrio del intérprete.

Muchas veces la ley deja a los jueces la facultad de adoptar o no determinada decisión; en nuestro Derecho se ejemplifica esta situación con el artículo 907 cuando dice: “*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*”; y con el artículo 1069, segundo párrafo, conforme al cual: “*los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo.*”

A veces, la formulación de ciertas normas da la impresión de que se asignan facultades potestativas a los jueces; pero en realidad, concretados los elementos de hecho previstos en ella, el juez está obligado a hacer efectiva la consecuencia jurídica prevista en la norma; tal es lo que sucede en nuestro Derecho con el artículo 1185 bis, conforme al cual: “*El juez podrá disponer en estos casos (cumplimiento de ciertos requisitos respecto de boletos de compraventa y concurso) que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio*”; toda la doctrina interpreta que no es una atribución libre del juez el conceder o no la escrituración; por el contrario, comprobado que el boleto de compraventa ha sido otorgado a favor de un adquirente de buena fe, y que éste ha pagado el 25% del precio, el juez *debe* autorizar el otorgamiento de la escritura. Lo mismo puede decirse del artículo 522 del Código Civil, que establece que en los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso; la doctrina actual interpreta que, comprobada la existencia del daño moral, y la atribuibilidad del mismo al agente, *debe* ordenarse su indemnización.

VII. LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS.
EXPOSICIÓN DE LAS TENDENCIAS DOCTRINARIAS

159. VALOR RELATIVO DE ESTA EXPOSICIÓN

El problema de los métodos interpretativos divide de antaño a los autores, y las distintas posiciones han pretendido ser clasificadas, buscando puntos de contacto entre los diversos expositores.

Sin embargo, se ha señalado con acierto que debe asignarse valor relativo a las clasificaciones de métodos y autores, pues los procedimien-

tos personales con que actúa cada inteligencia en la búsqueda de la verdad jurídica, no se dejan encasillar fácilmente (López Olaciregui).

De todos modos daremos alguna noticia de las escuelas, conforme a las clasificaciones tradicionales.

160. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS ¹¹

a) Origen:

La escuela de la exégesis creció al amparo del Código Napoleón; el gran cuerpo legal inspiraba enorme respeto a sus comentaristas, quienes pretendieron que en él se debían encontrar todas las soluciones. De allí el respeto casi servil al texto del Código Civil, principalmente en la primera etapa posterior a su sanción.

b) Postulados:

La escuela de la exégesis partía de dos postulados básicos:

— todo está en la ley;

— se debe buscar la intención del legislador.

Es que siendo la ley manifestación de voluntad, eso es lo que hay que indagar.

c) Elementos de la interpretación:

Es obvio entonces que en la exégesis el objeto de la interpretación era la intención del legislador; para ello se valía inicialmente del elemento gramatical, definido por Aubry y Rau como aquel que se dirige a determinar el verdadero sentido de un texto oscuro o incompleto, ayudándose con los usos de la lengua y las reglas de la sintaxis.

Con la misma finalidad, recurrían también a los trabajos preparatorios de la ley, aspecto sobre el cual nos referiremos más abajo (elemento histórico).

El tercer elemento del cual se sirvió la exégesis fue el elemento lógico; que caracterizó más bien a la dogmática, como una suerte de variante posterior de la escuela de la exégesis.

Los autores de la dogmática dejaron de exponer el texto del código artículo por artículo, buscaron una exposición racional de la materia, concordando los textos y dando a cada tema su ubicación lógica. En ello se destacaron los ya citados Aubry y Rau.

El elemento lógico recurría a la analogía, al argumento contrario y al argumento *a fortiori* (quien puede lo más puede lo menos); a la inducción y la deducción, tratando de buscar principios generales aplicables a los casos que no estaban resueltos expresamente dentro de la ley.

¹¹ Bibliografía especial: MOISSET DE ESPANÈS, Luis, "Reflexiones sobre la llamada Escuela de la Exégesis", *Anales de la Academia de Córdoba*, t. XXX, pág. 77.

Sin embargo el abuso del elemento lógico desprestigió a la escuela, pues llevó a resultados a veces absurdos; por ejemplo el artículo 102 del Código Napoleón dice: “*El domicilio de todo francés es el lugar...*”, de lo que se dedujo, por argumento a contrario, que los extranjeros carecían de domicilio.

161. ESCUELA DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

a) Origen:

La escuela de la libre investigación científica se origina en los finales del siglo XIX, en los trabajos de Saleilles, Bufnoir y Géný, inicialmente como una crítica a la exégesis, a la cual se atribuyó limitar todo a la ley no reconociendo así la eficacia de fuentes extra legales; se alegaba la inconducencia de afirmar que el legislador pudiera prever todo en una regla abstracta, ya que aun reconociendo la existencia de fuentes extralegales debe admitirse que subsisten lagunas.

b) La interpretación evolutiva:

Dentro de la libre investigación científica Saleilles y Hauriou sostuvieron que la interpretación no debe hacerse en la búsqueda de la intención del autor, sino inspirándose en las necesidades del momento; se dará a la ley la extensión o interpretación que el legislador le hubiera dado si él hubiera legislado en presencia de los problemas que hoy aparecen y que él no ha previsto. En definitiva se trata de interpretar la ley según las necesidades de la sociedad en el momento de la interpretación; un mismo texto puede así cambiar de sentido a fin de adaptar la regla original a las necesidades nuevas.

Este criterio ha sido denominado de la interpretación deformante o constructiva (Weill-Terré), o interpretación histórica o evolutiva, y es adoptado en gran medida por la jurisprudencia francesa según informan Ghestin y Goubeaux.

El criterio evolutivo aparece también en algunas sentencias nacionales; la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha dicho que las instituciones jurídicas deben evolucionar al ritmo de las normas creadas en el correr del tiempo; los intérpretes deben captar esa evolución de las normas, para no llegar a desvirtuar los propósitos de las reformas y detener el progreso jurídico ¹².

c) La libre investigación científica ¹³:

Géný era partidario de un respeto mayor a la ley y de un sistema interpretativo más franco. Después de haber extraído de la ley, o de un

¹² SCBA, 15/9/1981, E.D. 97-793.

¹³ Bibliografía especial: GENÝ, François, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 2ª ed., Madrid, 1925.

modo general de las reglas en vigor, sin deformarlas, todas las posibilidades de solución que ellas comportan, y aún así subsiste una insuficiencia o laguna de Derecho, hay que buscar libremente las soluciones por una elaboración autónoma, inspirándose en diversos elementos de datos reales, históricos, racionales o ideales.

En definitiva Gény reconoce que es legítimo buscar la voluntad del legislador, cuando se busca una voluntad real de éste, pero no cuando se trata de crearla arbitrariamente.

d) *El Derecho libre* ¹⁴:

La exégesis y su paralelo alemán la jurisprudencia de conceptos, reducían el Derecho a la ley, es decir a las fuentes de origen estatal.

En Alemania un importante movimiento doctrinario preconizó la existencia de un Derecho denominado libre, destinado a valorar, completar, desenvolver o derogar el Derecho estatal y que por esa misma razón no corresponde al Derecho estatal.

Según esta doctrina el juez puede y debe prescindir de la ley, si le parece que ella no le ofrece una decisión carente de dudas, si no le parece verosímil con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el poder existente en el momento del fallo habría dictado la resolución que la ley le exige. En ambos casos el juez dictará la sentencia que según su convicción el actual poder del Estado habría decretado si hubiese pensado en el caso de autos. Si el juez no fuese capaz de formarse tamaña convicción se inspirará en el Derecho libre. Finalmente, en casos desesperadamente complicados o dudosos sólo en aspectos cuantitativos, por ejemplo, indemnización de daños inmateriales el juez resolverá y debe resolver arbitrariamente. Las partes deben tener la facultad en todo proceso civil de liberar al juez mediante su mutuo acuerdo de la observancia de cualquier norma jurídica estatal.

El expositor de la tesis, Kantorowicz, entendía que el artículo 1º del Anteproyecto del Código Civil suizo, convertido finalmente en ley, es el que expone más precisamente su doctrina; ese artículo dice: *“La ley se aplica a todas las cuestiones jurídicas para las que contiene una disposición según su texto literal o su interpretación. Si de la ley no puede deducirse precepto alguno, resolverá el juez atendiendo el derecho consuetudinario, y donde también éste falte, según la norma que él como legislador promulgaría. En esta tarea ha de seguir la doctrina consagrada y la tradición.”*

Sin embargo, bien ha señalado Santos Briz que si se analiza el texto transcrito la supuesta libertad del juez para resolver cuando falte ley o costumbre aplicables se halla limitada por su obligación de seguir la doctrina consagrada y la tradición, fórmula que si expresamente no se iden-

¹⁴ Bibliografía especial: KANTOROWICZ, Hermann, “La lucha por la ciencia del Derecho”, trad. de Goldsmichdt, Werner, en *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1949.

tífica con los principios generales del Derecho es comprensiva de los principios informadores del ordenamiento jurídico positivo.

La doctrina en general ha reaccionado contra la escuela del Derecho libre; se dice que no es lícito ponerse en contradicción con los efectos y consecuencias de la ley conocidos y queridos por el legislador; ello menoscabaría en extremo la consideración de la ley, y aún más la seguridad del Derecho y el cálculo previo de las consecuencias de nuestros actos (Enneccerus).

Entre nosotros la declaración e interpretación de las normas jurídicas generales vigentes, de su sistematización, la suplencia de las lagunas, que hacen los jueces, no llega hasta la facultad de instituir la ley misma ¹⁵. Es que, por lo demás, la saturación formal del sistema de fuentes, en virtud del artículo 16 del Código Civil, elimina la necesidad de la creación de la norma por el juez, ya que siempre la ha de encontrar en la ley, en la costumbre, en la ley análoga o en los principios generales del Derecho.

162. JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS ¹⁶

En Alemania, al mismo tiempo que se desarrollaba la dogmática en Francia, se desenvuelve la denominada jurisprudencia de conceptos, que encuentra su origen en Puchta y sus seguidores de la escuela histórica.

Esta doctrina ha incurrido también en el abuso del elemento lógico, buscando principios generales en reducido número y prescindiendo de los resultados concretos de la interpretación.

La jurisprudencia de conceptos llega así a concebir a la ley más que como mandatos imperativos, como un conjunto de declaraciones sobre conceptos jurídicos conectados entre sí lógicamente y sistemáticamente. Hoy en día se lo denomina peyorativamente *conceptualismo*.

163. LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES

Como una reacción a la jurisprudencia de conceptos, se ha desarrollado la jurisprudencia de intereses.

Para esta doctrina, elaborada principalmente a partir de las enseñanzas de Heck, la ley es un conjunto de normas destinadas a resolver conflictos de intereses; es ella misma el resultado de un antagonismo real de intereses, los que existen en toda comunidad jurídica y se hallan en lucha por su reconocimiento; intereses que son de orden material, nacional, religioso, ético.

¹⁵ CNApel. Esp. Civ. y Com., Sala I, 7/10/1983, E.D. 107-211.

¹⁶ Bibliografía especial (para los núms. 162 a 164): LARENZ, Karl, "Tendencias metodológicas en la ciencia jusprivatista alemana actual", RDP 1959-367; HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Madrid, 1981; KRAUSE MURGUIONDO, "El método dogmático y la interpretación de las normas jurídicas", LL. 1979-D-823.

De allí que la misión del intérprete no sea averiguar la voluntad del legislador entendida psicológicamente, sino investigar los intereses para él determinantes, comprender la ley como el producto de aquellos intereses que en la mente del legislador se habían impuesto en cada caso a costa de otros intereses.

Se destaca como mérito de esta doctrina que obliga al jurista a prestar atención al sustrato práctico —técnico y económico de las instituciones jurídicas—, así como a su finalidad política, social y a la función que cumple la institución en el marco social.

Como crítica se puede señalar que ha desdeñado el aspecto lógico de la interpretación descuidando la conexión interno-sistemática que tienen las normas de un mismo cuerpo legal.

La jurisprudencia de intereses ha conducido a la jurisprudencia de valoraciones puesto que en la elección del interés que la ley ha de tutelar hay una valoración y ello es lo que facilitó el tránsito a la nueva doctrina.

164. JURISPRUDENCIA DE VALORACIONES

La jurisprudencia de valoraciones es una superación de la jurisprudencia de intereses; reconoce que el derecho aparece como el resultado de una valoración, llevada a cabo conscientemente por el legislador, de los intereses que se dan en la realidad social, es decir, pretensiones y aspiraciones, basándose en criterios de valor que toma de la conciencia de su época, del ordenamiento valorativo que ha llegado a ser histórico, real, en nuestra cultura, y según algunos también del derecho natural.

Parte del reconocimiento de la existencia de una naturaleza de las cosas, que impone ciertas soluciones al legislador, así como de la existencia de principios de Derecho supra legales, que preceden a las leyes y que no pueden ser desconocidos por éstas. No es difícil identificar estos principios de derecho supra legales con los principios generales del Derecho, tal cual los hemos interpretado, generados entonces en el derecho natural o derecho justo.

Con la jurisprudencia de valoraciones se reinicia el diálogo entre el Derecho y la Justicia; expresa Westerman que esas valoraciones representan las consecuencias de la idea de justicia halladas por el legislador.

Así, la jurisprudencia de intereses se liberó de las últimas adherencias del positivismo científico, del materialismo, de su inclusión en una teoría que era contraria a la naturaleza espiritual del Derecho.

165. TENDENCIAS MODERNAS

a) *La teoría pura del Derecho* ¹⁷:

La teoría pura del Derecho, cuyo principal corifeo fue Kelsen, pretende construir una ciencia que tenga como único objeto al Derecho y

¹⁷ Bibliografía especial: GOLDSCHMIDT, Werner, "La doctrina kelseniana de la interpre-

que ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición; se eliminan entonces todos los elementos que no sean puramente normativos, como los valorativos y sociológicos.

El Derecho es entonces un sistema cerrado de normas, donde cada norma funda su validez en el hecho de haber sido creada conforme al procedimiento establecido en la norma inmediata de rango superior; y la validez del ordenamiento normativo en su conjunto, deriva del hecho de que sus normas han sido deducidas de una norma fundamental: la primera constitución, que no deriva su validez de norma superior alguna y viene a ser el vértice sobre el cual reposa la pirámide normativa.

Si bien la norma inferior debe ser interpretada de acuerdo con lo que establece la norma superior, lo cierto es que esta última no puede determinar el contenido de la norma inferior de manera completa. Siempre hay un margen aproximado de libre apreciación. La norma superior se presenta así como un marco abierto de posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma, si no sale de este marco, y lo llena de alguna de las maneras posibles.

Hay aquí una suerte de libertad en la interpretación; el juez puede elegir libremente cualquiera de las posibilidades interpretativas, siempre que esté, como decimos, dentro las posibilidades que brinda la norma superior.

Esta elección es un simple acto de voluntad, pero es un acto de voluntad estructurado desde afuera, en el sentido de que el juez no está libre totalmente de ataduras, ya que su acto de voluntad debe hacerse dentro de marcos conceptuales establecidos por la norma de carácter general.

La teoría pura del Derecho como manifestación del positivismo debe considerarse superada; pues prescinde de los elementos valorativos y de los elementos sociológicos que son importantes en la construcción del Derecho y fundamentalmente en la interpretación de la ley.

b) *El trialismo* ¹⁸:

Las modernas concepciones de la filosofía del Derecho conciben a éste como un fenómeno que se mueve en tres dimensiones: la normativa, la sociológica y la dikelógica (del griego *diké* = justicia), que podemos también llamar dimensión valorativa. Entre nosotros ha sido su principal difusor el profesor alemán Werner Goldschmidt, quien durante muchos años enseñó en nuestro país.

Para el trialismo la interpretación comprende diversas etapas. En primer lugar, hay que averiguar el sentido que tiene la norma según el lenguaje empleado en la comunidad, para la cual y por la cual ha sido for-

tación y su crítica", L.L. 119-1055; Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1960, trad. de Moisés Nilve.

¹⁸ Bibliografía especial: CIURO CALDANI, "Meditaciones trialistas sobre la interpretación", E.D. 72-811; GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1962.

mulada; para ello hay que conocer el sentido que tiene cada palabra (elemento gramatical), como así también el contexto en que los vocablos son empleados (elemento lógico).

Luego hay que comprobar cuál ha sido la auténtica voluntad del autor de la norma al redactarla (elemento histórico), a efectos de descubrir cuál ha sido la finalidad que motivó al legislador.

Si una vez reunidos los resultados obtenidos por la interpretación gramatical y la interpretación histórica, éstas discrepan entre sí, habrá que inclinarse por hacer prevalecer la interpretación histórica. El principio supremo de toda interpretación, consiste en la lealtad del intérprete con la voluntad y la intención del autor de la norma.

Se advierte pues, un apego a la teoría subjetiva en orden a la interpretación, que no resulta compatible con los criterios actuales, en los que por lo menos en la jurisprudencia práctica predomina la doctrina evolutiva, y se trata de adecuar aquella intención del legislador a la realidad sociológica presente.

c) La tendencia al sincretismo:

Sería inagotable poner de relieve otras tendencias modernas, que de todos modos pueden examinarse en la magnífica obra de Hernández Gil ¹⁹.

Como conclusión podría señalarse que en todos los sistemas que hemos examinado hay elementos verdaderos y aprovechables, así como extremos falsos, exagerados y unilaterales. Por esa razón, dice Castán Tobeñas, hemos de tender a combinar armónicamente lo que de bueno y útil tienen todas las direcciones; la elaboración del Derecho no puede prescindir de cierto conceptualismo, ni de la estimación de los intereses humanos y de las exigencias sociales; ni, mucho menos, decimos nosotros, de las valoraciones que provienen de las reglas del derecho natural.

De allí que, sigue diciendo Castán Tobeñas, tienen hoy mucha aceptación las corrientes favorables al sincretismo o pluralismo metódico, basado en la necesidad de acudir, en la elaboración del Derecho, no a un solo procedimiento, sino a varios de ellos debidamente combinados, lo que no excluye que se dé una cierta preferencia a algunos de los elementos o factores que entran en juego, sometiendo éstos a un criterio de ordenación jerárquica.

En la misma corriente, José Luis de los Mozos, en la actualización a la obra de Castán Tobeñas, dice que superada la antinomia entre jurisprudencia de conceptos y jurisprudencia de intereses, cobra sentido la afirmación según la cual el Derecho habla su propio idioma, al reco-

¹⁹ En particular debe verse el vol. II dedicado en gran medida al estructuralismo; entre nosotros v.: DARAY, Hernán, "Las ciencias del lenguaje, el estructuralismo jurídico y la interpretación de la ley", *E.D.* 96-895. También: CROVI, Daniel, "Interpretación de la ley", en *Derecho Civil - Parte General - Temas*, dirigido por Julio C. Rivera, Buenos Aires, 1987, vol. II, pág. 135; SILVA MELERO, Valentín, "La interpretación judicial en las orientaciones contemporáneas", *RDP* 1969-47.

brar la dogmática jurídica su verdadero significado, no como una creación más o menos artificiosa, operada *more geométrico* sobre las normas, en un plano lógico, sino como expresión de las valoraciones lógicas en ellas contenidas (en este sentido Recaséns Siches, cuando alude a la lógica de lo razonable por oposición a la lógica matemática (v. *infra*, nº 172), fruto, por otra parte, de una larga experiencia; por ello en auxilio de la dogmática viene su propia historia. De otra parte, la perspectiva histórica facilita la comprensión de las soluciones que vienen dadas por la norma, así como su actualización más allá de la *ocassio legis* o, por el contrario, la valoración de cambios jurídicos que la ley introduce, facilitando su redacción sistemática.

Por lo demás, una adecuada utilización del método dogmático así concebido, no impide incorporar a la elaboración jurídica y a la aplicación del Derecho, la valoración adecuada de los hechos sociales, pero no sólo para corregir el Derecho, de acuerdo con el dictado de los hechos, sino para incidir también en su encauzamiento conforme a los ideales de la justicia, en una adecuada y previa valoración de las necesidades sociales, como exigencias jurídicas que permitan traducir aquéllas en valoraciones jurídicas, verdaderos imperativos categóricos del obrar humano.

166. MODO DE ACTUACIÓN DE LOS TRIBUNALES

Hasta ahora hemos estudiado los métodos interpretativos según criterios de la doctrina civilística y de la filosofía del Derecho. Pero es del caso preguntarse cómo actúan los tribunales frente al caso concreto que deben resolver.

En realidad los jueces generalmente desconocen toda esta elaboración filosófica sobre los métodos de interpretación, o tienen una noticia relativamente vaga de ella. De allí que más que guiarse por reglas de interpretación aplican su propio criterio de justicia, salvo que la norma sea insoslayable.

Dice Albaladejo que casi podría afirmarse que en un primer momento el juez busca el sentido que le corresponde en teoría, y si resulta justo, moralmente hablando, para el caso, se aplica de ese modo; y si no, mientras sea posible, se le da la interpretación a la norma que para el caso convenga según esa idea de justicia. De ahí, sigue diciendo Albaladejo, los frecuentes cambios de jurisprudencia y los frecuentes destrozos científicos que las sentencias hacen en la teoría del Derecho, los cuales, la mayor parte de las veces, se deben a una interpretación de los preceptos que ha sido forzada para hacer justicia en el caso concreto.

De allí que, agregamos nosotros, la sentencia no es el mejor medio de hacer generalizaciones ni de sentar doctrinas; ella debe resolver el caso concreto, especificando las peculiaridades del caso; se evita así que la solución dada a una situación fáctica particular, que puede haber im-

plicado una alteración al sentido de la norma, se extienda como una interpretación jurisprudencial generalizada provocando así tales destrozos.

En este sentido es bien sabio nuestro artículo 16 cuando dice que en la interpretación y aplicación del Derecho, el juez debe ponderar las circunstancias del caso. Esto en definitiva es lo que hacen los jueces: encontrar primero la solución justa para el caso concreto, y después darle el fundamento jurídico, para lo cual a veces pueden llegar a torcer el recto sentido de la norma.

VIII. ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN

En la exposición de las distintas corrientes de opinión sobre la interpretación que acabamos de hacer, nos hemos referido a los denominados "elementos de la interpretación", y a cómo cada escuela o corriente propicia su utilización.

Por ello, estimamos necesario ahondar en el análisis de cada uno de esos elementos, a lo que destinamos los párrafos que siguen.

167. LOS CUATRO ELEMENTOS DEFINIDOS POR SAVIGNY

Savigny sostuvo la existencia de cuatro elementos de la interpretación: gramatical, lógico, histórico y sistemático, a los que definió como sigue:

El elemento *gramatical* tiene por objeto la palabra, que constituye el medio para que el pensamiento del legislador se comunique con el nuestro; consiste por consiguiente, en la exposición de las leyes lingüísticas aplicadas por el legislador.

El elemento *lógico* tiende hacia la estructuración del pensamiento, o sea hacia la relación lógica en que se hallan sus diversas partes.

El elemento *histórico* tiene por objeto la situación de la relación jurídica regulada por reglas jurídicas en el momento de la promulgación de la ley. Ésta debía intervenir en aquélla de determinada manera; y el mencionado elemento ha de evidenciar el modo de aquella intervención: lo que por aquella ley se ha introducido de nuevo en el Derecho.

El elemento *sistemático*, por último, se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad.

168. UTILIZACIÓN DE ESTOS ELEMENTOS

El mismo Savigny enseñaba que no se trata de utilizarlos separadamente, sino que cada uno de ellos es útil para descubrir el sentido de la ley en un caso dado.

Hoy en día otro autor alemán dice que el valor de la interpretación se encierra en la plena ponderación del factor teleológico (resultado de la interpretación) y en su exacta evaluación frente al texto literal y al uso del lenguaje, como asimismo los argumentos sistemáticos e históricos.

La preferencia unilateral del texto y del lenguaje, conduce a la interpretación literal y al formalismo, enemigo mortal de la ciencia jurídica; la acentuación excesiva de lo sistemático y lo histórico, lleva al estancamiento; la consideración exclusiva de los resultados determina una jurisprudencia insegura, oscilante. El arte verdadero de la interpretación reside en el equilibrio exacto de todos sus elementos básicos (Enneccerus).

169. EVOLUCIÓN

Si bien las enseñanzas de Savigny han echado raíces, a los elementos por él indicados se han agregado otros, como el teleológico, que resalta la importancia del resultado de la interpretación; el sociológico, que apunta a la realidad social actual a que debe aplicarse la ley; el comparativo, que examina las soluciones dadas a problemas semejantes en las legislaciones de otros países.

Por lo demás, el contenido de los elementos tradicionales definidos por Savigny ha sido enriquecido por los aportes de la doctrina posterior.

Por lo tanto nos referiremos brevemente a cada uno de ellos, haciendo referencia también a como han sido aplicados en la jurisprudencia nacional.

170. ELEMENTO GRAMATICAL, SEMÁNTICO O LITERAL

Una de las dudas que se genera en esta materia es si la interpretación ha de ceñirse al sentido técnico de las palabras o al sentido vulgar; la mayor parte de la doctrina ha concluido en que debe predominar el sentido técnico, pues se presume que es parte del lenguaje especializado empleado por el legislador, aunque ello no implica tampoco desatender al sentido vulgar cuando así surge de la ley.

a) Valor de los epígrafes:

El texto de las normas singulares es precedido, a veces, por un breve título, epígrafe o rúbrica, que anuncia, resume y a veces aclara su contenido, a imitación de las obras didácticas con los llamados títulos marginales; así sucede entre nosotros con las leyes de concursos (24.522) y de sociedades comerciales (19.550).

Reconocida la utilidad práctica de tal experiencia debe advertirse que ese epígrafe, en cierto sentido, viene a formar parte de la norma; a veces sirve para integrarla, como ocurre cuando el mismo va más allá de lo que es el contenido efectivo del texto que sigue al epígrafe, aunque con más frecuencia dice menos éste que la ley; en ese caso, naturalmente, no podrá entenderse que el epígrafe limite al contenido de la norma (Messineo).

b) Definiciones:

Las definiciones tienen en general un valor vinculante, son imperativas; pues sin estar expresadas en términos de un mandato u orden

dado por la ley, sino de concepto, se constituyen en elementos de otras normas, respecto de las cuales aclaran el alcance y el sentido. En definitiva, son elementos lógicos, indispensables para formular un precepto o una prohibición, y pueden llamarse normas definitorias interpretativas.

c) Jurisprudencia nacional:

Nuestra Corte Suprema afirma que las leyes deben interpretarse según el sentido propio de las palabras, sin violentar su sentido específico²⁰; pero, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente; en esta indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere²¹, dado que la misión del Poder Judicial no se agota con la remisión a la letra, ya que los jueces, en cuanto servidores del Derecho, y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma²².

Es decir que la Corte, en estos precedentes que hemos elegido casi al azar, destaca el valor del elemento gramatical, como principio mismo de la interpretación, pero, como ya se ha dicho, vinculado a los demás elementos de la interpretación.

171. ELEMENTO HISTÓRICO

En la interpretación de las leyes nacionales deben tenerse en cuenta los antecedentes denominados remotos y los llamados inmediatos.

Los antecedentes remotos son en nuestro caso el Derecho Romano, el Derecho hispánico, el Derecho de Indias, el Derecho Patrio; y pueden tenerse también en cuenta naturalmente las fuentes del codificador, como el Código Napoleón, el Código de Baviera, el Código de Prusia, el Esbozo de Freitas, etcétera.

Los precedentes inmediatos están constituidos generalmente por los trabajos preparatorios de una ley en concreto.

a) Valor de los trabajos preparatorios²³:

El valor de los trabajos preparatorios fue destacado por la escuela de la exégesis, y por todos aquellos que consideran que el objeto de la interpretación es la búsqueda de la intención del legislador histórico, es decir el que sancionó efectivamente la ley.

²⁰ CSN, 27/7/1976, Fallos 295:376.

²¹ CSN, 28/4/1981, E.D. 95-552, sum. 25.

²² CSN, 2/8/1983, E.D. 107-164.

²³ Bibliografía especial: SCATENA, "Los trabajos preparatorios y la interpretación de las leyes", L.L. 14-48.

Otra corriente ha ridiculizado a los que buscan en los trabajos preparatorios de la ley una fuente de inspiración para la interpretación de ella, señalando la carencia de preparación jurídica de los legisladores, que provoca errores inconcebibles en la exposición de los trabajos preparatorios o en los discursos que se vierten en las cámaras legislativas; el desconocimiento de los legisladores de los temas que se votan; la pereza con que encaran los temas técnicos del Derecho, generalmente alejados del ruido político.

Sin embargo, hoy en día algunos autores dicen que es arbitraria cualquier posición de principio que exagere o repudie el valor de los llamados materiales legislativos, pues la labor interpretativa es tan ardua, que en determinados casos, esos antecedentes pueden ser un subsidio adecuado para esclarecer la deficiente tarea legislativa; pero, de todos modos, no cabe en modo alguno atribuir una significación autónoma a esos materiales, si no sólo en cuanto pueda demostrarse que el pensamiento en ellos desarrollados tuvo expresión, siquiera imperfecta, en el texto de la ley (Pérez González y Alguer).

Nuestra Corte Suprema ha establecido una distinción razonable: las palabras o conceptos vertidos en el seno del Congreso con motivo de la discusión de una ley, son manifestaciones de opinión individual, no pudiendo invocarse para modificar el alcance del texto legal, tal cual resulta de su texto expreso y categórico, cuando ellas no han sido aceptadas y establecidas claramente en el texto de la ley que se discutía; por el contrario, las explicaciones o aclaraciones hechas por los miembros informantes de los proyectos o en los informes de las respectivas comisiones encargadas de su estudio, constituyen una fuente propia de interpretación (conf. Salvat).

*b) El valor de las notas del Código Civil*²⁴:

Las publicaciones del Código Civil agregan, al pie de cada artículo, las notas que Vélez Sarsfield redactara durante su elaboración.

Bien dice Salvat que no debe buscarse en ellas el comentario auténtico e infalible de la ley, porque no siempre responden a su letra o a su espíritu con exactitud; es más, a veces resultan contradictorias con el texto, puesto que muchas veces Vélez Sarsfield revisó la norma que constituye el artículo, y quedó la nota en su redacción original.

Por lo demás esas notas son, frecuentemente, párrafos extraídos de las obras de los juriconsultos y por consiguiente, para darles su verdadero alcance es necesario también estudiar los párrafos de esas obras que preceden o siguen al que forma la nota (Salvat).

Díaz de Guijarro entiende que las notas en las cuales Vélez formula sus propias doctrinas tienen valor decisivo, y puntualizan la base y fin de

²⁴ Bibliografía especial: DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "El valor de las notas del Código Civil". J.A. 44-223.

la norma, cuya explicación no es necesario buscar en otras fuentes; y pueden encontrarse notas que por revelar el espíritu de la norma permiten una interpretación amplia o restrictiva del precepto al cual se hallan agregadas.

Así, la jurisprudencia tuvo que resolver un caso en el cual una carta contenía exclusivamente las disposiciones de última voluntad de una persona; el artículo 3648 dice: *“El testamento ológrafo debe ser un acto separado de otros escritos y libros en que el testador acostumbra a escribir sus negocios. Las cartas por expresas que sean respecto a la disposición de los bienes, no pueden formar un testamento ológrafo”*. Pese a la claridad del texto legal, el tribunal sostuvo que la carta en cuestión era un verdadero testamento ológrafo, ya que no contenía ningún otro tema y la nota al artículo 3648 dice: *“El testamento debe ser un acto escrito, hecho precisamente para probar las últimas voluntades”*; de allí se entendió que la carta a la cual alude el texto del artículo 3648, y que excluye el codificador, son los instrumentos en que las disposiciones testamentarias se entremezclan con otros asuntos o se las efectúa incidentalmente; pero si la carta se concreta exclusivamente a disposiciones de última voluntad, no cabe desconocerle carácter de testamento ológrafo, porque esta inteligencia no ha sido la del Dr. Vélez Sarsfield no obstante que la letra del texto excediera el alcance que quiso asignarle ²⁵.

En cambio, sigue explicando Díaz de Guijarro, carece de todo valor la nota cuando ella contradice abiertamente el texto de que se trata; como la nota al artículo 4023, que predicaba la prescripción decenal para la acción de daños y perjuicios causados por delitos o cuasi delitos, mientras que el artículo 4037 establecía para ese supuesto la prescripción anual.

Nos parece que el tema de las notas de Vélez Sarsfield ha perdido actualidad. Su trascendencia era exaltada por quienes perseguían conocer la voluntad del legislador, autor material de la ley, lo que hoy es por lo menos cuestionado a la luz de la jurisprudencia evolutiva.

Amén de ello, las reformas que ha sufrido el Código han servido para cambiar algo más importante que el texto; han variado su propio espíritu.

Muy poco queda de aquel Código que rechazaba la lesión, porque “dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores o, todas nuestras imprudencias” (nota al art. 943); y que en la misma nota sigue diciendo: “El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevisables los contratos”. Ni del que en la nota al artículo 2513 dice: “Pero es preciso reconocer que siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa. Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituye juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría

²⁵ C. 1ª Civ., 14/12/1932, cit. por Díaz de Guijarro.

en constituirse en juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida”.

Hoy nos rige un Código distinto, aunque siga insertado en el cuerpo redactado por Vélez; hoy se reconoce la lesión, el abuso del derecho, la imprevisión, el carácter relativo del derecho de propiedad en cuanto al ejercicio de ciertas facultades que de él emanan.

Por eso las más importantes notas de Vélez Sarsfield, que son aquellas en que puede conocerse su pensamiento político legislativo, han perdido actualidad, sin perjuicio de reconocer su valor para dimensionar en toda su inmensidad la personalidad del gran codificador argentino.

172. EL ELEMENTO LÓGICO

El elemento lógico fue utilizado particularmente por la escuela de la exégesis y por la jurisprudencia de conceptos. Por vía de la inducción y la deducción, se buscaban principios generales en número cada vez más reducido que permitieran la solución de los casos aparentemente no contemplados por el legislador.

Pero ese abuso del elemento lógico llevó en alguna medida al descrédito de estas escuelas, que redujeron la tarea judicial a la formulación de silogismos tendientes a subsumir los casos de la vida real en las hipótesis normativas; despreocupándose del resultado de la interpretación; y que cometieron el más craso error que fue el de llevar los conceptos de la lógica formal o de la lógica matemática al campo del Derecho.

Hoy en día la aplicación de la lógica tradicional está no sólo cuestionada sino virtualmente descartada.

Recaséns Siches, prestigioso autor de habla hispana, recuerda un ejemplo de Radbruch, según el cual en una estación ferroviaria había un letrado que transcribía un artículo del Reglamento de Ferrocarriles, cuyo texto rezaba: “Se prohíbe el paso al andén con perros”. Sucedió una vez que alguien iba a penetrar al andén con un oso; el empleado de vigilancia del acceso pretendió impedirlo, pero la persona que iba acompañada del oso protestó, diciendo que aquel artículo vedaba sólo el ingreso con perros, pero no con otra clase de animales.

La aplicación estricta de la lógica tradicional indicaría la razón de la persona que iba acompañada del oso; si el legislador hubiera querido prohibir también el paso con osos, podía haber añadido la palabra osos, o bien haber entrado en una designación más amplia como animales de gran tamaño, animales peligrosos, animales que puedan ocasionar molestias a los viajeros, o simplemente animales; pero utilizó sólo la palabra perros, unívoca, sin posibilidad racional de que se le dé un sentido diverso del que tiene, ni más amplio ni más restringido: ni animales diferentes de los perros ni una determinada especie de perros; sencillamente cualquier perro y nada más que los perros.

Pero, sin duda, tal interpretación resultaría descabellada, y todo el mundo razonaría en Derecho de la siguiente manera: si estaba prohibido el paso al andén con perros, se ha de entender, con mucha mayor razón, que debe considerarse también prohibido el acceso con osos. Ello así porque en el Derecho no priva la lógica matemática, sino la *lógica de lo razonable*, del logos de lo humano o de la razón vital o histórica (Recaséns Siches).

En los argumentos de razón, o razonabilidad, intervienen observaciones y experiencias de realidades varias, de realidades humanas y de realidades no humanas, así como intervienen juicios de valor, juicios estimativos derivados sobre fines, juicios estimativos sobre la bondad o no bondad de los medios, y juicios estimativos sobre la adecuación, y también sobre la eficacia de los medios para conseguir la realización de los fines propuestos.

Todo ello constituye la lógica de lo razonable que es la lógica jurídica, y en esto es donde realmente radica hoy en día la importancia del elemento lógico.

173. ELEMENTO SISTEMÁTICO

La interpretación sistemática obliga a considerar al ordenamiento jurídico como un todo orgánico.

Este criterio ha sido muy seguido por la jurisprudencia nacional; así, la Corte Suprema, con referencia a la Constitución ha dicho que ella debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente; en la inteligencia de sus cláusulas debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto ²⁶.

Por ello mismo la Corte ha dicho que debe computarse la totalidad de los preceptos de la ley, de manera que armonice con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución nacional, y en casos no expresamente contemplados ha de preferirse la inteligencia que favorece y no la que dificulte aquella armonía, a los fines perseguidos por las reglas ²⁷.

174. ELEMENTO SOCIOLÓGICO ²⁸

El elemento sociológico está integrado por una serie de factores ideológicos, económicos, morales, que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico.

²⁶ CSN, 23/11/1976, Fallos 296-432.

²⁷ CSN, 5/10/1976, Fallos 296-22; *idem*, 15/3/1977, Fallos 297-142; *idem*, 1/11/1977, Fallos 299-93; *idem*, 5/6/1979, Fallos 301-460.

A través de su utilización en la interpretación se trata de ajustar la norma a la realidad social, política, cultural, económica, vigente al tiempo en que se le aplica.

a) *Los standards jurídicos:*

El criterio sociológico tiene particular importancia para la interpretación de los denominados *standards* jurídicos, esa especie de normas en blanco, cuyo contenido concreto queda para la determinación del juez, verbigracia el buen hombre de negocios, el buen padre de familia, el interés de los hijos, el interés de la familia, la moral y las buenas costumbres, la buena fe.

Particularmente con relación a la moral y las buenas costumbres, en nuestro Derecho, se han sustentado dos tesis; aquella que vincula la moral y las buenas costumbres a la moral católica, y la que lo relaciona con la moral media de un pueblo en un momento dado.

La moral católica constituye un factor a ponderar por el juzgador en cada caso concreto, pues en principio esa religión es a la que pertenece la mayoría de los argentinos; y la nota al artículo 530 dice que las buenas costumbres son el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas.

Pero lo cierto es que predomina la tesis según la cual el juez no debe tener un criterio excesivamente estricto en la ponderación de tales *standards* con los cuales se tiende a juzgar la conducta de las personas.

Podríamos señalar, por ejemplo, que en la época actual no puede concebirse necesariamente como inmoral, y por ello sancionado por el derecho privado, las relaciones sexuales fuera del matrimonio, en la medida en que no implique ello adulterio; pese a que se encuentra claramente prohibido por las reglas de la religión.

175. *EL ELEMENTO TELEOLÓGICO*

El elemento teleológico desde nuestro punto de vista tiene una doble formulación.

Por un lado, la interpretación debe estar vinculada con la finalidad de la ley, con los motivos que determinaron su sanción, y con la ocasión en que fue dictada, es decir, se trata de la investigación de la *ratio* y de la *ocassio legis* con lo cual se penetra en el espíritu de la disposición, que no puede ser interpretado si no se descubre el pensamiento íntimo en ella encerrado (De Ruggiero).

El segundo aspecto del elemento teleológico está en el resultado en sí de la interpretación; del cual el intérprete no puede desvincularse.

²⁸ Bibliografía especial: MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, "El criterio de la realidad social en la interpretación de las normas jurídicas", *ADC* 1985-212.

Bien ha dicho nuestra jurisprudencia, en reiteradas oportunidades, que el intérprete no puede prescindir de las consecuencias que derivan de un fallo, toda vez que él constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y de su congruencia en el sistema en el que está engarzada la norma ²⁹; por ello ha de buscarse siempre una interpretación valiosa de lo que las normas han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones injustas, cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin de la tarea judicial ³⁰.

En síntesis, como han dicho muchas veces nuestros tribunales civiles no es posible que el intérprete maneje los artículos de la ley en un estado de indiferencia por los resultados ³¹.

Finalmente, el resultado de la interpretación debe ser siempre compatible con la Constitución Nacional (Larenz, Salvat), pues de otro modo tornaría a la ley en inconstitucional.

176. ELEMENTO COMPARATIVO

En el n° 135.1, hemos tratado del derecho comparado entre las fuentes del derecho. Lo allí dicho vale también para definir al derecho comparado como elemento de utilidad para la interpretación de nuestra propia ley, pues ante normas semejantes y que regulan situaciones que guardan una analogía fáctica, el modo en que la norma ha sido interpretada puede servir de orientación a los jueces nacionales.

VIII BIS. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY SEGÚN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

176.1. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED). REMISIÓN

El AED ha sido tratado en el n° 60.1 y siguientes, por lo que remitimos a lo allí expuesto.

Obviamente el AED tiene una relevancia fenomenal en materia de interpretación de la ley, especialmente cuando el agente interpretador es el juez, pues incorpora al análisis jurídico la noción de eficiencia en la asignación de recursos y abre la visión del jurista a las consecuencias económicas de las opciones legislativas y judiciales.

En este sentido, el AED predica que tanto el legislador al dictar la norma cuanto el juez hagan un análisis consecuencialista sea de la ley a sancionar o de la sentencia a pronunciar. Esto es: si la ley o sentencia

²⁹ CSN. 6/11/1980, E.D. 95-554, sum. 35.

³⁰ CSN, 24/4/1986, E.D. 20-A-842, sum. 1; *idem* 27/6/1985, E.D. 116-308.

³¹ CNCiv., Sala E, 10/8/1982, E.D. 102-654; *idem*, 23/12/1981, E.D. 98-470.

hacen una asignación eficiente de los recursos y cómo ha de incidir la ley o la sentencia en la conducta de las personas en el futuro.

Esto se ve muy claramente en el ámbito de la responsabilidad civil ³², en el cual el AED destaca como uno de los fines esenciales del sistema a *la prevención del daño*, pues la mejor forma de reducir los costes de los accidentes es evitando su producción ³³.

En este sentido se dice que el AED del derecho de accidentes toma especialmente en consideración que las reglas de derecho (leyes y sentencias) deben inducir a las personas (dañadores o víctimas) a adoptar los niveles de actividad y precaución que sean óptimos socialmente ³⁴. En otras palabras, se dice que la teoría básica de la prevención de los daños consiste en el efecto que la perspectiva de pagar una indemnización de daños tendrá en la conducta de partes en situación similar en el futuro ³⁵.

Y por ello puntualiza que:

— una regla que atribuya responsabilidad exclusivamente al dañador hace que la víctima no adopte un nivel de precaución razonablemente exigible;

— una regla que atribuya responsabilidad cualquiera sea el nivel de precaución que se adopte (regla de la responsabilidad objetiva) hace que el posible dañador adopte precauciones óptimas, porque un peso que invierta en seguridad o precaución se traduce en más de un peso de reducción de costes de accidentes;

— del mismo modo si los accidentes inciden en el nivel de actividad en el sentido de que a mayor actividad mayores costos de accidentes, la responsabilidad objetiva puede inducir al causante a adoptar un nivel óptimo de actividad ³⁶.

Otro aspecto que ha sido tratado muy relevantemente por el AED, y que se encuentra vinculado a la idea de prevención es el de la valoración de los daños ³⁷; y entre ellos reviste especial importancia la valuación de los daños a las personas.

³² V. RIVERA, Julio César, "Ideas directrices del sistema de responsabilidad civil en el proyecto de Código de 1998", en *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, 2000 (separata publicada por La Ley).

³³ La noción de "coste de los accidentes" ha sido introducida por CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes*, Barcelona, 1984, trad. de Joaquín Bisbal.

³⁴ MITCHELL POLINSKY, A., *Introducción al análisis económico del derecho*, trad. de J. Álvarez Flores, Barcelona, 1985; *op. y lug. cit.*

³⁵ POLINSKY, A. Mitchell - SHAVELL, Steven, "Punitive damages: an economic analysis", *Harvard Law Review*, 1998-869 y sigs.; otros autores son citados en "Problems and proposals in punitive damages reform", *Harvard Law Review*, vol. 113-2000-7, nota 80, pág. 1795.

³⁶ GÓMEZ, Fernando - PASTOR, Santos, "El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico", *ADC*, 1990-495.

³⁷ SCHÄFER, Hans-Bernd - OTT, Claus, *Manual de análisis económico del Derecho civil*, trad. de Macarena Von Carstenn-Lichterfelde, Madrid, 1986.

Contrariamente a lo que podría suponerse, el AED propicia asignar un valor a la vida humana, que no sea inferior al que la mayoría de la comunidad se asigna a sí misma (autovaloración) ³⁸.

Por ello, el derecho de responsabilidad civil *no debe subvencionar el homicidio*, como dicen Schäffer y Ott sucede en Alemania ³⁹, y en definitiva en todos los países en los cuales no hay indemnizaciones que cubran razonablemente el daño efectivamente causado

En otras palabras, no debe haber una infravaloración de los daños. Es que si se excluyen ciertos daños el causante se verá motivado a adoptar menos precauciones de las óptimas. El mismo efecto se produce cuando media una subestimación del quantum de los daños. *En síntesis, la infravaloración de los daños equivale a una verdadera regla parcial de no responsabilidad que reduce los incentivos para disminuir el riesgo* ⁴⁰.

Desde nuestro punto de vista ello es plenamente aplicable a los casos de indemnización de los daños causados a los derechos de la personalidad por medio de la prensa y a los supuestos de daños causados al medio ambiente. Por ello —como ya ha sido puntualizado— la doctrina propicia la adopción de soluciones que conduzcan a “expropiar” al agente dañador toda la utilidad que el dañador haya podido obtener por la mayor venta de ejemplares o por no haber puesto la diligencia debida en evitar el daño ambiental.

Un último plano en el que podemos ejemplificar como una sentencia debe tener en cuenta sus consecuencias sobre la conducta de los individuos y los comportamientos sociales en general, es el de la fijación de la tasa de interés ⁴¹. El Código Civil no ha establecido una tasa legal y el Código de Comercio remite a la que cobra el Banco de la Nación. Ello ha dado lugar a una gigantesca masa de fallos judiciales que en todas las épocas han pretendido fijar la tasa de interés, a veces caso por caso, a veces como criterios generales. La fijación judicial de las tasas de interés tiene una incidencia directa en la conducta de las personas. Así, una tasa que sea más baja que la de plaza, hará que el deudor litigue todo lo que pueda porque de ese modo tendrá dinero a más bajo costo que el que debería pagar recurriendo a un banco. Del mismo modo, esa tasa judicial baja puede inducir a comportamientos abusivos en contra del deudor, por ejemplo, exteriorizando en el contrato una suma mayor a la verdaderamente prestada, de modo que el acreedor se compense “anticipadamente” una posible reducción judicial de la tasa pactada, con lo que se

³⁸ Se argumenta que la conservación de la vida es útil por varias razones: (i) no se pierden los recursos que producía el muerto ni los que él usaba; (ii) hay una disminución del riesgo de propia muerte y de terceros de cuyo bienestar me encargo o se encarga.

³⁹ SCHÄFFER - OTT, *op. cit.*, n° 6.3., pág. 140.

⁴⁰ GÓMEZ - PASTOR, *op. cit.*, págs., 512/513.

⁴¹ V. RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela, “A la búsqueda de la tasa perdida”, *J.A.*, 1993-IV-276; RIVERA, Julio César, “Determinación de la tasa de interés por vía de un fallo plenario. Un abuso inconstitucional de las atribuciones judiciales”, *RDPC*, 2001-2-151.

causa daño a aquellos que la sentencia quiso proteger. También puede inducir a que la tasa se disimule en otros costos del contrato, o sea más difícil realizar una operación porque, por ejemplo, se requieran mayores comprobaciones de solvencia (esto sucede en la emisión de tarjetas de crédito), con lo cual son los deudores cumplidores los que subsidian a los deudores incumplidores.

En fin, el AED requiere contemplar las consecuencias económicas de las sentencias y de cómo las interpretaciones elegidas han de incidir en las conductas futuras de los individuos, partiendo del supuesto que estos han de elegir siempre aquello que les procure mayor beneficio.

IX. INTERPRETACIÓN INTEGRADORA ⁴²

177. OBLIGACIÓN DE FALLAR EN MATERIA CIVIL

El artículo 15 dice: "*Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*".

Este precepto, tomado del Código Civil francés (art. 4º), impone a los jueces la necesidad de encontrar siempre una solución a todos los casos que se les plantean, para lo cual ha de recurrir a los medios establecidos en el artículo 16, es decir que si la cuestión no puede resolverse por la palabra ni por el espíritu de la ley, atenderá a los principios de las leyes análogas y a la costumbre (art. 17) y si aún así fuere dudosa, resolverá por los principios generales del Derecho.

Estos textos nos enfrentan al problema de la plenitud del ordenamiento y la existencia de lagunas de la ley, así como, naturalmente, ante la necesidad de colmarlas para la resolución de los casos particulares que se presentan a los jueces. A esto dedicaremos los párrafos siguientes.

178. LAGUNAS LEGISLATIVAS Y LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO

Alguna doctrina, particularmente el positivismo jurídico, ha sostenido la inexistencia de lagunas, pero ella ha sido casi abandonada en la doctrina civilística contemporánea. Castán Tobeñas dice que con razón se ha observado que la lógica es impotente para llenar todos los vacíos resultantes de la insuficiencia de los textos. Y una norma negativa (todo lo que no está prohibido, está permitido) que completara el sistema jurídico resuelve muy poco en la esfera de la aplicación práctica, pues el principio general de libertad sólo podría, cuando más, suplir la ley en las materias

⁴² Bibliografía especial: COSSIO, Carlos, *Las lagunas del Derecho*, Córdoba, 1942; NOVALVO - PÉREZ ACERVO, "Las lagunas jurídicas", RDP 1980-637; VIGO (h), Rodolfo L., *Integración de la ley*, Buenos Aires, 1978; ZITELMANN, Ernesto, "Las lagunas del Derecho", trad. de Werner Goldschmidt, en *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1949.

que dependen de la autonomía privada; pero, carecería de toda eficacia obviamente en el ámbito de los derechos reales o del Derecho de familia.

Por lo tanto se ha de admitir la existencia de las lagunas, pues aun la más perfecta de las legislaciones no puede comprender la totalidad de los casos; ello equivale a rechazar el pretendido dogma positivista de la plenitud lógicamente necesaria de la legislación escrita (Castán Tobeñas).

Pero obviamente no hay vacíos en el ordenamiento jurídico en sí, pues a través de los medios de integración, el juez debe siempre encontrar una solución.

Dentro de estas soluciones, como lo señala el artículo 16, está la recurrencia a la analogía, o interpretación integradora.

179. CASOS EN QUE EXISTEN LAGUNAS

Puig Brutau dice que existen lagunas por lo menos en los siguientes casos:

a) Ausencia de regulación:

La ley calla en absoluto, aun intencionadamente, porque remite la solución a la costumbre (en nuestro país la regulación del nombre, hasta la sanción de la ley 18.248), o porque considera que la cuestión todavía no está madura para ser regulada (como sucedía con la adopción hasta la sanción de la primera ley).

b) Por imperfección técnica:

Porque alguna materia ha sido regulada sin tener en cuenta alguna de sus posibilidades.

c) Lagunas de regulación oculta:

Como sucede con las enumeraciones, limitativas o numerativas, que pueden ser incompletas; verbigracia en nuestro Derecho el artículo 144 que enuncia limitativamente las personas que pueden denunciar la demencia, y que sin embargo es ampliado por la doctrina que legitima al propio enfermo, y al tutor del mismo.

180. CÓMO LLENAR LAS LAGUNAS DE LA LEY

Los métodos de integración del Derecho dependen de las distintas posturas ideológicas de los autores o códigos.

En nuestro Derecho, cuando la ley sea de por sí insuficiente, el juez ha de recurrir a la analogía, a las costumbres y a los principios generales del Derecho, entendidos éstos, según nuestro criterio, no sólo por los principios propios del ordenamiento sino como los principios que constituyen o emanan del derecho natural.

Según otros puede ser por la libre investigación o creación del Derecho, que autoriza al juez a resolver según la norma que él como legislador promulgaría, siguiendo la doctrina consagrada y la tradición, como reza el artículo 1º del Código Civil suizo.

181. LA ANALOGÍA

a) *Concepto:*

Es la aplicación a un caso no previsto de la norma que se refiere a otro, que ofrece con el primero una semejanza que el intérprete considera suficiente para que la aplicación esté justificada, por concurrir en uno y otro la misma razón.

En síntesis, semejanza e identidad de razón son las dos notas en que se funda la aplicación de la analogía.

b) *Analogía de ley y analogía del Derecho:*

La analogía de ley va de lo particular a lo particular; ante el vacío de la ley, se aplica otra norma legal.

La analogía del Derecho procede a una abstracción general por base de las reglas particulares; induce de éstas principios generales que luego aplica al caso (Puig Brutau, Messineo). Aquí los principios generales son entendidos en el sentido de principios extraídos del ordenamiento positivo, no del derecho justo o derecho natural.

c) *Fundamentos:*

El fundamento de la aplicación analógica es el argumento *a pari ratione*; donde la razón es la misma, idéntica debe ser la norma de Derecho, pero suponiendo la igualdad de caracteres entre dos situaciones jurídicas. Deriva en definitiva, del principio general de igualdad (v. *supra*, nº 121).

d) *Analogía e interpretación extensiva:*

Se intenta diferenciar una de la otra. En la primera, es decir en la analogía, se trata de hallar una nueva norma que surge de otra superior, la que a través de la analogía se aplica indirectamente; en cambio en la interpretación extensiva, no se hace más que ampliar el contenido de la norma a casos no previstos literalmente en ella pero incluidos en su espíritu (Santos Briz).

Para invocar la analogía debe faltar una norma reguladora de la materia de que se trata; por la analogía se obtiene un principio no expreso en el que se pretende subsumir el caso no previsto, mientras que en la interpretación extensiva se procura descubrir el verdadero sentido de la norma existente; la analogía, como decimos, a diferencia de la interpretación extensiva, procura descubrir nuevas normas (Trabucchi).

e) Requisitos de procedencia:

Para que proceda la analogía es necesario que se den tres requisitos:
— que haya laguna legal, pues si no no sería aplicación analógica sino interpretación extensiva;
— que concurra la misma *ratio decidendi* o igualdad jurídica esencial entre el supuesto regulado y el que no lo está;
— que no exista prohibición legal de recurrir a la analogía.

f) Analogía y ley penal:

En el derecho penal está vedada, como principio, la aplicación analógica; la tipificación de la conducta sancionable debe ser expresa; si no hay una norma que expresamente califique como delictiva una conducta, debe entenderse que hay libertad de obrar.

La prohibición de la analogía en materia penal debe entenderse aplicable a cualquier norma represiva aunque no esté en el Código Penal.

g) Otras exclusiones de la analogía:

No pueden ser aplicadas analógicamente las leyes que tienen un puro carácter temporal, es decir que están destinadas a regir por un tiempo; las que se refieren a circunstancias excepcionales, como puede ser la ley de presunción de fallecimiento dictada durante el gobierno *de facto*, que se refiere a las personas desaparecidas en determinado período; las leyes prohibitivas y sancionadoras; las limitativas de la capacidad de las personas y de los derechos subjetivos; las normas de derecho singular o excepcional.

CAPÍTULO IV

EFFECTOS DE LA LEY CON RELACIÓN AL TIEMPO ¹

I. PLANTEO DEL PROBLEMA. INTRODUCCIÓN

182. *CUESTIONES QUE SUSCITA LA SANCIÓN DE NUEVAS LEYES*

El Derecho se encuentra en constante evolución, y por ello hoy más que nunca se sancionan a diario leyes nuevas, que como tales pueden incidir en las situaciones jurídicas existentes al tiempo de su entrada en vigor.

Es claro que las nuevas leyes han de regir las situaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a su entrada en vigencia.

Pero no es tan claro qué ha de suceder con las situaciones jurídicas que existen, que están constituidas y en curso, al tiempo de esa entrada en vigor de la nueva ley.

En teoría pueden darse tres respuestas a este tema:

- a) la ley nueva no alcanza a las situaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior;
- b) la ley nueva rige también para esas situaciones jurídicas;
- c) la ley nueva puede regir algunos aspectos de esas situaciones jurídicas; en principio; aquellos que no hayan sido concluidos definitivamente bajo la legislación sustituida.

183. *VALORES QUE ESTÁN EN JUEGO*

En la solución de las cuestiones precedentes debe tenerse en cuenta que entran en tensión dos tipos de valores, ambos respetables.

¹ Bibliografía general: ARECO, Juan Segundo, *La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos*, Buenos Aires, 1948; ROUBIER, Paul, *Le Droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, París, 1960; BORDA, Guillermo A., *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*, Buenos Aires, 1951; RAYCES, Alejandro, *Los derechos adquiridos en contratos sucesivos*, Buenos Aires, 1943; FIORE, Pascuale, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, trad. de Enrique Aguilera Paz, 3ª ed., Madrid, 1927; GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, "Sobre la significación del principio de no retroactividad de la ley", *ADC* 1966-45.

Por un lado, la nueva ley se considera —en abstracto— un avance sobre la derogada, sustituida o modificada legislación anterior. De allí que sea razonable la pretensión de que la nueva ley tenga el ámbito de vigencia más extendido posible.

De otro lado, si las nuevas leyes afectaran siempre a las relaciones o situaciones jurídicas constituidas, no habría seguridad alguna. Si las leyes pudieran reglamentar el pasado, pudieran hacer ilícito lo que era lícito, o viceversa, prohibir lo autorizado, etcétera, toda relación o situación jurídica estaría permanentemente en cuestión. La sociedad no sería posible, decía Mourlon.

De allí que la primera idea del Derecho moderno sobre el tema, ha sido la de la irretroactividad de las leyes, expuesta como principio general para regir la materia, y que ha sido elevada por Larenz a la categoría de principio general de Derecho (v. *supra*, n° 121).

A esta idea nos referimos seguidamente.

184. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

a) Origen:

En el Derecho Romano una constitución de Teodosio II y Valentiniano III, del año 440, recogida en el Código de Justiniano (I, 14), establecía que las leyes y constituciones “prescriben la forma de las causas futuras y no se retrotraen a los hechos pasados a menos que el legislador estatuya sobre el tiempo pasado y las cosas aún en suspenso”.

Esta norma, conocida como “regla teodosiana” es interesante, en cuanto a partir de ella se formuló el principio de irretroactividad con un amplio alcance: las leyes nuevas no alcanzan a los hechos pasados, ni aun a los que están en suspenso.

Pero, a la vez, la regla contenía una limitación a tal principio: el legislador puede retroaccionar la ley si lo considera oportuno (Areco).

La escuela del derecho natural investigó la noción de derecho adquirido —sobre la que construyó el concepto de ley retroactiva— tema al que nos referiremos más adelante.

b) Incorporación a los textos constitucionales:

A partir del siglo XVIII, el principio de irretroactividad comenzó a aparecer en algunas constituciones —la de los Estados Unidos, art. 1°, sec. 9, parág. 3; sec. 10, parág. 1—, aunque en general limitado al campo del derecho penal —francesa de 1793—, como lo ha hecho la Constitución argentina (art. 18).

En cambio, las constituciones de Noruega de 1814 y de Brasil de 1824 establecieron la irretroactividad tanto para el campo penal como para el civil.

c) Incorporación a las legislaciones civiles:

El Código Napoleón establece en su artículo 2º que la ley no dispone más que para el futuro; ella no tiene efectos retroactivos.

Esta regla ha pasado a otros códigos que la han recogido en términos muy semejantes (Código austriaco, los códigos de los Estados italianos anteriores a la unificación del reino, y también el Código de 1865).

La norma ha sido materia de algunas adiciones: así, en el Código Civil español se prevé la excepción de la regla teodosiana: las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieron lo contrario (art. 3º, mantenido exactamente en el art. 2º, inc. 3º, del nuevo Título Preliminar).

Nuestro Código Civil sostuvo la irretroactividad de principio, vinculada a la noción de derechos adquiridos (art. 3º), y previó excepciones en favor de las leyes interpretativas y de orden público (arts. 4º y 5º). De todos modos, como se verá más adelante, nuestro Código Civil adoptó también la idea del efecto inmediato de la nueva ley que no es contradictoria con la regla de la irretroactividad (arts. 4044 y 4045).

d) La irretroactividad en materia penal:

En esta materia la irretroactividad es sí un principio absoluto. Nuestra Constitución lo dispone expresamente en el artículo 18.

La excepción a la regla de la irretroactividad de la ley penal está dada por la ley más benigna, que debe aplicarse a quienes no estuvieren condenados a la época de la sanción de la nueva ley menos severa que la anterior.

185. EXCEPCIONES A LA IRRETROACTIVIDAD

Reconocida la irretroactividad como regla de principio por las legislaciones civiles decimonónicas, se impusieron límites a ella por vía de al menos tres excepciones:

a) Las leyes de orden público:

Cuando la materia legislativa atañe al orden público, es mayor el interés general en su aplicación inmediata a todas las relaciones jurídicas existentes, sea que estuvieren o no constituidas al tiempo de la entrada en vigencia de la ley.

De allí que algunas legislaciones, como el mismo Código Civil de Vélez Sarsfield, reconocieron que frente a la ley de orden público nadie puede invocar derechos irrevocablemente adquiridos, admitiéndose por ende, la aplicación retroactiva de este tipo de leyes (art. 5º).

De todos modos, la retroactividad de las leyes de orden público no es absoluta: siempre encuentra su valladar en las garantías constitucionales. Así tuvo oportunidad de decirlo muchas veces nuestra Corte Suprema.

b) Leyes interpretativas:

Ya hemos examinado el tema de las leyes interpretativas (v. *supra*, nº 145). Se sostiene que la ley interpretativa es la misma ley interpretada, por lo que puede tener vigencia al mismo tiempo que ésta, aunque no puede afectar nunca a los casos ya juzgados (art. 4º).

c) Leyes expresamente retroactivas:

Habida cuenta de que la regla de la retroactividad aparece expresa en códigos que no son más que leyes, nada impide que el legislador otorgue efectivamente efecto retroactivo a una nueva ley que sancione.

Es decir, en otras palabras, que el legislador puede determinar —con la sola limitación de respetar los derechos amparados o tutelados por garantías constitucionales— la vigencia hacia el pasado de una ley por él sancionada (art. 3º, a partir de la reforma de la ley 17.711).

186. CONCLUSIÓN: LA IRRETROACTIVIDAD ES UN PRINCIPIO DE HERMENÉUTICA

De lo expuesto en el número precedente, la doctrina ha extraído como conclusión prácticamente unánime, que el principio de irretroactividad de las leyes expresado en los códigos civiles como el argentino en su redacción original, no es más que una regla hermenéutica dirigida al juez. No es entonces una norma de conducta para el legislador, quien tiene una completa independencia para cada caso particular con la ya mentada limitación impuesta por la Constitución Nacional (conf. Rayces, Areco, Llambías, Borda, etcétera).

II. DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE RETROACTIVIDAD

187. PLANTEO

Hasta aquí hemos visto que los códigos civiles decimonónicos establecen un principio legal de irretroactividad de las leyes; que no tiene otro alcance que el de ser una regla de hermenéutica dirigida al juez, pues el legislador puede sancionar leyes retroactivas.

Mas ahora es del caso preguntarse: ¿cuándo una ley es retroactiva? A esta pregunta trataron de responder los autores mediante la construcción de diversas doctrinas, la primera de las cuales ha sido la de los derechos adquiridos y que, en síntesis, propicia la idea de que la ley es retroactiva cuando alcanza a derechos adquiridos, y no lo sería cuando afecta meras expectativas o facultades.

188. DOCTRINA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

a) Origen. Principales expositores:

La doctrina de los derechos adquiridos tiene su origen en la escuela del derecho natural. Christian Wolff es quien desarrolla la idea de que hay derechos innatos (como la libertad o la igualdad), establecidos por leyes naturales; y derechos adquiridos, que nacen de la actividad particular de los hombres, que por tanto pueden renunciarlos, enajenarlos, modificarlos, acrecentarlos o disminuirlos. Los primeros están regidos por las leyes naturales que rigen desde siempre; los segundos por las leyes positivas, que como acto de voluntad del legislador, no pueden tener vigencia sino desde que esa voluntad se expresa, por lo que sólo regirán hacia el futuro, sin tocar el pasado.

La idea, que se encuentra también en Domat y otros autores, es desarrollada luego de la sanción del Código Napoleón por Blondeau bajo la noción de “esperanzas” (1809) y finalmente construida por Merlin (1825) y Chabot d’Allier (1829).

Dominó todo el siglo XIX, apareciendo las primeras críticas a la misma en los últimos años del mismo siglo XIX en algunos escritos de Vareilles Sommières y otros autores.

Como se verá, a pesar de su recepción en algunas legislaciones, ha sido abandonada por la doctrina de los autores.

b) Concepto de derecho adquirido:

El meollo de la doctrina que examinamos radica en que la nueva ley debe respetar los derechos adquiridos. Entre nuestros autores, que examinaron el tema a propósito del artículo 3° del Código Civil en su redacción original, se había llegado a la conclusión generalmente aceptada, de que debía entenderse que hay derecho adquirido cuando se reúnen todos los presupuestos exigidos por la norma para su imputación a favor del sujeto en calidad de prerrogativa jurídica individualizada; en síntesis, el derecho ya está incorporado al patrimonio antes de la sanción de la nueva ley (Llambías, Arauz Castex).

c) Concepto de mera expectativa:

En cambio, mera expectativa existe cuando todavía no se han cumplido todos los recaudos para que se impute el sujeto esa prerrogativa jurídica individualizada.

Para diferenciarlos en la realidad se recurría al ejemplo de la ley que modificara los grados sucesorios. Nuestro Código Civil asignaba la calidad de heredero al pariente ubicado hasta el sexto grado de consanguinidad; la ley 17.711 modificó tal regla, limitándola al consanguíneo hasta el cuarto grado. El primo segundo de una persona fallecida antes del 1/7/1968 (fecha de entrada en vigencia de la ley 17.711), pariente den-

tro del sexto grado de consanguinidad, tenía un derecho adquirido a la sucesión del causante; por lo tanto la nueva ley no podría afectar la situación jurídica consolidada al amparo del anterior régimen. En cambio los primos segundos de quienes no hubiesen fallecido al 1/7/1968 no tenían más que una mera expectativa, por lo que la nueva ley podía modificar respecto de ellos los grados sucesorios sin que por ello se le atribuyese carácter retroactivo.

d) Formulación de la doctrina:

En síntesis, la doctrina de los derechos adquiridos afirma que una ley es retroactiva cuando afecta derechos adquiridos al amparo de la anterior legislación; y no lo es cuando sólo se dirige las meras expectativas o facultades.

e) Recepción legislativa:

Numerosos códigos recogieron la idea de los derechos adquiridos. Entre ellos nuestro Código Civil, cuyo artículo 3º establecía en su redacción original: "*Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo ni pueden alterar los derechos ya adquiridos*". La idea se reproducía en el artículo 4044, conforme al cual "*Las nuevas leyes deben ser aplicadas a los hechos anteriores, cuando sólo priven a los particulares de derechos que sean meros derechos en expectativa; pero no pueden aplicarse a los hechos anteriores, cuando destruyan o cambien derechos adquiridos*" (v. también el viejo texto del art. 4045).

Los artículos 4044 y 4045 fueron derogados por la ley 17.711 que abandonó la idea de los derechos adquiridos (v. *infra* nº 196 y sigs.)

f) Crítica:

Muchos autores han señalado la inutilidad de la doctrina de los derechos adquiridos.

Por un lado se ha sostenido que todas las leyes nuevas afectan, de una manera u otra, derechos adquiridos por los particulares; de modo que los sostenedores de la teoría se han preocupado por establecer cuáles derechos adquiridos son merecedores de ser amparados con la irretroactividad y cuáles no.

Por lo demás puede haber leyes que claramente no tengan efectos retroactivos y que sin embargo afecten sin duda derechos adquiridos; por ejemplo, una ley que a partir de mañana suprimiera el derecho de propiedad no podría decirse que es retroactiva, pero sí que afecta derechos adquiridos (Borda).

De allí que los autores tiendan a sustituir esta doctrina por otras que examinaremos seguidamente.

189. DOCTRINA DE LOS HECHOS CUMPLIDOS

a) Exposición:

La doctrina de los autores, vista la insuficiencia de la noción de derechos adquiridos para explicar el fenómeno de la validez temporal de las leyes, se dio a elaborar otras ideas, entre las cuales tuvo y sigue teniendo especial consideración la teoría de los hechos cumplidos o consumados.

Más allá de algunos desarrollos atribuidos a autores alemanes y austriacos del siglo XIX (v. Areco), la primera formulación orgánica que llega a nosotros es la realizada por los italianos Chironi y Abello.

Siguiendo básicamente la exposición que hace Areco, podemos sintetizar la doctrina de Chironi y Abello diciendo que para ellos, en principio, no puede existir conflicto de leyes sucesivas, pues cada una debe regir los hechos cumplidos en el momento en que se encuentran en vigor. El conflicto podría existir sólo cuando un hecho, que se ha cumplido bajo la vigencia de una ley, tiene efectos que se prolongan en el tiempo y resultan entonces alcanzadas por una nueva ley de manera diversa como lo hacía la que estaba en vigor cuando ese efecto comenzó a producirse.

¿Cómo se resuelve este conflicto? La regla es que los efectos deben considerarse comprendidos en el hecho cumplido, y por lo tanto quedan sometidos a la ley anterior. Pero si se trata de efectos que puedan o no existir como consecuencias del hecho, y que no tienen relación conexas con el hecho, la ley nueva puede sujetarlos a su norma, sin que por ello pueda sostenerse que haya retroactividad, porque tales efectos no tienen la característica del hecho ya existente, esto es, cumplido.

b) Desarrollos ulteriores:

La doctrina de los hechos cumplidos ha tenido desarrollos en Francia (Vareilles - Somières) y en otros países, pero probablemente el aporte más original corresponde a Coviello.

Este autor afirma que la ley tendría efecto retroactivo siempre que afecte hechos cumplidos y consecuencias anteriores a la vigencia de la ley nueva.

Pero agrega que, además, la ley nueva no puede afectar consecuencias posteriores a su entrada en vigor cuando tengan relación de causa a efecto con el hecho cumplido bajo vigencia de la ley antigua.

En cambio, si la consecuencia del hecho no tiene relación de causa efecto con un hecho cumplido, no hay retroactividad, sino aplicación inmediata de la ley.

c) Recepción legislativa:

La doctrina de los hechos cumplidos tiene reflejo normativo en el Código suizo de las obligaciones (art. 882) y en el Código Civil del mismo país. También el artículo 2º, *in fine* del Código Civil del Paraguay, conforme

al cual "las leyes nuevas no pueden invalidar o alterar los hechos cumplidos ni los efectos producidos bajo el imperio de las antiguas leyes".

d) Importancia:

La importancia de esta tesis radicó en la distinción entre los hechos cumplidos y sus consecuencias, así como entre retroactividad y aplicación inmediata de la ley.

Esos conceptos pasarían a constituir el material sobre el cual elaboraría Paul Roubier su teoría que ha influido directamente en el nuevo artículo 3º del Código Civil argentino.

190. DOCTRINA DE ROUBIER

a) Exposición:

La primera edición de la obra de Roubier es de 1929 y se publicó bajo el título *Conflits des lois dans le temps*. La segunda es de 1960 y lleva como título *Le Droit transitoire*.

En muy prieta síntesis puede decirse que la doctrina de Roubier ha tenido el enorme mérito de proponer un sistema coherente sobre la base de las ideas de irretroactividad de la ley respecto de los hechos cumplidos y efecto inmediato de la ley sobre las situaciones jurídicas.

b) Elementos:

La teoría se caracteriza entonces, por el recurso a la noción de situación jurídica y al principio del efecto inmediato de la ley nueva.

Así Roubier determina que en toda situación jurídica los aspectos dinámicos son los de la creación o constitución y de la extinción; cuando una de estas fases está concluida es un hecho cumplido y la ley nueva no puede volver sobre ella. Verbigracia, si dos personas se han casado conforme a una ley, otra posterior no puede modificar ese hecho.

Pero la situación jurídica tiene también una fase estática durante la cual ella produce sus efectos: los efectos posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley son regulados por ella (principio del efecto inmediato de la ley nueva). Así si una ley modifica la capacidad de la mujer casada o el régimen de bienes en el matrimonio, tendrá aplicación aun a quienes se hubieren casado conforme al régimen legal sustituido.

Se advierte pues, que el autor ha puesto más el acento en el efecto inmediato hacia el futuro de la ley nueva que en el efecto hacia el pasado.

Este principio de aplicación inmediata tiene una excepción en la doctrina de Roubier: los contratos que tienen duración en el tiempo (tracto sucesivo) quedan sometidos a la ley en vigor al tiempo de su conclusión, como modo de respetar la voluntad de los contratantes.

Más adelante, al examinar el último párrafo del artículo 3º vigente, volvemos sobre el tema de la ley nueva y los contratos en curso de ejecución.

c) Influencia:

La doctrina de Roubier ha tenido una gran difusión en todo el mundo, ha sido aceptada por la Corte de Casación francesa a partir de una sentencia del 29/4/1960 y es la fuente de inspiración de la ponencia de Borda al III Congreso Nacional de Derecho Civil, cuya recomendación fue seguida casi a la letra por la ley 17.711 en la redacción del artículo 3º vigente.

d) Síntesis de supuestos en los cuales una ley sería retroactiva:

Borda, un gran estudioso de la obra de Roubier y sus aplicaciones, sintetiza los casos en que, según la doctrina de este autor, una ley sería retroactiva. Los exponemos a continuación, siguiendo las enseñanzas de Borda, pues su conocimiento es indispensable para una correcta interpretación del artículo 3º vigente.

La ley sería retroactiva:

— Cuando vuelve sobre la constitución de una relación jurídica; verbigracia sobre la forma del matrimonio o los modos de adquisición del dominio.

— Cuando vuelve sobre la extinción de una situación jurídica; por ejemplo, si volviese sobre los divorcios decretados al amparo de una legislación que lo admitía. Este es un ejemplo propicio para diferenciar los efectos retroactivos de los inmediatos. En 1954 se sanciona la ley 14.394 que autoriza el divorcio vincular; en 1956 se dicta un decreto que suspende sus efectos. Quienes se divorciaron y volvieron a casar al amparo de la ley 1954, establecieron definitivamente su nuevo estado civil. Quienes no se divorciaron, naturalmente, ya no pudieron hacerlo a partir del decreto de 1956. Y quienes se habían divorciado en 1954 pero no se habían casado en 1956 no pudieron ya contraer nuevas nupcias: el decreto se aplicó a las consecuencias futuras —no cumplidas aún— de una situación jurídica existente.

— Cuando se refiere a efectos de una situación jurídica producida al amparo de la anterior ley. Por ejemplo, si se pretendiese que una ley que reduce la tasa de interés tuviese efecto sobre los ya pagados por el deudor.

— Cuando atribuye efectos que antes no tenían ciertos hechos o actos jurídicos, si esos efectos se atribuyen por la vinculación del hecho o acto con un período anterior a la vigencia de la ley. Borda dice que tal sería el caso de una ley que estableciera un impuesto a la actividad por haberla desarrollado antes de su vigencia. Este criterio ha sido el aplicado por nuestra Corte Suprema para declarar inaplicables ciertas gabelas ².

— Cuando se refiere a las condiciones de validez y a efectos que ya se han producido a los elementos anteriores de una relación o situación jurídica que se encuentre en curso de constitución o de extinción en el

² CSN, 1/10/1987, J.A. 1988-I-94.

momento de entrada en vigencia de la ley, siempre que estos elementos tengan un valor jurídico propio. De este modo sería retroactiva una ley que declarase no producida la interrupción de una prescripción.

Fuera de estos casos la ley no tiene efecto retroactivo, y cuando se refiere a las consecuencias de las situaciones jurídicas en curso, se trata de efecto inmediato o aplicación inmediata de la nueva ley.

191. ELABORACIONES POSTERIORES A ROUBIER ³

Entre los trabajos posteriores a Roubier, y que han contribuido a perfilar con mayor nitidez algunos aspectos del denominado Derecho transitorio, merecen mencionarse los trabajos de Bach, Level, Heron y particularmente la tesis de Dekeuwer-Défossez.

Debe apuntarse que los nuevos estudios no han prescindido de las enseñanzas de Roubier; antes bien han partido de sus ideas tratando de ajustarlas a las nuevas realidades, en particular a nuevos criterios legislativos.

La principal evidencia que trae a la luz la obra de Dekeuwer-Défossez es que hay un aspecto de la tesis de Roubier que aparece sí severamente cuestionado. Se refiere a la subsistencia de la ley antigua cuando se trata de la regulación de los contratos. Si bien la jurisprudencia francesa es muy reacia a aplicar las nuevas leyes a los contratos en curso de ejecución, lo cierto es que se han dictado numerosas leyes que han establecido ese efecto inmediato de modo expreso. Por lo demás, dice la autora citada, la eficacia práctica de la legislación económica no puede acomodarse a la sobrevivencia de la ley antigua. También la aplicación de las nuevas leyes interesa muchas veces a una de las partes (v.gr., la legislación de emergencia en materia de locaciones, referida a la actualización o indexación de las prestaciones pactadas en ciertos contratos, etc.).

Finalmente, la idea de la aplicación de la ley antigua al contrato en curso, partía de la noción de contrato libremente celebrado entre las partes, y ello es distinto a los contratos *por adhesión*, los contratos tipo y los contratos forzados. De allí que toda la legislación en materia contractual que se dirija particularmente a la protección de la parte más débil del contrato, debe ser aplicada de manera inmediata.

Volveremos sobre estos aspectos *infra* número 204.

³ Bibliografía especial: LEVEL, V. P., *Essai sur les conflits des lois dans le temps*, Paris, 1959; BACH, L., "Contribution a l'étude de l'application des lois dans le temps", *RTDC*, 1969-405; DEKEUWER DEFOSSEZ, Françoise, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, Paris, 1977; HERON, Jacques, "Etude structurale de l'application de la loi dans le temps (a partir du Droit civil)", *RTDC*, 1985-277.

III. LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

192. TEXTOS COMPROMETIDOS

En el Código Civil en su redacción original, el tema de la vigencia temporal de la ley estaba contemplado en los artículos 3º a 5º y 4044 a 4051. A la mayoría de ellos nos hemos venido refiriendo en los párrafos precedentes, por lo que no haremos su transcripción ahora, limitándonos a explicar brevemente los principios que de ellos extrajeron doctrina y jurisprudencia en los puntos que siguen.

193. PRINCIPIOS RECONOCIDOS POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

a) *Irretroactividad de la ley:*

El artículo 3º establecía el principio fundamental de la irretroactividad de la ley y de que las leyes disponen para lo futuro.

Para determinar cuándo una ley era retroactiva, el artículo 3º, en juego armónico con los artículos 4044 y 4045, recurría a la noción de derechos adquiridos y simples expectativas. La doctrina participó de las nociones que hemos expuesto *supra* nº 188.

Quedaba muy claro entre nuestros autores y la jurisprudencia de los tribunales nacionales que éste era un principio de carácter legal, y nada impedía al legislador disponer una eficacia retroactiva para la nueva ley.

Sin embargo, nuestra Corte Suprema nacional determinó en numerosas oportunidades, que las leyes retroactivas no podían afectar el derecho de propiedad, en el sentido constitucional del término, esto es, concebido como todo derecho subjetivo que el hombre tiene fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad; con lo que la idea "derechos adquiridos" viene a coincidir con la de "propiedad" en el sentido constitucional (v. nota 11, en Cap. I).

b) *Efecto inmediato de la ley nueva:*

Las nuevas leyes debían aplicarse a las situaciones jurídicas existentes, salvo que privasen de derechos adquiridos. Ello surgía de los artículos 4044 y 4045. Por lo demás, el artículo 4046 establece que la capacidad civil es regida por las nuevas leyes, aunque abroguen o modifiquen las cualidades establecidas por las leyes anteriores.

Se advierte que Vélez Sarsfield distinguió con gran lucidez entre la aplicación inmediata de la ley y el efecto retroactivo, como lo prueba la nota al artículo 4046, particularmente en su segundo párrafo, donde luego de ejemplificar con la aplicación de nuevas leyes que limitan la capacidad civil otorgada por la anteriormente vigente, puntualiza: "*La ley nueva, reglando la capacidad civil de las personas, no tiene por esto un efecto retroactivo...*".

c) Excepción de las leyes interpretativas:

El artículo 4º disponía que las leyes interpretativas no pueden afectar los casos ya juzgados. Es decir que el Código admitía la existencia de estas leyes interpretativas, y limitaba su retroacción sólo respecto de los casos ya juzgados.

Hemos estudiado antes, que la jurisprudencia ha concluido en que los jueces tienen potestad revisora de la calificación de la ley interpretativa hecha por el Congreso, con lo cual recortaba grandemente la influencia de este tipo de legislación.

d) Excepción de las leyes de orden público:

El codificador dispuso, en el artículo 5º, que nadie puede invocar derechos irrevocablemente adquiridos frente a una ley de orden público.

Si bien fue motivo de discusiones, la generalidad de los autores y la jurisprudencia determinaron que esto no implicaba que las leyes fueran retroactivas por el solo hecho de ser calificadas como de orden público, sino que tal efecto debía ser establecido expresamente por el legislador.

Por otro lado, y pese a la enfática declaración del artículo, nuestros tribunales concluyeron, siempre, en que la ley de orden público no podía afectar el derecho de propiedad amparado por la Constitución Nacional.

IV. EL RÉGIMEN VIGENTE 4

194. TEXTOS COMPROMETIDOS

A partir de la sanción de la ley 17.711 rigen nuevas reglas de derecho transitorio, que examinaremos a continuación.

⁴ Bibliografía especial: MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3º (Código Civil) (Derecho transitorio)*, Córdoba, 1976; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., "Irretroactividad de las leyes", *L.L.* 135-1485; BORDA, Guillermo A., "Efectos de la ley con relación al tiempo", *E.D.* 28-807; LLAMBIAS, Jorge J., *Estudio de la reforma*, Buenos Aires, 1969, págs. 17 y sigs.; WOLCOWICZ, Pedro, "Aplicaciones de la ley 17.711 a las relaciones jurídicas existentes", *Juris*, 33-265; ACUÑA ANZORENA, Arturo, "Reflexiones sobre la ley 17.711 de reforma al Código Civil", *L.L.* 130-1085; LÓPEZ OLACIREGUI, José M., "Efectos de la ley con relación al tiempo...", *Rev. del Colegio de Abogados de La Plata*, nro. 21, pág. 71; PARDO, Alberto J., "El art. 3º del Código Civil según la ley 17.711", *L.L.* 135-1354; MORELLO, Augusto M., "Eficiencia de la ley nueva en el tiempo" en *Examen y crítica de la reforma*, La Plata, 1971, pág. 59; CORTÉS, Hernán, "Los conflictos de las leyes en el tiempo y la reforma del Código Civil", *L.L.* 132-1283; NOVILLO SARAVIA (h), Lisardo, "La retroactividad de la ley en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil", *J.A.*, Doct. 1970-572; CLARIA, Enrique Luis - CLARIA (h), José Octavio, "Ambito de aplicación temporal de la ley", *E.D.* 56-785; PERISSE, Pedro, "Aspectos de la ley 17.711", *E.D.* 24-975; ALLENDE, Guillermo L., "Art. 3º del Código Civil: volver al Código Civil. Graves errores de la reforma y del IIIº Congreso Nacional de Derecho Civil", *L.L.* 1977-A-703; "Sobre el art. 3º del Código Civil. El contrato y las leyes transitorias sobre una réplica del Dr. Borda", *L.L.* 1977-B-857; BORDA, Guillermo A., "Sobre el art. 3º del Código Civil a propósito de un artículo del Dr. Allende, Guillermo L.", *L.L.* 1977-B-737; "Sobre el art. 3º del Código Civil. Punto final a una polémica", *L.L.* 1977-C-755.

a) *Artículo 3º:*

Dice este precepto: *"A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican 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"*.

b) *Derogaciones:*

La ley 17.711 derogó los artículos 4º (leyes interpretativas), 5º (leyes de orden público), 4044 y 4045 (reproducciones del principio del artículo 3º con expresa mención de los derechos adquiridos y meras expectativas).

c) *Quid de los artículos 4046 a 4051:*

La ley 17.711 no derogó los artículos 4046 a 4051, todos referidos a la aplicación de las leyes civiles. Los cinco primeros (4046 a 4050) han subsistido —por cuanto la ley 17.711 derogó expresamente los artículos 4044 y 4045 y no éstos— y las disposiciones en ellos contenidas no contradicen la regla del nuevo artículo 3º. Por el contrario son aplicaciones de la noción de efecto inmediato de la ley (arts. 4046, 4047 y 4048); y de la no aplicación inmediata cuando ella pudiera afectar la constitución de una relación jurídica y por ello existiera verdadera retroactividad (arts. 4049 y 4050).

Sobre el artículo 4051 volveremos más adelante.

d) *Ley 17.940:*

Poco tiempo después de la sanción de la ley 17.711 se dictó una suerte de fe de erratas, ley número 17.940, cuyo artículo 2º dice: *"Si los plazos de prescripción que fija la ley 17.711 fueren más breves que los del Código, y hubieren vencido o vencieren antes del 30 de junio de 1970, se considerará operada la prescripción en esta fecha"*.

e) *Quid del artículo 4051:*

El artículo 4051 expresa: *"Las prescripciones comenzadas antes de regir el nuevo Código están sujetas a las leyes anteriores; pero si por esas leyes se requiriese mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedarán sin embargo cumplidas, desde que haya pasado el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día en que rija el nuevo Código"*.

Como consecuencia de que tanto el artículo 4051 como la ley 17.940 tocan el tema de la prescripción, se ha puesto en duda la vigencia actual del artículo 4051.

Sin embargo, debe advertirse que el artículo 4051 establece una regla de derecho transitorio que es la siguiente: si la ley nueva trae plazos

de prescripción más extensos, la prescripción se rige por la ley vigente al tiempo en que comenzó su curso; si la ley nueva trae plazos más breves, se aplica la ley nueva pero a contar desde el día de la vigencia de la nueva ley.

La ley 17.940 trata sólo de los plazos más breves, por lo que no existe óbice para considerar que el artículo 405 I mantiene todo su vigor para solucionar el conflicto que se plantea cuando una nueva ley trae plazos de prescripción más extensos que la anterior normativa (conf. Moisset de Espanés).

195. ANTECEDENTES DE LA REFORMA

La fuente inmediata del nuevo artículo 3º es la recomendación que sobre el tema aprobara el III Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961).

La recomendación a su vez siguió casi a la letra la ponencia del doctor Borda.

Existe una sola diferencia entre la recomendación del congreso y el texto del artículo 3º. Este contiene un último párrafo conforme al cual las nuevas leyes supletorias no se aplican a los contratos en curso de ejecución.

Cuadra puntualizar que este párrafo estaba en la ponencia de Borda pero había sido desechado durante el debate en el Congreso.

V. EXÉGESIS DEL NUEVO RÉGIMEN

196. ENUMERACIÓN DE LAS REGLAS QUE CONTIENE

El nuevo artículo 3º contiene cuatro reglas, que son:

- aplicación o efecto inmediato de las nuevas leyes a las situaciones y relaciones jurídicas en curso;
- principio de irretroactividad salvo disposición legal en contrario;
- límite de la retroactividad dado por los derechos amparados por la Constitución;
- subsistencia de las leyes supletorias vigentes al tiempo de la conclusión de los contratos.

197. CONCEPTO DE SITUACIÓN Y RELACIÓN JURÍDICA

Habíamos dicho que uno de los aciertos de la doctrina de Roubier fue la utilización del concepto de situación jurídica.

Nuestro nuevo texto alude a situación y relación jurídica, términos que no son unívocos; por el contrario, en la doctrina son utilizados con contenidos muy diversos (v. López de Zavalía; *idem*, Allende; v. *infra*, núms. 246 y 247).

Por lo tanto, para determinar qué ha querido decir el legislador nada mejor que recurrir al criterio de Borda, dada su influencia en la gestación del nuevo texto.

Dice este autor que relación jurídica es aquella que se establece entre dos o más personas, con un carácter peculiar y particular, esencialmente variable. Las más frecuentes son las que nacen de la voluntad de las partes: contratos, testamentos. Estas relaciones se extinguen con el ejercicio de los derechos o cumplimiento de las obligaciones que emanan de ellas.

La situación jurídica es permanente; los poderes que de ella derivan son susceptibles de ser ejercidos indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder; está organizada por la ley de modo igual para todos. Ejemplos son los derechos reales y las situaciones jurídico familiares.

De todos modos la distinción es —a estos efectos— irrelevante: ambos tienen el mismo tratamiento (conf.: Clariá - Clariá [h]).

198. EFECTO INMEDIATO

a) Regla general:

Nuestro Código, siguiendo las enseñanzas de Roubier, adopta de manera expresa la regla del efecto inmediato de la nueva ley, la que se aplicará a las situaciones y relaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a ella y a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes al tiempo de entrada en vigor del nuevo texto legal.

b) Concepto de consecuencias:

Las consecuencias son todos los efectos —de hecho o de derecho— que reconocen como causa a una situación o relación jurídica existente (conf. Cifuentes). Llambías ha distinguido las consecuencias de hecho, a las que se aplican las leyes nuevas, y las consecuencias jurídicas, a las que se aplicaría la ley antigua. Tal tesis ha sido sostenida para justificar la no aplicación de normas nuevas a relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación antigua que regulaban de manera distinta algunos aspectos de ellas. En concreto Llambías propiciaba que no eran aplicables a los hechos ilícitos cometidos con anterioridad a la ley 17.711, los preceptos relativos al daño moral (art. 1078) y a la responsabilidad objetiva (art. 1113).

En realidad ni el daño moral ni la responsabilidad objetiva son consecuencias jurídicas futuras o posteriores a la nueva ley; por el contrario, hacen a la constitución de la relación jurídica, regida por la vieja ley, pues de otro modo estaríamos en un supuesto de retroactividad. Volvemos sobre el tema al tratar las aplicaciones prácticas de los principios del artículo 3º.

c) Consecuencias a las que se aplican las nuevas leyes:

Ha quedado ya expresado en el párrafo precedente. Las nuevas leyes se aplican a las consecuencias que se producen después de la sanción de la nueva ley.

Así, si una ley reduce el monto de los alquileres urbanos en un 10%, ella se aplicará a los cánones que se hagan exigibles con posterioridad a su entrada en vigencia. No se aplicará a los meses ya pagados, pues éstas son consecuencias ya producidas; ni a los meses pasados aunque no hayan sido pagados.

De la misma manera, si una ley impone el consentimiento conyugal para la enajenación de ciertos bienes gananciales o propios (como sucedió con el art. 1277 sancionado por la ley 17.711), se aplicará a todas las enajenaciones posteriores a su sanción, aunque el matrimonio y la adquisición de bienes sean anteriores a ella.

d) Situaciones jurídicas ya constituidas o ya extinguidas:

Se rigen por la ley bajo la cual se constituyeron o extinguieron; de otro modo habría retroactividad. Por lo tanto si un matrimonio se concluyó de acuerdo con la forma exigida por la ley, la reforma que de ésta se haga no lo afecta aun cuando agregue nuevos requisitos. Así, los matrimonios religiosos celebrados antes de la sanción de la Ley de Matrimonio Civil 2393, no pudieron resultar afectados por ésta.

Del mismo modo si se ha producido la extinción de la relación jurídica. Si una ley derogara el divorcio vincular hoy existente, no afectaría los divorcios ya declarados. Si una ley mandara indexar los créditos hipotecarios, no podría afectar aquéllos extinguidos mediante un pago hecho bajo el amparo de la ley anterior.

e) Situaciones jurídicas en curso de constitución:

Algunas situaciones jurídicas tienen un *iter* constitutivo. Por ejemplo, la constitución de sociedades típicas (ley 19.550). Si durante ese proceso de constitución se modifica la ley, la nueva normativa es aplicable a ese proceso de constitución (conf. Moisset de Espanés).

f) Excepciones:

La noción del efecto inmediato tiene dos excepciones de distinto sentido.

Por un lado, la ley nueva puede tener efecto retroactivo, si ella misma lo establece.

Por otro, puede darse un fenómeno de supervivencia de la ley antigua cuando la nueva ley contiene disposiciones supletorias, que no se aplican a los contratos en curso de ejecución (art. 3º, *in fine*).

199. IRRETROACTIVIDAD

El segundo principio establecido por la ley 17.711 en el artículo 3º es de la irretroactividad de la ley.

El nuevo precepto prescinde de la noción de derechos adquiridos y meras expectativas, lo que se comprueba por la derogación de los artículos 4044 y 4045.

Por lo tanto, cómo contestamos hoy a la pregunta: ¿cuándo una ley es retroactiva?

Lo hacemos por aplicación de la idea del efecto inmediato de la ley como ha sido definida en el primer párrafo del mismo artículo 3º.

Por lo tanto la ley será retroactiva cuando pretenda su aplicación a la constitución o extinción de una situación jurídica constituida o extinguida bajo el amparo de la ley anterior; o a efectos de una situación jurídica que se han producido también bajo la vigencia de la ley sustituida.

De todos modos, en la práctica, no siempre es sencillo distinguir entre el efecto inmediato y la retroactividad. Puede servir de ilustración el ejemplo que trae López de Zavalía: una ley disminuye la tasa de interés para los préstamos; en un caso concreto se convino pagar los intereses en cinco cuotas; dos ya han sido pagadas, una está vencida pero no pagada y las dos últimas aún no han vencido: ¿cómo se aplica la nueva ley?

Una solución extrema es no aplicarla a este préstamo por estar constituido antes de la sanción de la ley que fija la tasa de interés; es la subsistencia de la ley anterior a los contratos que propiciaba Roubier. Otra solución extrema sería aplicar la nueva ley a todo el contrato, inclusive las cuotas de interés ya pagadas; esta solución no sería aceptada en Derecho argentino pues la Corte Suprema entendería que afecta el derecho de propiedad constitucionalmente amparado.

Otra posibilidad sería aplicarla también a la cuota vencida pero no pagada, en lo cual cabría reconocer retroactividad, porque la exigibilidad de la cuota ya se había producido antes de la sanción de la ley nueva.

La cuarta y última sería aplicarla a las cuotas no vencidas; ésta es la que se adecua a nuestro artículo 3º: efecto inmediato de la ley —aplicación a las consecuencias futuras— y por ende no retroactivo.

Cuadra acotar que López de Zavalía, en un magnífico trabajo, afirma que la única solución razonable es la primera, por cuanto esta última tiene también un efecto retroactivo, en cuanto afecta a lo convenido originalmente por las partes, introduciendo una causal de invalidez que no existía cuando el contrato se celebró. Es lo que denomina retroactividad en primer grado.

Es evidente que la objeción de López de Zavalía se dirige a cuestionar el principio sentado por el artículo 3º, al menos en su aplicación a los contratos.

Nosotros agregamos que si se trata de una ley imperativa —como lo sería una que reduce la tasa de interés de los préstamos— establecida obviamente en favor de la parte más débil del contrato, no es dudosa su aplicación inmediata (conf. Dekeuwer-Défossez).

200. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

La irretroactividad es una regla de hermenéutica dirigida al juez, como lo era en el régimen anterior, puesto que la misma ley puede determinar su vigencia retroactiva, como lo prevé expresamente el nuevo artículo 3º.

201. CRÍTICA A LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 5º

Llambías ha criticado la derogación del artículo 5º, conforme al cual nadie podía invocar derechos irrevocablemente adquiridos frente a una ley de orden público.

La crítica es superflua. Ante la evidencia de que el legislador puede disponer por sí la retroactividad de la ley, es irrelevante que ella sea o no calificada como de orden público.

Además, la derogación evita el debate acerca del carácter imperativo o no de ciertas leyes.

Por último, la misma Corte Suprema se había encargado de señalar que aun las leyes de orden público encontraban límite a su retroactividad en la protección constitucional de la propiedad.

Por lo que no se justificaba de manera alguna la subsistencia de ese precepto del artículo 5º, totalmente inútil.

202. CRÍTICA A LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 4º

Llambías también ha cuestionado la derogación del artículo 4º, por cuanto una cosa serían las leyes simplemente retroactivas —que no pueden afectar derechos patrimoniales adquiridos— y otras las leyes interpretativas que pueden incidir en las ventajas patrimoniales sustentadas en la diversa interpretación de la ley aclarada.

Es irrelevante la crítica de Llambías. El artículo 4º se limitaba a establecer que una ley interpretativa no puede afectar los casos ya juzgados, regla que emana de la jurisprudencia de la Corte con fundamento en la noción amplísima de propiedad en el sentido constitucional.

Por lo demás, si una ley es o no interpretativa, y si afecta o no derechos amparados por la Constitución, lo decidirán los tribunales en cada caso, como controladores que son de la constitucionalidad de las leyes (v. *supra*, nº 83).

203. LÍMITE DE LA RETROACTIVIDAD LEGAL

La ley puede ser retroactiva en tanto no afecte derechos amparados por garantías constitucionales.

Ya en el III Congreso de Derecho Civil se había señalado la irrelevancia del texto, pues la solución fluye natural del orden jurídico estableci-

do. Pero, de todos modos, allí mismo se propició su inclusión con una finalidad docente.

Algunos autores han expresado que al establecer este límite, “derechos amparados por garantías constitucionales”, se vuelve a la noción de derechos adquiridos, pues ambos conceptos serían equivalentes (López de Zavalia, Allende).

Se les ha respondido que no es así; la Constitución protege los derechos sin calificaciones de adquiridos o en expectativa, sino tomándolos en su esencia. Así, la Corte ha declarado constitucionales las leyes de emergencia de locaciones, que prorrogan sus plazos o congelan los alquileres, pues consideró que no había afectación del derecho en su esencia, aunque sin duda había un derecho adquirido. Y seguramente declararía inconstitucional una ley que conculcase el derecho a adquirir la propiedad aun cuando éste fuera una mera expectativa (Borda).

204. *SUBSISTENCIA DE LA LEY ANTIGUA* ⁵

Finalmente el artículo 3º trae una regla que consagra la subsistencia de la ley antigua; en efecto, la nuevas leyes supletorias no se aplican a los contratos en curso de ejecución, por lo que éstos se siguen rigiendo por la ley antigua.

Sin duda que el tema es altamente polémico y merece alguna exposición un poco más detallada.

a) Concepción de Roubier:

Este autor, cuya influencia en la reforma ya ha sido destacada, excepcionaba el principio del efecto inmediato en materia contractual. Según su criterio las nuevas leyes no debían aplicarse a los contratos en curso, como una forma de respeto a la autonomía de la voluntad.

La aplicación de las nuevas leyes sólo podía hacerse en aquellos contratos que tenían un “estatuto legal”, como podía ser, por ejemplo, el contrato de seguro.

La Corte de Casación francesa siempre sostuvo la subsistencia de la ley antigua en materia contractual, y nunca aceptó la doctrina del “estatuto legal” de Roubier (Dekeuwer-Défossez).

b) Fundamento:

Normalmente se entendió que de esta manera se respetaba la voluntad de las partes expresada en el contrato. Esta solución era pues grata a los ojos de los juristas que hicieron un dogma del respeto a la autonomía de la voluntad.

⁵ Bibliografía especial: además de la citada en la nota 4, v.: RAFFO BENEGAS, Patricio - SASSOT, Rafael, “La intención de las partes y las leyes supletorias”, *J.A. Doct.* 1969-549.

Borda sostuvo además que la legislación supletoria debía presumirse incorporada al contrato, aun cuando las partes no lo hubieran dicho expresamente. De allí que aplicar una nueva legislación supletoria a un contrato en curso podía significar, realmente, una mutación importante de las obligaciones y derechos que las partes habiáanse atribuido en el contrato.

c) Críticas al texto del artículo 3º:

Un grupo numeroso de autores (Llambías, Raffo Benegas, Sassot, Acuña Anzorena, Novillo Saravia, Bouzat, Wolcovicz, etc.) ha criticado la solución del artículo 3º, propiciando la mayoría de ellos la aplicación inmediata de la nueva ley a los contratos en curso.

Han sostenido, como fundamento de su crítica, que de este modo subsistirían dos ordenamientos distintos en materia contractual; que es gratuita la presunción de que las partes se remiten al derecho supletorio que a veces ni siquiera conocen; y que es manifiesto que las leyes nuevas deben ser de preferente aplicación por considerarse mejores que las sustituidas.

d) Respuesta:

Sin duda que la crítica al régimen previsto por el artículo 3º para las nuevas leyes supletorias, ha sido muy superficial.

Que subsista más de un ordenamiento en materia contractual es un argumento de poco fuste; en la materia contractual subsisten tantos ordenamientos como contratos hay, por cuanto es el contrato lo que obliga a las partes como la ley misma (art. 1197).

Tampoco juega aquí lo de que la ley nueva es de preferente aplicación; estamos en el ámbito de lo supletorio, donde no hay interés público en juego, y que las partes pueden alterar, ignorar o modificar en sus contratos.

Finalmente la experiencia profesional indica que normalmente los abogados tratan de evitar cláusulas superabundantes, que constituyan mera repetición de la ley; hay en general una remisión a las disposiciones de ella. Por lo demás, como ha dicho López de Zavalía, es mucho más sensato pensar que las partes se sometieron a un derecho supletorio que pudieron conocer, que presumir que se han querido regir por un derecho "futuro" y por ende ignoto.

e) Evolución de las ideas en la materia:

Hemos visto antes (*supra*, nº 191) que Dekeuwer-Défossez pone en tela de juicio la subsistencia de la regla de Roubier en materia contractual. Afirma así, que las leyes que se dirigen a la protección de la parte más débil del contrato —como las represivas de la usura, las que regulan emergencialmente las locaciones, las que reglamentan la actualización

de los créditos—, o se refieren a contratos tipo o de adhesión, deben ser de aplicación inmediata a los contratos en curso de ejecución.

Estamos de acuerdo con esta tesis, la que encuentra posibilidad de aplicación en nuestro régimen vigente.

Es que esas leyes serían imperativas, y por ende de aplicación inmediata según nuestro texto legal.

VI. APLICACIONES PRÁCTICAS DEL ARTÍCULO 3º

205. LEY 17.711⁶

Justamente el primer ejercicio práctico del artículo 3º fue la misma ley 17.711 que afectó un 10% del articulado del Código, y generó en consecuencia numerosos pronunciamientos judiciales sobre su aplicación temporal.

Nosotros daremos noticia sólo de algunas de las cuestiones que tuvieron mayor repercusión.

a) Daño moral:

La ley 17.711 estableció en el artículo 1078 que la indemnización por actos ilícitos debía comprender la del daño moral, superando así antiguas disidencias doctrinarias y jurisprudenciales.

Algunos autores consideraron que la norma no era aplicable a los hechos ilícitos producidos con anterioridad a la ley 17.711, por tratarse de una "consecuencia jurídica". Otros distinguieron según se hubiera promovido o no demanda; y algunos propiciaron su aplicación inmediata por cuanto el daño moral subsiste en el tiempo.

Compartimos el criterio de Moisset de Espanés, quien explicó con su claridad habitual que el daño moral es uno de los presupuestos de hecho de la obligación de resarcir, por lo que es uno de los "hechos constitutivos" de la relación jurídica. De allí que no pueda ser aplicada la nueva ley, pues ella se dirige a la misma "constitución" de la relación jurídica, que se concluyó bajo el amparo de la ley anterior.

En consecuencia, el nuevo artículo 1078 sólo resultó aplicable a los hechos ilícitos cometidos con posterioridad al 1 de julio de 1968, fecha en que entró a regir.

Ésta fue la solución adoptada por la Cámara Civil en pleno⁷.

⁶ Bibliografía especial: síntesis de jurisprudencia relativa a la aplicación de la ley 17.711, pueden verse en CLARIA, Enrique Luis - CLARIA (h), José Octavio, "Ámbito de aplicación temporal de la ley", E.D. 56-785; en la nota publicada en E.D. 36-729, y en la nota de autoría de AMADEO, José Luis en L.L. 1976-D-592.

⁷ CNCiv., en pleno, 21/12/1971, E.D. 40-448; CNFed. La Plata, en pleno, 29/7/1969, E.D. 28-497. Bibliografía especial: NIETO BLANC, "Retroactividad de la ley y daño moral", L.L. 146-273; RAFFO BENEGRAS, Patricio - SASSOT, Rafael Alejandro, "Retroactividad y efecto inmediato de la ley", J.A., Doct. 1970-774.

b) Responsabilidad objetiva (art. 1113):

Por las mismas razones invocadas en el párrafo precedente, el artículo 1113 que consagra la responsabilidad objetiva en ciertos supuestos, es aplicable sólo a los hechos ilícitos producidos después de su entrada en vigor ⁸.

c) Mora automática (art. 509):

Nuestro Código establecía como principio general que la mora en las obligaciones de génesis contractual, operaba con la interpelación al deudor. Este sistema fue mutado por la ley 17.711 que establece —como regla— la mora automática en las obligaciones a plazo.

El criterio que ha predominado en la doctrina y la jurisprudencia ha sido que el nuevo precepto no se aplica a los contratos en curso de ejecución al 1 de julio de 1968, por tratarse de una norma supletoria ⁹.

d) Pacto comisorio (art. 1204):

El artículo 1204 sancionado por la ley 17.711 prevé la facultad resolutoria implícita en los contratos, y la manera en que ella puede ser ejercida. Siendo una norma supletoria, se aplicó sólo a los contratos celebrados con posterioridad al 1 de julio de 1968 ¹⁰.

e) Publicidad de los derechos reales:

El artículo 2505 del Código Civil dispone, a partir de la ley 17.711, que la adquisición o transmisión de derechos reales, se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios.

Este dispositivo sólo se puede aplicar a las adquisiciones o transmisiones hechas con posterioridad a la sanción de la ley 17.711, Ello así pues las anteriores estaban ya “constituidas” al amparo de una legislación que no exigía tal inscripción.

f) Sociedad conyugal:

Las disposiciones en materia de sociedad conyugal son por regla general aplicables de forma inmediata a todas las consecuencias de las

⁸ En este punto mediaron algunas sentencias contradictorias; v.: SCBA, 9/11/1971, E.D. 39-731, que distingue según la fecha de interposición de la demanda. Negaron la aplicación del art. 1113 a hechos ilícitos anteriores al 1/7/1968, entre otros: CNApel. Civ., Sala A, 28/12/1971, J.A. 14-1972-306; *idem.*, Sala C, 21/12/1971, E.D. 40-472; C1^a C.C.Mercedes, 4/4/1972, E.D. 47-705.

⁹ CNApel. Civ., Sala B, 15/7/1969, E.D. 30-241; *idem* Sala A, 30/8/1973, E.D. 52-418; *idem*, Sala F, 30/9/1969, E.D. 30-264.

¹⁰ CNApel. Civ., Sala A, 30/8/1973, E.D. 52-418; CNApel Civ. y Com., Rosario, Sala III, 21/5/1969, E.D. 27-844.

existentes, aun cuando hubieren sido constituidas con anterioridad. Así, las limitaciones para la transmisión de bienes gananciales o del bien propio donde estuviere asentado el hogar conyugal (art. 1277), se aplica de manera inmediata.

También el artículo 1306, conforme al cual la disolución de la sociedad conyugal se produce con la sentencia de divorcio a partir de la notificación de la demanda. Este precepto se aplicó aun a los divorcios decretados con anterioridad a la vigencia de la ley 17.711¹¹.

*g) Lesión*¹²:

Aun cuando algún precedente judicial ha sostenido la aplicación del nuevo artículo 954 a los actos celebrados con anterioridad, lo cierto es que ello sería una aplicación retroactiva prohibida por el artículo 3º, pues haría a la validez de la constitución de la relación jurídica (conf. Bertoldi - Bergoglio; Moisset de Espanés).

h) Divorcio:

Las modificaciones introducidas por la ley 17.711 al régimen del matrimonio y del divorcio son de aplicación inmediata¹³, por lo que sin poder volver sobre la constitución del matrimonio, si se reflejan sobre sus efectos a partir de la vigencia de la nueva ley. De allí que quienes se hubieran casado antes del 1/7/1968, pudieran divorciarse por la nueva regla del artículo 67 bis de la ley de matrimonio civil.

i) Capacidad:

Las disposiciones sobre capacidad también resultaron de efecto inmediato. De esa manera, el 1 de julio de 1968 todas las personas que tenían 21 años pasaron a ser capaces, sin necesidad de esperar a cumplir los 22 años (anterior límite de la minoridad).

Del mismo modo, las nuevas reglas por emancipación. Así, los emancipados por matrimonio anterior a la fecha de entrada en vigencia de la ley 17.711 comenzaron a estar sujetos a las limitaciones a su poder de disposición establecidas en los artículos 134 y 135.

j) Prescripción:

Uno de los temas que trajo mayores dificultades para la doctrina fue el de la prescripción, pues la complejidad del tema comenzaba por la determinación de la subsistencia o no del artículo 4051 (v. *supra*, nº 194).

¹¹ SCBA, 26/8/1969, E.D. 31-541.

¹² Bibliografía especial: BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING, María Teresa - BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, "Imposibilidad de aplicar el nuevo art. 954 del Código Civil a los actos celebrados con anterioridad a su vigencia", E.D. 67-633.

¹³ SCBA, 4/11/1969, E.D. 31-545.

Algunos pronunciamientos han admitido la vigencia del artículo 4051, aplicable por ende a los supuestos de extensión de los términos de prescripción; y en cuanto a los que redujo se complementó la citada disposición con la del artículo 2º de la ley 17.940 ¹⁴.

En particular, la problemática se planteó por la aplicación del nuevo término de prescripción de la acción derivada de hechos ilícitos, que el artículo 4037 establecía en un año, y la ley 17.711 amplió a dos años.

En general la jurisprudencia sostuvo la aplicación inmediata de ese nuevo plazo, siempre que a la fecha de entrada en vigor de la nueva ley no hubiese estado cumplido el término de un año ¹⁵.

206. LEYES 23.264 Y 23.515

En los últimos años las reformas más importantes al Derecho civil han sido introducidas por las leyes 23.264 y 23.515, reguladoras de la filiación y patria potestad la primera de ellas, y del matrimonio civil la segunda; esta última incorporó a nuestro Derecho el llamado divorcio absoluto o vincular, que habilita a contraer nuevo matrimonio.

No ha mediado una casuística muy abundante, pero sin duda que la ley 23.264 se aplica de manera inmediata a las situaciones jurídicas en curso, pues hace a las relaciones familiares; por lo que el nuevo régimen de la patria potestad regula las relaciones paterno filiales nacidas antes de su entrada en vigor.

De ese modo se ha resuelto que los artículos 307 y 308 del Código, reformados por la ley 23.264 son aplicables inclusive a los juicios en trámite ¹⁶.

Un tema en particular ha sido generado por el divorcio vincular. Algún autor ha sostenido que la indisolubilidad constituye "un derecho adquirido" o derecho "amparado por la Constitución Nacional", por lo que la ley 23.515 no sería, en este aspecto, aplicable a matrimonios celebrados con anterioridad a su vigencia ¹⁷. La tesis no resiste el menor análisis: las normas relativas al divorcio son de aplicación inmediata pues no modifican la constitución de la relación jurídica, sino que se refieren a una consecuencia de la misma (conf. López Olaciregui).

¹⁴ CNApel. Fed. Coñt. Adm., Sala II Civ. y Com., 26/5/1970, E.D. 36-756.

¹⁵ V. todos los fallos citados en E.D. 36-752, núms. 67 a 70.

¹⁶ CNApel. Civ., Sala F, 13/12/1985, E.D. 116-524.

¹⁷ La tesis ha sido expuesta por POSTIGLIONE, Roberto S., "Inaplicabilidad del divorcio proyectado a los matrimonios vigentes", E.D. 120-799; v. también TANZI, Héctor José, "Divorcio vincular y derechos adquiridos", E.D. 132-798.

207. LEYES PROCESALES ¹⁸

Un tema que es propio del derecho transitorio es la aplicación de las nuevas leyes procesales a los juicios en trámite.

Nuestra doctrina y jurisprudencia han admitido de antaño el efecto inmediato de las nuevas leyes, salvo cuando existan actuaciones válidamente cumplidas con arreglo a la ley anterior, pues la estabilidad de las mismas se vincula con las garantías previstas por los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional ¹⁹.

Del mismo modo, tienen efecto inmediato las leyes modificatorias de la jurisdicción y la competencia, inclusive para las causas pendientes, sin que ello afecte la estabilidad de los actos judiciales ni la validez de los actos cumplidos ²⁰.

208. LEY DE CONCURSOS

La Ley de Concursos tiene la peculiaridad de contener disposiciones de derecho de fondo y reglas procesales, pues necesariamente los concursos preventivos o quiebras se vehiculizan en un proceso judicial.

Por eso la ley 19.551 precisó que las normas procesales que ella contenía eran de aplicación a los juicios abiertos con anterioridad a su vigencia, salvo los trámites que hubieran tenido principio de ejecución. En cambio, normas de derecho de fondo —como las relativas a los privilegios de los créditos o las que regulan el efecto del concurso sobre los contratos en curso de ejecución, o los efectos de la quiebra sobre las relaciones jurídicas preexistentes—, se aplicaron sólo a los juicios abiertos con posterioridad a su entrada en vigor.

La reforma de la Ley de Concursos instrumentada por ley 22.917, trajo un problema de derecho transitorio: ella modificó reglas sobre calificación de conducta del fallido, particularmente al disponer que no hay calificación de conducta cuando la quiebra concluye por avenimiento o pago total. Se trataba de saber si esa regla era o no aplicable a quiebras decretadas con anterioridad a su vigencia. Finalmente, la Cámara Comercial de la Capital decidió en fallo plenario su aplicabilidad en relación con los procesos en trámite, sea por aplicación de la idea de la ley más benigna dado el carácter represivo de la calificación de conducta, sea por que se trata de una cuestión vinculada con la capacidad de las personas ²¹.

El mismo problema se planteó con la Ley de Concursos 24.522. Ello se debió a que el proyecto preveía su aplicación a los juicios (de concurso

¹⁸ Bibliografía especial: VESCOVI, Enrique, "Aplicación de la ley procesal en el tiempo", *Rev. del Colegio de Abogados del Uruguay*, 1959-253.

¹⁹ CSN, 21/5/1974, E.D. 56-145.

²⁰ CSN, 3/5/1981, E.D. 15-560, nro. 48.

²¹ CNCom., en pleno, 27/4/1988, L.L. 1988-C-309.

preventivo o quiebra) que se presentaran o se decretaran con posterioridad a su entrada en vigencia (art. 290 LC).

Pero el Poder Ejecutivo nacional, al promulgar la ley 24.522 por decreto 267/1995, bajo la modalidad de los decretos de necesidad y urgencia, observó el artículo 290 del texto sancionado por el Congreso que era el referido al tiempo de entrada en vigencia y la aplicación a los procesos posteriores a esa entrada en vigor.

Con lo cual resultó que la ley 24.522 entró en vigencia a los ocho días de su publicación y resultó aplicable a los procesos en trámite.

Los tribunales han aplicado la nueva ley a los procesos en trámite, pues a la luz de la doctrina emergente del artículo 3º del Código Civil y la observación del artículo 290 de la ley 24.522 por parte del decreto 267/1995 corresponde —en principio— atribuir efecto inmediato al nuevo régimen establecido por la ley citada en último término, siendo procedente su aplicación a los juicios de concurso abiertos con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley ²².

Con buen criterio se ha considerado que ello no importa violación de lo normado en la Constitución Nacional —si con ello se alude a la afectación de derechos amparados por garantías constitucionales (art. 3º Cód. Civ.)—, en tanto no implica aplicación retroactiva de la nueva ley sino operatividad de sus efectos inmediatos sobre situaciones jurídicas no consumidas al comienzo de su vigencia (en el caso la solicitud no se hallaba proveída a la fecha en que comenzó a regir la ley 24.522) ²³.

De allí que no puede aplicarse directamente la nueva ley 24.522 a los concursos en trámite, sino que corresponde analizar la cuestión en cada caso en particular y para cada instituto; de resultas de lo cual si al momento de entrada en vigencia de la ley 24.522 y de solicitar su aplicación al proceso ya había sido presentada la propuesta de acuerdo preventivo, el informe individual sobre los créditos y el informe general del síndico, corresponde rechazar la solicitud de formular la propuesta de acuerdo por categorías de acreedores de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41, 42 y 43 de la ley 24.522, ya que la mencionada propuesta de categorización, la opinión del síndico al respecto y la resolución del tribunal deben efectuarse con anterioridad a la presentación de la propuesta de acuerdo preventivo, habiendo esta etapa precluido en autos ²⁴.

En cambio se ha cuestionado la constitucionalidad de la aplicación lisa y llana de las reglas sobre honorarios, por afectar derechos adquiridos durante la vigencia de la ley anterior. Por lo que para efectuar la con-

²² CNCom., Sala C, 2/5/1996, "CO.MAR.CO s/concurso preventivo" y misma Sala, 10/4/1996, "Acolchados Alaska s/concurso preventivo".

²³ CNCom., Sala E, 22/9/1995, "Levin, Luis s/concurso preventivo".

²⁴ Jdo. Comercial nro. 9, 11/9/1995, "Arturo Gimbel S.A. s/concurso preventivo".

ciliación entre la ley nueva y la ley antigua, la aplicación de aquélla no debe afectar los derechos que han sido adquiridos regularmente bajo el imperio de la vieja legislación, por lo que en la regulación de honorarios referidos a trabajos realizados durante la vigencia de la ley 19.551, no resulta posible hacerlo por las pautas de la ley 24.522²⁵. Este criterio parece adecuarse al de la Corte Suprema nacional sentado en un importante fallo referido a la aplicación de la ley 24.432, en el que el máximo tribunal resolvió que *en el caso de los trabajos profesionales el derecho se constituye en la oportunidad en que se los realiza, más allá de la época en que se practique la regulación... por lo que no deben aplicarse las nuevas disposiciones legales con relación a los trabajos profesionales realizados con anterioridad a su vigencia, pues ello traería aparejada una afectación de derechos adquiridos que integran el patrimonio de los intervinientes...*

VII. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

209. SOLUCIÓN PROPICIADA

El proyecto mantiene el artículo 3º sin modificaciones.

En cuanto a su entrada en vigencia preveía hacerlo el 1 de enero de 2000. Pero era quizás excesivamente parco en cuanto al derecho transitorio, ya que el proyecto de ley de sanción del nuevo Código Civil prácticamente no tenía previsiones al respecto, El artículo 2505 del Proyecto establecía una norma general de derecho transitorio para las posibles modificaciones a los plazos de prescripción.

VIII. EFECTOS DE LA LEY CON RELACIÓN AL TERRITORIO

210. EXPOSICIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

Las relaciones jurídicas pueden expandirse extraterritorialmente, lo que sucede tanto con las relaciones patrimoniales cuanto con las extrapatrimoniales. Así un español puede venir a contratar a la Argentina, una sociedad inglesa puede tener filiales en la Argentina o realizar actos aislados de comercio en ella; y un argentino puede contraer matrimonio en Uruguay o divorciarse en México. Un insolvente puede tener bienes y acreedores en distintos países.

Esta internacionalización de las situaciones y relaciones jurídicas —cada vez más frecuente e importante— requiere la solución de dos

²⁵ 1ª Inst. Comercial, 10/10/1995, *in re* "Urrutia, Pablo A. s/concurso preventivo".

cuestiones básicas: qué ley se aplica a ellas y cuál es el tribunal competente para entender en los conflictos que pueden suscitarse.

Durante el siglo XIX los códigos civiles incorporaron normas relativas a esta materia, incluido el nuestro que aún las contiene (v.gr, arts. 6º a 14, 1205 a 1216, etc.).

Sin embargo, esta problemática constituye lo que se denomina el derecho internacional privado, rama absolutamente autónoma del Derecho civil, por lo que nosotros nos limitamos a esta brevisima exposición dejando para los especialistas la explicación de las reglas propias de esa apasionante materia.

CAPÍTULO V

LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL

I. LA CODIFICACIÓN COMO MODO DE EXPRESIÓN DEL DERECHO CIVIL

211. INTRODUCCIÓN ¹

Hasta ahora hemos estudiado las fuentes de las normas civiles, esto es, la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los denominados principios generales del Derecho.

Hemos apuntado también que la principal fuente del Derecho civil, en los países de tradición románica, sigue siendo la ley.

Ahora bien; desde antaño las leyes civiles han sido numerosas y han sufrido mutaciones a lo largo del tiempo.

Ello generó la aspiración de condensarlas de modo de facilitar su conocimiento y aplicación, lo que por lo demás contribuiría a la seguridad jurídica.

Así, ya desde los romanos conocemos antecedentes de codificación de las leyes civiles. Anteriores obras legislativas como el Código de Manú o el de Hammurabi, las primeras de la humanidad, contenían reglas de toda especie y no sólo civiles, que es a lo que nos venimos refiriendo.

En el Capítulo I hemos mencionado a los importantes monumentos legislativos del Derecho Romano y su influencia posterior, particularmente a través de la recepción.

Y hemos señalado también cómo el movimiento codificador nace en el siglo XVIII como un corolario de las ideas racionalistas e iusnaturalistas (v. nros. 21 y sigs.).

Ello fue explicado en el marco de la evolución del Derecho civil. Ahora trataremos el mismo fenómeno ponderándolo fundamentalmente

¹ Bibliografía especial: GUASTAVINO, Elias P., "Estado actual de la codificación del Derecho civil", *L.L.* 135-1296; CASTÁN VÁZQUEZ, José María, "La codificación como un hecho actual", en *Estudios del Derecho Civil - Homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés*, Buenos Aires, 1980, pág. 571; MONTILLA, Agustín, "La codificación como técnica de producción legislativa", *RDP* 1987-545.

como una expresión de método legislativo, y nos dedicaremos en particular al examen del Código Civil argentino.

212. RECOMPILACIÓN Y CONSOLIDACIÓN

Antes de la codificación se suelen reconocer dos etapas.

Una es la pura y simple recopilación de las leyes, en las cuales ellas son agrupadas cronológicamente o según algún otro método, pero sin eliminar las derogadas ni efectuar coordinaciones entre ellas. Ejemplo de esta técnica son las recopilaciones hechas en la península ibérica que tuvieron vigencia en América hispánica (Nueva recopilación de 1567; Recopilación de las leyes de Indias de 1680; Novísima Recopilación de 1805).

La segunda etapa, más elaborada, es la consolidación de las leyes, en la que a más de la recopilación se realiza el trabajo de eliminar los textos derogados, puntualizar las modificaciones, etcétera; en suma, determinar cuáles son los textos vigentes realmente. Ejemplo de la consolidación es el trabajo de Freitas llamado la *Consolidação das leis civis* (1855), como paso previo a su *Esboço*.

213. CODIFICACIÓN. CONCEPTO

La codificación es el último escaño en la evolución de la presentación de las leyes civiles.

Es que en realidad el código es una única ley que se caracteriza por la unidad de sanción y publicación, la homogeneidad de contenido, la exclusividad y la sistematización. Analizaremos seguidamente estas características.

a) Unicidad:

Es decir que se trata de un cuerpo único, sancionado, publicado y declarado obligatorio por el Estado en un solo momento, donde están todas las normas concernientes a la rama del Derecho a la cual él se destina.

b) Homogeneidad:

Su homogeneidad se desprende de que se trata de una ley que trata una sola materia: civil, comercial, minería, navegación.

c) Exclusividad:

La característica de la exclusividad deviene de que en principio no hay normas de esa materia fuera del código.

Ejemplo de esta pretensión es el artículo 22 de nuestro Código Civil, conforme al cual: *“Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en Derecho civil aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial”*.

d) Sistematización:

Pero lo más característico del código es la sistematización de la exposición de la rama del Derecho de que se trata. Las materias tienen una exposición ordenada y coherente, conforme a un método que por ello reviste especial importancia en la tarea codificadora.

e) Ventajas de la codificación:

De modo que la codificación se presenta como un avance notable en la exposición de las normas, pues facilita enormemente su conocimiento, interpretación, aplicación, enseñanza. Evita normalmente dudas acerca de la vigencia de los textos en determinadas materias, y contribuye enormemente a la seguridad jurídica.

De todos modos, lo cierto es que hoy asistimos a una cierta decadencia de la codificación, como una consecuencia de la "inflación legislativa" vinculada también a la creciente complejidad de las relaciones sociales. A esto nos referiremos al final de este capítulo, en el número VII.

214. LA CODIFICACIÓN EN EL DERECHO CIVIL

a) Antecedentes:

Ya habíamos señalado que el proceso moderno de codificación del Derecho civil comienza en la segunda mitad del siglo XVIII con la pretensión de concretarla en distintos Estados germanos, lo que finalmente se logra con el Derecho General Territorial de los Estados Prusianos (1794).

En el territorio alemán la labor codificadora continúa durante el siglo XIX, pero carece de ejemplaridad por cuanto es excesivamente territorial o local, y porque queda empequeñecida por el Código Napoleón, el que incluso influye en los códigos o leyes territoriales germanas.

Sobre el famoso debate doctrinario a que dio lugar la conveniencia o no de la codificación en Alemania, tenido lugar entre Savigny y Thibaut, remitimos a lo expuesto en el punto 26.

b) Código Napoleón. Remisión:

A partir del punto 23 hemos tratado de los antecedentes, importancia e influencia del Código Napoleón. Por lo tanto remitimos a lo allí expuesto.

215. LA CODIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA. RAZONES ²

La codificación en la América Latina, y particularmente en la de origen español, está directamente relacionada con la emancipación política.

² Bibliografía especial: ZULETA PUCEIRO, "Apuntes para una teoría de las fuentes en la

Explica Zuleta Puceiro que en Hispanoamérica la codificación se inserta dentro del proceso de consolidación de los resultados políticos de la independencia. La idea de codificación es uno de los soportes fundamentales del modelo político propuesto por las elites liberales que acceden al poder político.

Y, si ese proceso es en alguna medida tardío en algunos países, se debe a la demorada recepción de las ideas iluministas en España y en América; y agregamos nosotros también a la necesaria etapa de consolidación de las naciones que en nuestro país abarcó exactamente cincuenta años, esto es desde el primer signo emancipador de 1810 hasta la definitiva estructuración del Estado nacional con la Constitución de 1860.

Por otro lado la codificación era también necesaria para modernizar un Derecho pensado para las colonias, y no para Estados independientes; así como para dejar de lado instituciones de tradición hispánica —muchas provenientes del Derecho Romano— que significaban trabas importantes para el desarrollo de la economía de los nuevos Estados.

Así, Vélez Sarsfield eliminó los derechos reales de enfiteusis y superficie, que restringían inadecuadamente la explotación de la propiedad (v. la nota al art. 2503); con la misma finalidad restringió la constitución de otros derechos reales (los censos y las rentas: art. 2614), y suprimiendo el mayorazgo y limitando la libertad de testar ha contribuido grandemente a la división de la propiedad de la tierra.

Más adelante señalaremos con detenimiento los sustentos doctrinarios de nuestro Código.

216. LA CODIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA.

ANTECEDENTES ³

a) El Código Civil chileno:

Chile inició tempranamente su labor codificadora pues en 1840 ya se designó una comisión para que elaborara un proyecto del Código Civil.

Mientras se discutían los sucesivos proyectos, uno de sus miembros, Andrés Bello, elaboró uno propio, el que sancionado en 1855 entró en vigor el 10 de enero de 1857.

codificación civil latinoamericana", *LL*. 1979-B-855. Son interesantes también los antecedentes de la codificación civil española: v. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Influjo de la Revolución Francesa en el Derecho civil. Su incidencia en la codificación española", *ADC*, 1989-26; DE LOS MOZOS, José Luis, "Los precedentes de la codificación: La unificación del Derecho en los propósitos de la ilustración española", *ADC* 1988-637.

³ Bibliografía especial: RISOLÍA, Marco Aurelio, *Andrés Bello y el Código Civil de Chile*. Buenos Aires, 1974; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., "Augusto Teixeira de Freitas. Centenario de su fallecimiento", *E.D.* 107-862; FUEYO LANERI, Fernando, "Sobre Bello y su faceta de jurista", en *Estudios en homenaje al Dr. Guillermo Borda*, Buenos Aires, 1985, pág. 115.

El Código de Bello abrevó en fuentes diversas, como lo haría también Vélez Sarsfield, incluyendo naturalmente al Derecho Romano, las obras hispánicas vigentes en América, y los códigos de la época, como el francés al que sigue mucho en materia de obligaciones y contratos, y los de Luisiana, Austria, Baviera, etcétera.

De ello ha surgido una obra original, que se caracteriza por una exposición cuidada particularmente en lo gramatical; como no podía ser de otra manera siendo Bello un distinguido cultor de las letras.

Por lo demás, el Código de Bello fue adoptado casi literalmente en Ecuador (Código de 1861) y Colombia (Código de 1873). Ha ejercido influencia notable en muchos códigos de países centroamericanos, y fue también fuente de ilustración para Vélez Sarsfield.

b) *La obra de Freitas:*

Otro gran jurista latinoamericano fue Augusto Teixeira de Freitas, autor de la ya mencionada *Consolidação* (1855) y del *Esboço* (1865), que era el proyecto del Código Civil. El *Esboço* fue un trabajo parcial, muy extenso (con casi cinco mil artículos) y fue objeto de severas críticas por la Comisión que debía revisarlo, lo que provocó el desagrado de Freitas, quien no continuó su obra, y quejóse de lo que ha sido calificado como una de las más grandes ingratitudes recibidas por un hombre de cultura brasileño (da Silva Pereira).

De todos modos su obra sigue siendo motivo de estudio, y lo cierto es que ha tenido más repercusión en nuestro país que en Brasil. En efecto, Vélez Sarsfield tuvo muy en cuenta al *Esboço* particularmente en el Libro I del Código Civil, lo que no se refleja en cambio en la tardía codificación brasileña, que se demoró hasta el 1 de enero de 1916.

II. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. ANTECEDENTES DE SU SANCIÓN ⁴

217. LA LEGISLACIÓN CIVIL A PARTIR DE 1810. EL DENOMINADO DERECHO PATRIO

a) *Vigencia del Derecho hispánico:*

Al producirse la Revolución de Mayo, con la que comienza la emancipación, se encuentran vigentes las leyes que la metrópoli había sancio-

⁴ Bibliografía especial: CHANETON, Abel, *Historia de Vélez Sarsfield*, Buenos Aires, 1969; MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil argentino*, Córdoba, 1916; CABRAL TEXO, J., *Historia del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1920; REBOLLO PAZ, León, "Dalmacio Vélez Sarsfield", *L.L.* 135-1324; BORDA, Guillermo A., "Vélez Sarsfield. Legislador político", *L.L.* 135-1269; CAZEAX, Néstor P., "Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil", *J.A.*, Doct. 1970-339; LÓPEZ OLACIREGUI, José María, "Antes y después de Vélez Sarsfield", *J.A.*, Doct. 1969-478; varios autores, *Homenaje a Vélez Sarsfield*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 5 tomos, Buenos Aires, 2001.

nado para las Indias, y otros textos que, como las Partidas de Alfonso el Sabio (v. *supra*, nº 15, d), no tenían sanción oficial pero se aplicaban efectivamente.

Por lo demás, las instituciones judiciales eran naturalmente impuestas por España.

Esos textos hispánicos generaban todo tipo de problemas. Nunca se sabía a ciencia cierta cuáles eran aplicables, y en ocasiones se exigía la prueba efectiva del uso. Las Partidas eran, según las leyes de Toro, de aplicación posterior a otros ocho textos (v. Martínez Paz), pero lo cierto es que, al menos en nuestro virreinato, tenían gran influencia en la resolución de los pleitos, y por ello seguramente Vélez fue un gran conocedor de ellas y las cita permanentemente (Allende).

b) La emancipación nacional: el Derecho Patrio:

Pero amén de ello, esa legislación devino incompatible con la emancipación nacional. Por esa razón a partir de 1810, de manera incoherente, los sucesivos gobiernos provinciales van dictando leyes aisladas que conforman lo que se denomina Derecho Patrio.

A pesar de esa incoherencia a que hacemos referencia, lo cierto es que algunas leyes son verdaderamente revolucionarias.

Por ejemplo, la Asamblea de 1813 suprimió las vinculaciones y el mayorazgo, amén de la esclavitud para el futuro, las encomiendas, mitas y yanaconazgos. Lafaille enseña que ello importó dar un paso fundamental en pro de la igualdad civil de todos los habitantes y conformar un verdadero estatuto republicano de la familia, de la sucesión y aun de los derechos reales.

El mismo Lafaille realiza un análisis exhaustivo de la legislación patria, que excedería mucho el alcance de esta obra. Por ello nos limitaremos a señalar algunos ejemplos.

Una ley del 20 de marzo de 1833 autorizó al gobierno a dar dispensas para contraer matrimonio, y en su virtud en diciembre de ese año se autorizaron las nupcias entre un protestante y una católica. Las cuestiones relativas al matrimonio, divorcio, nulidad, fueron excluidas de la jurisdicción eclesiástica (1824), y se creó el Ministerio de Menores.

Leyes especiales dictadas por las provincias, admitieron la emancipación por decisión del padre, etcétera. En 1857 se mejoró el *status* sucesorio del cónyuge, lo que influyó en el Código Civil, y se dictaron normas relativas a las actas parroquiales relativas al estado civil.

Por lo tanto, a la época de la sanción del Código estaban en vigor los viejos textos hispanos y la dispersa legislación provincial (casi no la había nacional en materia civil). Ese era el panorama sobre el cual Vélez Sarsfield debía redactar su Código.

218. LA ORGANIZACIÓN NACIONAL. EL DECRETO DE 1852 Y LA LEY 12

Aun antes de la sanción de la Constitución, Urquiza, en su calidad de Director Provisorio de la Confederación, dictó el 20 de agosto de 1852 un decreto por el que se organizaba una comisión dividida en cuatro secciones, para dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Procedimientos. Esta tarea no tuvo siquiera principio de ejecución (Chaneton).

La Constitución de 1853 estableció en el artículo 67, inciso 11, que es atribución del Congreso nacional el dictado de los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería. Se advierte la exclusión del Código de Procedimientos, materia que se reserva a las provincias, respetando así la tradición patria en la materia.

La ley 12 del 30 de noviembre de 1854 encarga al Poder Ejecutivo el nombramiento de una comisión codificadora a efectos de que se ocupe exclusivamente de los proyectos de códigos nacionales. Pero a pesar del empeño de Urquiza, el tema fue postergado *sine die*.

219. EL CÓDIGO DE COMERCIO DEL ESTADO DE BUENOS AIRES

a) Antecedentes:

Debe recordarse que la provincia de Buenos Aires no aceptó la Constitución de 1853, y sancionó una Constitución en 1854 conforme a la cual "Buenos Aires es un Estado con el libre ejercicio de su soberanía interior, mientras no la delegue en un Gobierno federal", lo que recién haría al aceptarse por todas las provincias argentinas la Constitución de 1860.

En ese interregno el problema de la codificación también preocupó a las autoridades bonaerenses, y de ello resultó que se encargó al oriental Eduardo Acevedo, que se encontraba residiendo en Buenos Aires, la redacción de un Código de comercio, para lo cual colaboraría Dalmacio Vélez Sarsfield, ministro de Gobierno del Estado separatista.

Acevedo tenía como antecedente haber preparado un proyecto de Código Civil para el Uruguay, aparte de haber participado de la magistratura y de la instrucción pública según señala Chaneton.

b) Preparación y sanción:

Acevedo preparaba los proyectos de cada título del Código y todos los sábados se reunía con Vélez Sarsfield en el estudio de éste. En esas reuniones Acevedo entregaba a Vélez Sarsfield el material que había elaborado en la semana y discutían las observaciones y modificaciones que Vélez proponía a los que Acevedo le había dado la semana anterior.

De ese modo en poco tiempo, menos de un año, prepararon el trabajo que fue presentado al gobierno el 18 de abril de 1857. Este fue sancionado como Código de Comercio del Estado de Buenos Aires el 7 de oc-

tubre de 1859 gracias a la tozuda insistencia del entonces senador Domingo Faustino Sarmiento.

c) Debate sobre la intervención de Vélez Sarsfield:

Al debatirse la nacionalización del Código estatal, Manuel Quintana, quien luego sería presidente de la Nación, cuestionó la verdadera importancia de la intervención de Vélez en la redacción del Código de Comercio. Pero Chañeton ha demostrado con abundancia de argumentos y pruebas documentales que la actividad de Vélez, cuanto la de Acevedo, han sido decisivas para la conclusión de ese importante trabajo.

d) Nacionalización del Código de Comercio:

Unificado el Estado nacional, regía el artículo 67, inciso 11, de la Constitución de 1860, idéntico al de su precedente de 1853. De allí que fuera misión del Congreso sancionar los códigos de fondo.

Lo cierto es que el Código de Comercio estaba ya hecho, y por ello, por ley número 15 sancionada el 10/9/1862, se lo convirtió en Código de Comercio de la Nación.

220. LA LEY 36 Y EL DECRETO DEL 20/10/1864

Restablecida la unidad nacional, la tarea codificadora era impuesta, como quedó dicho, por el artículo 67, inciso 11, de la Constitución Nacional. Por ello a propuesta del diputado José María Cabral, se sancionó el 6 de junio de 1863 la ley número 36, por la que se autorizó al Poder Ejecutivo a nombrar comisiones que redactaran proyectos de códigos Civil, Penal, de Minería y Ordenanzas Militares.

El presidente Mitre, por decreto del 20/10/1864 designó para redactar el Código Civil a Dalmacio Vélez Sarsfield.

221. VÉLEZ SARFIELD

a) Antecedentes biográficos:

Vélez Sarsfield vio la luz el 18 de febrero de 1800 en Amboy, valle de Calamuchita, provincia de Córdoba. Fue el decimosexto hijo de Dalmacio Vélez Baigorri y Rosa Sarsfield Palacios, segunda esposa de éste, habiéndose producido su nacimiento después de la muerte de su progenitor.

Después de la instrucción básica, en 1818 se inscribe en el primer curso de leyes y en 1820 egresa como bachiller. Luego hace su pasantía en el estudio de Dámaso Gigena. En 1823 ya viaja a Buenos Aires, y en 1824 contrae matrimonio con Paula Piñero.

b) Su carrera política:

Ya en 1824 comienza su vida política, pues es designado diputado por la provincia de San Luis al Congreso reunido en Buenos Aires en diciembre de ese año.

Pero su real carrera política se desarrolla con posterioridad a Caseros. Así, Vélez es diputado a la Legislatura de Buenos Aires en 1852, ministro de Gobierno del Estado de Buenos Aires bajo los gobernadores Alsina y Obligado, ministro de Hacienda durante la presidencia de Mitre (1863) y ministro del Interior durante la presidencia de Sarmiento (1868 a 1871).

Durante estos mismos años trabajó con Acevedo en el Código de Comercio y redactó solo el Código Civil.

Se advierte pues la notable actividad y la enorme influencia que tuvo en ese periodo tan importante de la historia nacional.

Es decir que Vélez Sarsfield fue mucho más que un jurista.

Fue un hombre público, que dedicó gran parte de su vida a los asuntos de Estado. Ello se manifiesta, a nuestro juicio, en la grandeza de su Código, donde más allá de la extensión desmesurada o de los errores metodológicos, debe destacarse que las ideas que lo inspiraban lo convirtieron en lo que con justicia se llamó "Código de la libertad" y en el motor del desarrollo de la Nación.

c) Su formación jurídica:

Después de la caída del gobierno de Rivadavia, Vélez Sarsfield abrió estudio jurídico en Buenos Aires, ejerció la cátedra universitaria y sobre todo profundizó sus estudios.

Prueba de ello es que pocos años después, en 1834, publica las *Instituciones de Derecho Real de España* del jurista guatemalteco José María Alvarez, a las que prologa, rectifica errores de cita, le hace comentarios y le añade como apéndice cinco estudios propios.

En el mismo 1834 publica también el *Prontuario de Práctica Forense* del salteño Manuel Antonio de Castro. Como en la obra anterior, Vélez corrige citas y agrega otras nuevas.

Ambas fueron material de estudio durante largos años.

En 1854 publicó *Derecho Público Eclesiástico*, y de la misma época es *El Gobierno de la Iglesia del Estado Oriental*, así como un memorial titulado *Discusión de los títulos de Chile en las tierras del Estrecho de Magallanes*. Estos son trabajos que tenían una finalidad esencialmente política, y estaban destinados a sostener argumentaciones en disputas internacionales.

Muchos otros trabajos jurídicos produjo Vélez antes de su intervención en la codificación. Así, publicó en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, entre otros "Posesión de herencia", "Nulidades absolutas y relativas", "Si los pleitos acaban o no por la discontinuación de tres años", etcétera.

222. LA SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

a) La preparación y la sanción del Código Civil:

Inmediatamente después del *decreto de Mitre*, Vélez Sarsfield puso manos a la obra, y ya en junio de 1865 remitió el *Proyecto* del Libro I, acompañado de una muy interesante nota de elevación. Ese texto fue impreso y repartido entre legisladores, abogados, magistrados.

En los años sucesivos Vélez remitió los otros Libros, y el 25 de agosto de 1869 el presidente Sarmiento remitió al Congreso de la Nación el *Proyecto* propiciando su aprobación.

Ello se produjo a libro cerrado y en corto tiempo. El 22 de setiembre fue aprobado por la Cámara de Diputados, el 25 por el Senado y el 29 de setiembre de 1869 el presidente Sarmiento promulgó la ley 340, cuyo artículo 1º dispone: "*El Código Civil redactado por el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield se observará como ley en la República Argentina desde el 1º de enero de 1871*".

Y efectivamente, desde el 1º de enero de 1871, hace más de ciento veinte años, la magna obra de Vélez Sarsfield rige como Código Civil de la República Argentina, aunque claro está, ha sufrido a lo largo de ese tiempo numerosas modificaciones, tanto por obra de la legislación como de la jurisprudencia, que ha cumplido siempre su misión vivificadora de los textos.

b) Ediciones:

Inmediatamente después de sancionado el Código fue necesario encarar la edición del mismo, tarea dificultosa en esos tiempos.

Eso lo demostraba la edición de Pablo Coni que había aprobado el Congreso, que contenía numerosas erratas, e incluso los números de los artículos no eran corridos, sino independientes para cada título.

Nuevamente fue el impulso inagotable de Sarmiento el que decidió la realización de una edición en Nueva York; pero lo singular es que Sarmiento encomendó a Manuel A. García, representante argentino en Washington que corrigiera o no el texto según su juicio.

La edición de Nueva York tiene también errores tipográficos y mantiene la numeración independiente por título.

c) Leyes de fe de erratas:

Cuando la edición de Nueva York llegó al país, se advirtieron las diferencias de los textos, por lo que se designó a Victorino de la Plaza, amanuense de Vélez y futuro presidente de la República, y Aurelio Prado para que informaran sobre las diferencias. Ellos constataron mil ochocientas ochenta y una (1881) diferencias, pero muchísimas de ellas insignificantes, por lo que en definitiva por ley 527, sancionada en 1872, se declaró edición oficial a la de Nueva York con un listado de veinticuatro (24) erratas.

De todos modos la solución fue insatisfactoria, y el senador tucumano Benjamín Paz presentó un proyecto de enmienda de otras veintinueve (29) erratas, que finalmente llegaron a ser doscientas ochenta y cinco (285), según la ley 1196 del 29 de agosto de 1882, conocida comúnmente como Ley de Fe de Erratas.

Debe apuntarse que además de erratas materiales se introdujeron algunas reformas significativas. Entre ellas al artículo 325 imponiendo la prueba de la posesión de estado para la acción de reconocimiento de paternidad natural.

d) Edición de La Pampa:

La Ley de Fe de Erratas dispuso una nueva edición del Código, lo que se cumplió en 1883, y se la conoce con el nombre del epígrafe por ser ésa la denominación del taller gráfico donde se la llevó a cabo.

Posteriormente no han habido más ediciones oficiales del Código, y las privadas siguen a la edición de La Pampa.

III. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

223. FUENTES ⁵

a) El Derecho Romano:

Lafaille dice que son cinco las fuentes, de las cuales la primera es el Derecho Romano, y no sólo el legislado sino el de los tratadistas que Vélez conocía bien. Así, nuestro codificador cita de manera continua en sus notas a Vinnio, Heinecio, Cujas. Y también fue un estudioso de los romanistas de la época, como Maynz, Mackeldey, Molitor, Ortolan y sobre todo Savigny, a cuya influencia general sobre el Derecho a través de su escuela histórica ya nos hemos referido.

Por otro lado Vélez fue un eximio conocedor de las Partidas, y de allí también que el Derecho Romano sea fuente indirecta, como lo es también a través del Código Napoleón.

b) El Derecho vigente:

En segundo lugar, el Derecho vigente, comprendiendo el Derecho hispánico, el indiano y el patrio. Muchas veces Vélez no ha hecho citas del Derecho vigente, y de los usos y costumbres del país, porque lo consideraba conocido por aquellos a quienes el Código Civil se dirigía. Pero

⁵ Bibliografía especial: LAFAILLE, Héctor, *Fuentes del Derecho civil y Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1917; DÍAZ BIALET, *El Derecho Romano en la obra de Vélez Sarsfield*, Córdoba, 1949; ALLENDE, Guillermo L. - FAZIO DE BELLO, María, "Los códigos españoles como fuente de nuestro Código Civil", *LL*, 1981-C-1015.

en particular ha sido muy importante su conocimiento de las Partidas, como lo han demostrado los trabajos de Allende.

c) El Código Napoleón y sus exégetas:

En tercer término, el Código Napoleón y sus comentaristas. Entre ellos Vélez cita reiteradamente al alemán Zachariae, sus continuadores alsacianos Aubry y Rau, Troplong, Toullier, Demolombe, Duranton, Marcadé, Merlin, Moulon, el belga Laurent. Y también Pothier, considerado como uno de los precursores del Código Napoleón, concedor de las "costumbres", aparece también citado con frecuencia, particularmente en obligaciones y contratos.

Además de los grandes tratados, Vélez conoció también trabajos monográficos que cita, como el de Chardon para los vicios de simulación, fraude y dolo; Martou y Moulon para los privilegios; y otros trabajos de Proudhon, Chabot, Coin Deslisle y Vazeille.

Por lo demás, muchos códigos de la época, algunos de ellos casi copia del Código Napoleón, han sido fuentes por él trabajadas. Así, los códigos sardo, toscano, de Parma, de las Dos Sicilias, el de Holanda, el Código de Luisiana, el Código de Vaud, el del Estado de Nueva York y hasta el italiano de 1865.

Vélez también trabajó con códigos de los Estados alemanes, como los de Sajonia, Baviera y Wurtemberg.

d) Freitas:

La cuarta fuente en que abrevó Vélez fue Freitas, cuya calidad científica es innegable. Lafaille apunta que Freitas fue un espíritu particularmente equilibrado en materia jurídica y de ideas muy progresistas. Por lo demás, fue un gran conocedor de la obra de Savigny. Su método fue seguido por Vélez en gran medida.

e) Otras fuentes:

Un quinto grupo está constituido por otros códigos, como el de Baviera, el chileno de Bello, el Proyecto de Código Civil para España de García Goyena, el Proyecto de Acevedo para la República Oriental del Uruguay, el Código austriaco de 1811; y algunas obras doctrinarias menos citadas como las de Story, Gregorio López, etcétera.

f) El Derecho canónico:

El Derecho canónico también tuvo influencia particularmente en materia de Derecho de familia y matrimonio. Vélez adoptó el matrimonio canónico como único válido, y probablemente éste haya sido el más grande error del Código, pues imposibilitaba la celebración del matrimonio a los no católicos. Ello motivó que pocos años después se sancionara la Ley de Matrimonio Civil, 2393.

g) Crítica de Alberdi. Su refutación:

Alberdi consideró la labor codificadora como una tarea menor y criticó duramente al Código de Vélez, atribuyéndole haber omitido la consideración de las leyes españolas y del Derecho vigente (v. el trabajo de Smith citado en la bibliografía). Le pronosticó una corta vida.

La crítica de un hombre de talento indudable como Alberdi llama la atención. Como el mismo Vélez le señaló, con sólo recorrer las páginas del Código hubiera advertido que en manera alguna se habían desconocido las leyes vigentes y los usos y costumbres del país.

Por el contrario, como lo apunta Lafaille, Vélez consideró en muchas instituciones las circunstancias particulares del país, que en forma de costumbres o tendencias tuvieran arraigo en nuestra sociedad. Es por eso que en muchos casos se aparta de los modelos europeos. Así pueden verse la nota puesta al título del matrimonio, la nota al artículo 577, la nota puesta al final del título en que se trata de la hipoteca, etcétera.

Y prueba de que Alberdi estaba equivocado es que el Código, con las modificaciones que naturalmente el tiempo impuso, se convirtió, como decíamos más arriba, en un motor del desarrollo de la Nación, particularmente en los primeros cuarenta y cinco años de su vigencia.

224. MÉTODO DEL CÓDIGO ⁶

a) Importancia:

Si un código es una unidad sistemática, parece evidente que el método que se utilice para elaborarlo es un *príus* lógico esencial.

De allí que debemos dedicar algunas líneas a exponer el método seguido por nuestro codificador.

b) Las partes del Código:

Nuestro Código comienza con dos títulos preliminares: "De las leyes" y "De los modos de contar los intervalos del Derecho".

A partir de allí se descompone en cuatro Libros.

El primero de ellos se denomina "De las personas", y trata de las personas en general en la primera sección, y "De los derechos personales en las relaciones de familia" en la segunda.

El Libro II se denomina "De los derechos personales en las relaciones civiles", y allí se regulan las obligaciones, los hechos y actos jurídicos y los contratos.

El Libro III trata de los derechos reales y el Libro IV se denomina "De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes", y comprende las sucesiones, los privilegios y la prescripción.

⁶ Bibliografía especial: COLMO, Alfredo, *Técnica legislativa del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1917; STRATTA, Alicia J. - STRATTA, Osvaldo J., "Enfoque sobre la metodología del Código Civil argentino", *L.L.* 1986-E-1178.

c) *Crítica:*

Debe señalarse que el método de Vélez, que siguió en ello mucho a Freitas, es muy superior al del Código francés, donde las materias están dispuestas de manera ciertamente arbitraria.

Pero, a pesar de ello, se le criticó a Vélez la errónea ubicación del título de los hechos y actos jurídicos, metido entre las obligaciones y los contratos, cuando en realidad tiene una aplicación general a todo el ordenamiento como él mismo lo dice en la nota puesta al comienzo de la Sección.

También ha sido materia de crítica la ubicación del capítulo de las cosas, con el que comienza el Libro III, siendo que ellas no son sólo el objeto de los derechos reales, sino también de otras situaciones o relaciones jurídicas.

Puede concluirse señalando que los códigos del siglo xx, particularmente a partir del alemán, han incorporado una Parte General, y ello se reflejó en los proyectos de reforma de Bibiloni, de la Comisión de 1936 y de 1954.

225. LOS GRANDES PRINCIPIOS DEL CÓDIGO CIVIL ⁷

No es necesario insistir sobre la orientación filosófica y política de nuestro Código Civil, que naturalmente respondía a las ideas en boga de la época.

Por ello los principios fundamentales sobre los cuales se estructuró la codificación son los mismos que ya hemos examinado con relación a los demás códigos del siglo xix.

a) *Principio de la autonomía de la voluntad:*

Para nuestro codificador la palabra empeñada en el contrato debe respetarse como la ley misma (art. 1197).

Este principio tenía mucho de absoluto. Por ello Vélez Sarsfield estableció también que el ejercicio de un derecho no puede dar nunca lugar a un hecho ilícito (art. 1071), y repudió la lesión en la nota al artículo 943.

Ello no impidió a la jurisprudencia establecer cortapisas al principio, como en materia de intereses usurarios y otras conductas abusivas, lo que hizo con fundamento en el artículo 953 del Código Civil, que dispone que el objeto de los actos jurídicos debe ser conforme a la moral y las buenas costumbres (v. *infra*, cap. XXV).

⁷ Bibliografía especial: COLOMBO, Leonardo, "Ubicación histórico-jurídica del Código Civil", *LL.* 135-1280; LEÓN, Pedro, "Ideologías atribuidas al codificador", *LL.* 135-1307; SMITH, Juan Carlos, "El Código Civil argentino. Síntesis doctrinaria de una época", *LL.* 135-1334; SALERNO, Marcelo U., "La libertad en el Código Civil", *E.D.* 83-790.

b) Responsabilidad fundada en la culpa:

La responsabilidad civil se fundó en la idea de la culpa, es decir que “no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia” (art. 1067).

c) Propiedad absoluta:

En la nota al artículo 2513, refiriéndose a la facultad del propietario de destruir la cosa, Vélez dice: “...Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituye en juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse juez del uso y toda idea de propiedad y libertad sería perdida”.

Pese a ello Vélez reconoció limitaciones al dominio, fundadas en el derecho administrativo y en las relaciones de vecindad (Título VI del Libro III), así como también hay limitaciones a la disponibilidad jurídica de la misma.

d) Familia fundada en el matrimonio indisoluble:

En cuanto al Derecho de familia se sostenía sobre el pilar del matrimonio indisoluble y por ende la filiación era también clasificada según su origen matrimonial o extramatrimonial. Los hijos extramatrimoniales a su vez se clasificaban en naturales (cuando los padres no tenían impedimento para contraer matrimonio), adulterinos, incestuosos y sacrílegos.

Por lo demás, y como fue dicho ya, el matrimonio admitido por el codificador era el celebrado en forma canónica.

226. VALORACIÓN⁸

Ya ha sido expresado que el Código respondió a las ideas de la época.

Constituyó así un avance notable respecto del régimen vigente a ese momento, que no sólo era disperso y de difícil conocimiento y aplicación, sino también arcaico e inadecuado a la organización del Estado nacional bajo una forma republicana y democrática, que garantizaba a todos la igualdad civil.

Por lo demás, supo amalgamar los avances de la doctrina científica y del derecho comparado con las costumbres locales y el Derecho vigente, logrando así un Código que se acomodó sin esfuerzos a la sociedad a la cual iba a regular.

También tuvo la virtud de que sus principios, aparentemente absolutos, tenían su contrapartida en otros principios generales. Verbigracia,

⁸ Bibliografía especial: ORGAZ, Alfredo, “El futuro del Código Civil”, *LL*. 135-1319; GASTALDI, José María, “El código civil y la libertad. Vigencia y perdurabilidad de la obra de Vélez Sarsfield”, *E.D.* 119-731.

la inclusión de la denominada por Spota "cláusula moral" en el artículo 953, fue la llave para morigerar tanto el carácter aparentemente absoluto de la propiedad cuanto la rigidez del principio *pacta sunt servanda* del artículo 1197.

Estas características del Código hacen que queden en alguna medida obviados su excesivo casuismo, su extensión (que Arminjon califica de *récord*), y su, a veces, descuidada redacción.

En suma, el Código fue un adecuado instrumento para el país naciente.

IV. LAS REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL. PRIMERA ETAPA

227. LEGISLACIÓN POSTERIOR HASTA 1968

La pretensión racionalista de códigos en los que estuviera condensado definitivamente todo el Derecho se enfrenta a la realidad de las permanentes mutaciones sociales, ideológicas, políticas, económicas, que imponen el ajuste constante de los textos, lo cual se logra por vía de la jurisprudencia o de la reforma legislativa.

Las innovaciones de la jurisprudencia serán examinadas en cada tema particular. Por lo que aquí, nos limitaremos a enumerar las leyes que fueron modificando al Código Civil, incorporando nuevas instituciones o reformando aspectos de las ya tratadas por él.

Debe señalarse que algunas leyes fueron expresamente "incorporadas" al Código Civil, inclusive las que traían reformas menores o trataban materias ajenas. Tal calificación hecha por el legislador, no tiene ninguna trascendencia.

a) Ley de matrimonio civil:

El 12 de noviembre de 1888 se sancionó la ley 2393 de matrimonio civil que sustituyó el régimen matrimonial del Código Civil. Era una reforma necesaria, pues el sistema del Código excluía a los no católicos de la posibilidad de celebrar matrimonio.

Esta ley fue a su vez modificada en 1968, por la ley 17.711, y sustituida por la ley 23.515, promulgada el 8 de junio de 1987.

b) Ley de derechos civiles de la mujer:

La ley 11.357, sancionada el 14 de setiembre de 1926, amplió considerablemente la capacidad civil de la mujer casada.

Como se verá en el capítulo pertinente, la capacidad y los derechos de la mujer se han venido extendiendo hasta la plena igualdad civil y la eliminación de toda forma de discriminación.

c) Ley de adopción:

Nuestro Código no reguló la adopción, la que fue introducida por la ley 13.252, hoy sustituida por la ley 19.134.

d) Ley de propiedad horizontal:

El codificador había prohibido la división horizontal de la propiedad (art. 2617). Ello fue derogado por la ley 13.512, sancionada el 30 de setiembre de 1948, y todavía vigente.

e) Ley de venta de inmuebles fraccionados y a plazos:

La ley 14.005, sancionada el 30 de setiembre de 1950, reguló la venta a plazos de lotes de terreno, con la finalidad de tutelar a los adquirentes que eran muchas veces víctimas de maniobras expoliatorias. Esta ley está hoy vigente con las modificaciones que le introdujo la ley 23.266.

f) Ley sobre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio:

La ley 14.367 del 11 de octubre de 1954 introdujo sustanciales reformas al régimen del Derecho de familia y sucesorio, al suprimir parcialmente las distinciones entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Actualmente todos los hijos son iguales ante la ley (ley 23.264).

g) Catastro y prescripción de inmuebles:

La ley 14.159 del 3 de octubre de 1952, estableció normas sobre catastro y reglamentó como juicio contencioso el procedimiento de adquisición de inmuebles por prescripción. Se encuentra vigente en lo sustancial.

h) Régimen de menores y de la familia:

La ley 14.394 del 30/12/1954 estableció importantes reformas en materia de capacidad para celebrar el matrimonio, simple ausencia y presunción de fallecimiento.

También incorporó el "bien de familia", inejecutable por deudas posteriores a la constitución como tal.

Aunque no se encontraba previsto en el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso, éste incluyó el divorcio vincular (art. 31), por primera vez en la historia de la legislación nacional. La vigencia de ese texto fue suspendida (decreto ley 4070/1956), y luego sustituida por la ley 23.515 que reglamentó nuevamente esa forma de disolución del matrimonio.

i) Nombre:

Nuestro codificador dejó librada a la costumbre la regulación del nombre de las personas. Pero ya los decretos 11.609/1943 y 410/1946 establecieron normas sobre esa institución.

Hoy está regulada por la ley 18.248 que, a su vez, ha sufrido reformas por las nuevas disposiciones en materia de Derecho de familia.

j) Registro de la Propiedad Automotor:

El decreto ley 6582/1958 creó el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor, y modificó sustancialmente el régimen dominial de esas cosas al obligar el registro de los negocios jurídicos transmisivos de la propiedad, y declarar que propietario es quien tiene inscripto a su nombre el vehículo (v. *infra*, cap. XXII).

k) Registro Civil:

El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas está reglamentado por el decreto ley 8204/1963 con vigencia en toda la República.

V. PROYECTOS DE REFORMA INTEGRAL ⁹

228. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Uno de los temas, que divide a nuestra doctrina desde antaño, es la conveniencia de las reformas parciales al Código o de su sustitución completa por otro.

Los argumentos de una y otra de las partes no dejan de ser ponderables, y ello es lo que transforma a esta discusión en una *vexata quaestio*.

La experiencia internacional muestra ambos caminos. Francia por ejemplo, sigue reformando el viejo Código Napoleón, mientras Italia ha sustituido totalmente al Código de 1865 por el de 1942 con la particularidad de que se trata de un texto único para el Derecho civil y mercantil. Del mismo modo Perú ha sustituido su moderno Código de 1936 por otro vigente a partir de noviembre de 1984; Paraguay ha sustituido el Código de Vélez, que tenía adoptado, por una nueva legislación fruto de extensos trabajos realizados sobre el Anteproyecto de De Gásperi; Portugal también tiene un nuevo Código a partir de 1966.

En nuestro país se ha intentado la sustitución total en tres oportunidades, y en todas ellas fracasó.

En cambio, ha habido numerosas reformas parciales, y sobre todo una de gran importancia, por su magnitud y profundidad, que fue la de 1968.

Un proyecto de unificación de la legislación civil y comercial fue preparado en 1987; tuvo sanción del Congreso varios años después pero fue vetado por el Poder Ejecutivo nacional.

⁹ Bibliografía especial: PERISSE, Pedro, "A propósito del Anteproyecto del Dr. Biliboni y el Proyecto de Reformas de 1936", *E.D.* 29-893; MOLINARIO, Alberto J., "El cincuentenario del Proyecto del Código Civil de 1936", *L.L.* 1987-A-855; "Panorama y valoración general del Anteproyecto del Código Civil argentino de 1954", *E.D.* 41-925.

Otro proyecto fue encargado a una comisión designada por el Poder Ejecutivo por decreto 468/1992; esa comisión fue integrada por Augusto C. Belluscio, Aída Kemelmajer de Carlucci, Federico N. Videla Escalada, Sergio Le Pera, Salvador Darío Bergel, Eduardo A. Zannoni y el autor de esta obra. También propiciaba la unificación de la codificación civil y comercial, para lo cual proyectó un nuevo Libro II del Código Civil, amén de otras reformas parciales.

Finalmente un tercer proyecto fue elaborado en el seno de la Cámara de Diputados por una denominada Comisión Federal; siguió en lo fundamental al Proyecto de 1987.

Actualmente está trabajando otra comisión, también en el seno del Poder Ejecutivo nacional, integrada por Héctor Alegria, Atilio Alterini, Jorge Alterini, Augusto Belluscio, Antonio Boggiano, Aída Kemelmajer de Carlucci, María Josefa Méndez Costa, Horacio Roitman y el autor de esta obra. Este proyecto se encuentra enderezado a la redacción de un nuevo Código Civil.

Ahora daremos una breve noticia sobre los proyectos de reforma integral.

229. ANTEPROYECTO DE JUAN ANTONIO BIBILONI

a) Antecedentes:

En 1926 el Poder Ejecutivo dictó dos decretos en virtud de los cuales creó una comisión que debía preparar un proyecto de Código Civil.

Esa comisión, a cuya integración nos referimos más abajo, designó como redactor a uno de sus miembros, el Dr. Juan Antonio Bibiloni, prestigioso profesor de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, que se caracterizaba por la dureza de sus críticas al Código vigente.

Bibiloni trabajó seis años y finalmente entregó un *proyecto* completo de Código Civil, con extensas notas al pie de los artículos que, como en el caso de Vélez, permiten conocer las fuentes de los textos y el itinerario intelectual del autor.

b) Método:

El Anteproyecto se hizo sobre un método moderno, pues siguiendo a los códigos alemán y brasileño incluye un Libro I que, a guisa de Parte General, comprende las normas aplicables a toda relación jurídica; trata allí de las personas, los hechos jurídicos y del ejercicio de los derechos. Luego en la Parte Especial, el Libro II trata del Derecho de Familia, el Libro III de las Obligaciones y sus fuentes, en particular los Contratos; el Libro IV de los Derechos reales, y el libro V de Sucesiones, Prescripción y Registros.

c) Valoración:

La obra de Bibiloni tuvo gran mérito de acercar la doctrina argentina al hasta entonces casi desconocido Derecho alemán.

Pero a la vez fue excesivamente valorado el aporte doctrinario y casi descartado el jurisprudencial pese a la vigencia del Código por más de sesenta años a lo largo de los cuales mucho habían dicho ya los tribunales nacionales.

230. *PROYECTO DE 1936*

a) Antecedentes:

Como decíamos más arriba, el Poder Ejecutivo nombró en 1926 una comisión para que preparara un proyecto de Código Civil, la que a su vez designó como redactor al Dr. Bibiloni.

La Comisión estuvo integrada por un representante de la Corte Suprema, Dr. Roberto Repetto; de las Cámaras civiles, Dres. Pera y Salvat, quienes al fallecer fueron sustituidos por los Dres. Tobal y de Tezanos Pintos; de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, Dr. Héctor Lafaille; de la de La Plata, Dr. Horacio Rébora; de la de Córdoba, Dr. Enrique Martínez Paz; de la del Litoral, Dr. José A. Gervasoni; de la Academia Nacional de Derecho, Dr. Juan Antonio Bibiloni; y del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Dr. Rodolfo Rivarola.

Esa Comisión había ido tratando el trabajo de Bibiloni a medida que éste avanzaba, de modo que a la vez que se preparaba el *Anteproyecto*, se iba dando forma a las "Actas y Observaciones" de la Comisión en las que constan las resoluciones adoptadas por ésta.

A su vez, una vez entregado todo el *Anteproyecto*, la Comisión designó dos nuevos redactores, Lafaille y Tobal, quienes concluyeron su trabajo en 1936, habiendo sido elevado el Proyecto al Poder Ejecutivo el día 10 de octubre de ese año. Pese a que el Poder Ejecutivo lo envió al Congreso, nunca fue tratado.

b) Método:

En punto a su método, el Proyecto cuenta con una Parte General, en la que trata de personas, hechos, cosas, ejercicio de los derechos y prescripción; y otros cuatro Libros en los que trata de la Familia, las Obligaciones y sus fuentes, los Derechos reales y la Sucesión; y se completa con una ley de registros.

Debe apuntarse que carece de notas, pero de todos modos son de gran utilidad las "Actas y Observaciones".

c) Valoración:

A pesar de los años transcurridos, el proyecto sigue siendo una importante fuente de reflexión. Pero de todos modos, Borda señala con ver-

dad que en su momento fue fríamente recibido y en gran medida lo ha cubierto un manto de olvido.

231. ANTEPROYECTO DE 1954

a) Antecedentes:

Este Anteproyecto es obra del Instituto de Derecho Civil de la Dirección de Institutos Jurídicos dependiente del Ministerio de Justicia.

Ese Instituto de Derecho Civil estaba dirigido en ese momento por el Dr. Jorge Joaquín Llambías, quien fue el verdadero *alma mater* del Anteproyecto, si bien colaboraron con él algunos prestigiosos letrados.

El Anteproyecto permaneció inédito por muchos años, pues poco tiempo después de su conclusión se produjo el derrocamiento del gobierno (16/9/1955), por lo que tampoco llegó a tener tratamiento legislativo. La Universidad Nacional de Tucumán sacó el Anteproyecto del anonimato con una prolija edición.

b) Método:

Es probablemente lo más destacable de este trabajo.

El Título Preliminar tiene tres capítulos con disposiciones generales, normas de derecho internacional privado y cómputo de plazos.

El Libro I es la Parte General y trata de las personas, bienes, hechos y actos jurídicos y tutela de los derechos.

El Libro II es el de la Familia, y el Libro III, Sucesiones, trata de la herencia, con lo que se modifica sustancialmente la ubicación de esta materia.

El Libro IV es el de las Obligaciones, y el Libro V trata de los Derechos reales e intelectuales.

c) Valoración:

El Anteproyecto ha sido objeto de elogiosos comentarios, por la exposición ordenada de las materias que trata, su brevedad no exenta de claridad, la concisión de los preceptos, su recepción de todo lo valioso generado por la jurisprudencia a lo largo de los años de vigencia del Código Civil, así como de la experiencia extranjera más reciente.

Por lo demás, tiene una gran coherencia intelectual, lo que revela la labor de un jurista de la talla de Llambías.

Pese a haber permanecido en el anonimato durante muchos años, a partir de su publicación se ha constituido en fuente inexorable de cualquier reforma ulterior y en un material de estudio de importancia.

VI. LAS REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL.
SEGUNDA ETAPA

232. LA REFORMA DE 1968: LEY 17.711 ¹⁰

a) *Antecedentes. Sanción:*

En 1966 la Secretaria de Estado de Justicia designó una comisión que debía estudiar la reforma al Código Civil, sin determinarse previamente si ella debía ser integral o parcial.

Formaron esa comisión los doctores: José María López Olaciregui, Dalmiro Alsina Atienza, Alberto G. Spota, Roberto Martínez Ruiz, José F. Bidau, Abel Fleitas y Guillermo A. Borda, quien simultáneamente se desempeñaba como ministro del Interior, lo que no le impidió colaborar activamente en la tarea, como lo dice la nota de elevación del proyecto.

Cabe apuntar que la comisión se decidió por una reforma parcial, no por ello menos significativa, y el proyecto fue elevado sólo por Martínez Ruiz, Bidau y Fleitas, pues los demás miembros habían renunciado y Borda desempeñaba la función pública ya mencionada.

La ley 17.711 fue sancionada el 22 de abril de 1968 y entró a regir el 1º de julio de ese año.

b) *Principales reformas introducidas:*

La ley 17.711 reformó cerca de doscientos artículos del Código, pero su importancia no radica en la cantidad, sino en el cambio de orientación, que se refleja en algunas de las instituciones incorporadas.

Así merecen destacarse:

- el abuso del derecho (art. 1071);
- el vicio de lesión (art. 954);
- el principio de buena fe como regla de interpretación de los contratos (art. 1198);
- la teoría de la imprevisión (art. 1198);
- la limitación del carácter absoluto del dominio (arts. 2512, 2513);
- la reparación amplia del daño moral en la responsabilidad civil contractual (art. 522) y extracontractual (art. 1078);
- la posibilidad de reducir la indemnización en los cuasidelitos (art. 1069);

¹⁰ Bibliografía especial: la bibliografía sobre la ley 17.711 es inagotable, por lo que nos limitamos a algunos trabajos generales sobre ella: BORDA, Guillermo A., "La ley 17.711 de reformas al Código Civil", *E.D.* 27-921; "A propósito del trabajo de la comisión reformadora del Código Civil", *E.D.* 28-847; *La reforma de 1968*, Buenos Aires; LAMBÍAS, Jorge J., *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, Buenos Aires; BORDA, Guillermo A., "A propósito de la reforma de 1968 al Código Civil", *L.L.* 1981-B-1016; MOLINARIO, Alberto D., "La reforma de 1968 al Código Civil", *L.L.* 1981-C-933; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Los 'nuevos vientos' de la reforma en el derecho privado patrimonial" en *Estudios en homenaje al Dr. Guillermo Borda*, Buenos Aires, 1985, pág. 296.

- la responsabilidad objetiva en materia de hechos ilícitos producidos con las cosas (art. 1113);
- la solidaridad de los coautores del cuasidelito (art. 1109, 2º párr.);
- la indemnización de equidad para la víctima del hecho involuntario (art. 907);
- la mora automática como regla en las obligaciones a plazo (art. 509);
- el pacto comisorio implícito en los contratos (art. 1204);
- la inscripción registral como forma de publicidad para la transmisión de derechos reales sobre inmuebles (art. 2505);
- la protección de los terceros de buena fe subadquirentes de derechos reales o personales en caso de nulidad (art. 1051);
- la protección del adquirente con boleto de compraventa (arts. 1185 bis y 2355);
- la adquisición de la mayoría de edad a los 21 años (art. 126);
- la emancipación por habilitación de edad (art. 131);
- la ampliación de la capacidad del menor que trabaja (art. 128);
- el divorcio (separación personal), por presentación conjunta (art. 67 bis de la Ley de Matrimonio Civil);
- modificación del orden sucesorio (arts. 3569 bis, 3571, 3573, 3576, 3576 bis, 3581, 3585, 3586);
- presunción de la aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario (art. 3363).

c) Juicio crítico:

De la enumeración precedente surge a primera vista la trascendencia de la reforma, que ha tocado todos los pilares de la codificación decimonónica.

En efecto:

se ha limitado el carácter absoluto del principio *pacta sunt servanda*, al admitirse la imprevisión, la lesión y el abuso del derecho, todos corolarios en definitiva del principio general de la buena fe que aparece expresamente consagrado;

se ha limitado el carácter absoluto de la propiedad, al morigerarse las facultades del propietario;

se ha trastocado el régimen de la responsabilidad civil al admitirse la responsabilidad objetiva, la reparación del daño moral con amplitud y la solidaridad entre los coautores del cuasidelito. Se han adoptado soluciones que responden a una concepción dinámica del patrimonio, como lo son la mora automática y el pacto comisorio implícito;

se ha modificado un aspecto esencial del divorcio, al admitirse la presentación conjunta en juicio a celebrarse sólo en dos audiencias, lo que dio fin a los sangrientos juicios de divorcio contradictorios.

Bien es cierto que algunas de estas instituciones estaban siendo aceptadas por la jurisprudencia. Ello no es demérito; por el contrario, revela el buen sentido de los autores de la ley 17.711. Mejor es un código

que contenga las instituciones, y determine sus límites y alcances, que estar sometidos al arbitrio de los jueces fundado en disposiciones excesivamente generales como el artículo 953.

Por ello, si bien en su momento la ley 17.711 recibió una andanada de críticas aparentemente demoledoras, el tiempo ha demostrado que significó un notable avance de nuestra legislación civil, una modernización de ella que nos permite afirmar que a partir de 1968 hay un nuevo Código Civil, que sin resignar la tutela de la libertad tiene una orientación menos individualista y más solidarista que la del magno Código de Vélez Sarsfield.

233. LAS REFORMAS POSTERIORES A 1968

a) Registro inmobiliario:

La ley 17.711 había establecido en el artículo 2505 la inscripción registral como forma de publicidad en las transmisiones de derechos reales sobre inmuebles. Pocos días después se sancionó la ley 17.801, Ley Nacional del Registro Inmobiliario.

b) Nombre de las personas físicas:

Las aisladas disposiciones existentes en esta materia, fueron sustituidas por la ley 18.248, que la reguló de manera completa. Esta ley ha recibido sucesivas reformas parciales.

c) Adopción:

La ley hasta entonces vigente fue sustituida por la 19.134, sancionada el 3 de junio de 1971. A su vez este texto fue sustituido por la ley 24.779 que incorporó el régimen de la adopción entre los artículos 311 y 340 del Código Civil.

d) Prehorizontalidad:

La ley 19.724, denominada de prehorizontalidad, fue sancionada el 6 de julio de 1972.

e) Fundaciones:

La ley de fundaciones, que completa un vacío del Código, se encuentra en vigor a partir del 25 de setiembre de 1972, bajo el número 19.836.

f) Catastro nacional:

La ley nacional catastral lleva el número 20.440 y fue sancionada el 5 de junio de 1973.

g) Derecho de habitación del cónyuge superviviente:

La ley 20.793 incorporó el artículo 3573 bis del Código Civil que establece el denominado derecho real de habitación del cónyuge superviviente.

h) Derecho a la intimidad:

La ley 20.889 había pretendido reglamentar por primera vez el derecho a la intimidad, mediante la incorporación del artículo 32 bis, pero existió un defecto en su sanción, por cuanto las cámaras legislativas habían votado textos distintos. Por ello, por ley 21.173 del 30 de setiembre de 1975, se sancionó el artículo 1071 bis del Código Civil.

i) Cláusulas de ajuste en hipotecas y prendas:

La ley 21.309 establece el régimen de publicidad de las cláusulas de ajuste en las hipotecas y prendas con registro. Fue sancionada y promulgada el 7 de mayo de 1976. Quedó derogada por la Ley de Convertibilidad, 23.928. El abandono de la convertibilidad por la ley 25.561 del 6 de enero de 2002 no ha causado la reaparición de las cláusulas de ajuste; como ya fue explicado, subsiste la ley 23.928 en cuanto prohíbe la utilización de estas cláusulas.

j) Trasplantes:

La ley 21.541 es el primer régimen nacional sobre trasplantes de órganos; sancionada el 18 de marzo de 1977, fue reformada parcialmente por la ley 23.464, aprobada el 30 de octubre de 1986. Actualmente rige la ley 24.193.

k) Marcas y señales:

El régimen de marcas y señales, como modo de identificación del ganado mayor y menor, omitido por el Código Civil y recogido por los códigos rurales, se incorporó a la legislación nacional por la ley 22.939 del 6 de octubre de 1983.

l) Ley de sangre:

Se denomina ley de sangre a la 22.990, del 20 de noviembre de 1983, un extenso texto de cien artículos que regula distintos aspectos de la utilización de sangre humana.

m) Filiación y patria potestad:

Una de las reformas más trascendentes a partir de la de 1968 es la producida por la ley 23.264, sancionada por el Congreso de la Nación el 25 de setiembre de 1985.

Se refleja particularmente en los ámbitos de la filiación, estableciendo la equiparación absoluta entre los hijos nacidos dentro y fuera del

matrimonio, y la patria potestad que pasa a ser ejercida de manera conjunta por ambos padres.

Pero además, produjo reformas en otras materias como la capacidad, el domicilio, etcétera.

n) Matrimonio civil:

La otra reforma importante que ha sufrido nuestro Derecho de familia proviene de la ley 23.515 que sustituyó a la Ley de Matrimonio Civil 2393.

Entre otras múltiples modificaciones, resulta importante recordar que este régimen restablece el divorcio vincular, que estaba suspendido desde 1956.

ñ) Pacto de San José de Costa Rica:

La ley 23.054, promulgada el 19 de marzo de 1984, ratifica la Convención Interamericana de Derechos Humanos, conocida generalmente como Pacto de San José de Costa Rica.

Al incorporarse al Derecho interno tiene directa influencia sobre muchas materias, particularmente en lo vinculado a los derechos de la personalidad.

o) Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación de la mujer:

La ley 23.179 ratificó la denominada Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

p) Ley de Convertibilidad:

La comúnmente denominada Ley de Convertibilidad (23.928) no sólo estableció la obligación del Banco Central de vender todos los dólares que le sean requeridos por el público, sino que además introdujo modificaciones significativas en el Código Civil. Así, ahora es posible convenir que las obligaciones en moneda extranjera sean cumplidas sólo en la moneda estipulada; y se admite el anatocismo (capitalización de los intereses) (reforma a los arts. 619 y 623). Estas reformas al Código Civil subsistieron aun después del abandono del régimen de convertibilidad por la ley 25.561 (art. 5º de la ley 25.561).

q) Ley de fideicomiso y leasing:

La ley 24.441, generalmente denominada de financiamiento de la construcción, constituye uno de los avances más notables de la legislación argentina en los últimos años. Ello porque incorporó el contrato de fideicomiso, que permite crear patrimonios de afectación que no pueden ser agredidos por los acreedores de ninguna de las partes; y el *leasing*,

un contrato de gran difusión en la economía contemporánea. Además se hicieron algunas reformas al Código Civil en materia de cesión de créditos.

234. EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN LEGISLATIVA ¹¹

a) Antecedentes de la unificación de la legislación civil y comercial. Remisión:

En el Capítulo I de esta obra hemos dado noticia sobre los antecedentes de la unificación de la legislación civil y comercial, por lo que remitimos a lo allí expuesto (v. *supra*, núm. 56, c), señalando que entre nosotros la idea tiene también antiguo arraigo.

En efecto, el Primer Congreso Argentino de Derecho Comercial, la VI Conferencia Nacional de Abogados (1959), el III Congreso Nacional de Derecho Civil (1961) y el Congreso de Derecho Comercial de Rosario (1969), propiciaron esa unificación, lo mismo que la doctrina más destacada, particularmente la comercialista.

Por lo demás, ello responde a las necesarias influencias recíprocas que han ejercido el Derecho civil y comercial a partir de la codificación, y que tanto han producido una "comercialización del Derecho civil", cuanto una "civilización del derecho comercial" (v. *supra*, nros. 56 a) y b)).

Cuadra finalmente puntualizar que en nuestro país algunas materias ya están unificadas; así sucede con los concursos y quiebras, cuya reglamentación (ley 19.551 con las reformas de la ley 22.917), se aplica por igual a comerciantes y no comerciantes.

Otra materia importantísima, como la societaria, tiene dos regulaciones: la del Código Civil y la de la ley 19.550 de sociedades mercantiles. Pero estas últimas son tales por la forma típica que adoptan (sociedad anónima, de responsabilidad limitada, en comandita, colectiva, etc.), y por lo tanto se utilizan también para negocios "civiles" y en la práctica son las únicas que existen, por lo que su unificación definitiva también fue propiciada por la doctrina y por las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

¹¹ Bibliografía especial: la bibliografía es muy amplia, por lo que también nos limitaremos a citar algunos trabajos generales: CAZEAUX, Pedro N., "El proyecto de reformas al Código Civil", *L.L.* 20/7/1988; ALSINA ATIENZA, Dalmiro, "El proyecto de unificación de normas civiles y comerciales. Algunas de sus muy graves falencias", *E.D.* 19/10/1987; "El proyecto de unificación de normas civiles y comerciales", *E.D.* 14/9/1987; CAMISAR, Osvaldo, "Acerca de ciertas críticas muy urgentes sobre el proyecto de unificación", *L.L.* 23/12/1987; LAMAS, Félix A., "El proyecto de unificación de la legislación civil y comercial", *L.L.* 4/2/1988; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Algunas notas al proyecto de reformas a la legislación en el derecho privado", *L.L.* 13/8/1987; BENDERSKY, Mario J., "El proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación Argentina", *L.L.* 27/8/1987; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., "Algunas acotaciones críticas al proyecto de unificación legislativa civil y comercial", *L.L.* 10/11/1987; CÁMARA, Héctor, "Una aproximación al proyecto de unificación legislativa civil y comercial", *RDCO* 1987-379; "El método de la reforma de la legislación civil y comercial", *RDCO* 1987-739.

Por ello puede decirse que el país está preparado para la unificación de la legislación civil y mercantil.

b) La cuestión constitucional:

El artículo 75, inciso 12, de la Constitución dispone que el Congreso sancionará los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y de Trabajo y Seguridad Social.

Algunos autores plantearon que ello impide la unificación de los textos, o al menos la derogación completa del Código de Comercio como lo proyectó la comisión a que nos referiremos más abajo.

Sin embargo, la objeción no parece decisiva. De lo que se trata en el artículo 75, inciso 12, es de definir que es materia del Congreso nacional legislar sobre derecho común. Como lo haga, en un cuerpo legislativo o en dos, o en leyes especiales como lo ha hecho en infinidad de oportunidades, no altera la esencia del mandato constitucional.

c) La comisión redactora. Su labor. Sanción:

En el año 1986 la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados designó como asesores para una comisión de "unificación de la legislación civil y comercial" a los doctores Héctor Alegria, Atilio A. Alterini, Jorge H. Alterini, Miguel Carlos Araya, Francisco de la Vega, Sergio Le Pera y Ana I. Piaggi. Muy al final de las tareas de la comisión se unió a ella el Dr. Horacio P. Fargosi.

El 22 de abril de 1987 se elevó el proyecto, con "notas explicativas" al comienzo del mismo, en las que se comentan las principales reformas propiciadas aunque de manera muy escueta. En ellas no se puntualizan las disidencias que algunos miembros tuvieron en materias importantes, y por lo que sabemos no se les autorizó a dejar constancia de sus observaciones.

El proyecto fue rápidamente tratado y el 15/7/1987 obtuvo sanción de la Cámara de Diputados.

d) La comisión revisora:

Pasado a la Cámara de Senadores, ésta dispuso su revisión por una comisión presidida por el Dr. Luis Moisset de Espanés, e integrada entre otros por Fernando López de Zavalía, Carlos Suárez Anzorena, Juan Carlos Palmero, Ernesto Clemente Wayar, Eduardo Zannoni, Adolfo Mariano Rodríguez Saa.

Esa comisión fue creada por el término de seis meses y propició numerosas modificaciones al texto aprobado por la Cámara de Diputados.

Pero lo cierto es que no llegó a expedir un dictamen definitivo, y cuando se hallaba en plena tarea, su mandato no fue renovado.

e) Sanción y veto:

A fines de 1991 el Senado dio sanción a la ley de unificación, a libro cerrado. Pero ella fue vetada por el Poder Ejecutivo nacional, en razón de su inadecuación a una nueva y diferente situación política y económica.

f) Metodología propuesta:

Las notas explicativas comienzan dando cuenta del método seguido por la comisión, que fue:

- independizar del Código de Comercio la legislación que le estaba incorporada;
- modificar el Código Civil de modo que supla la derogación del Código de Comercio, y modernizar algunos de sus contenidos;
- modificar ciertas leyes especiales para adecuarlas a la nueva situación;
- derogar el Código de Comercio.

La Comisión no se limitó entonces a “unificar” el derecho patrimonial, sino que además realizó una tarea muy importante en su actualización por vía de reformas a instituciones existentes, e incorporación de novedades significativas, siempre sobre la base de modificaciones al Código Civil vigente.

Inclusive se respetó en lo posible la numeración del Código, y por ello se da la peculiaridad de que algunos capítulos aparecen con menos artículos que los originales, y el siguiente reinicia la numeración de acuerdo a la antigua. Así, hay artículos que no existen.

g) Principales reformas propuestas:

Más allá de la unificación en sí, que resulta sin dudas el aporte más destacable, la comisión propuso, como decíamos, numerosas reformas al derecho patrimonial vigente.

Entre otras podemos mencionar:

- en materia de personas jurídicas, la posibilidad de constitución o subsistencia con un solo miembro o con ninguno; ello se manifiesta también en materia societaria con la sociedad de responsabilidad limitada y anónima con un solo socio;
- en cuanto a instrumentos privados, se propician normas para los no firmados y los registros visuales o auditivos acerca de cosas o de hechos y, cualquiera sea el medio empleado, los de pensamiento o información, con lo cual, dicen las notas explicativas, se abre la legislación a la clase de los medios electrónicos;
- se unifica el régimen de la responsabilidad civil contractual y extracontractual;
- se actualiza el artículo 1113 previéndose la responsabilidad por “actividades riesgosas” y disponiendo también límites a la indemnización para ciertos casos;

- se desarrollan el enriquecimiento sin causa y la declaración unilateral de la voluntad como fuentes de las obligaciones;
- las reglas sobre formación de los contratos se ajustan a las de la Convención de Viena sobre compraventas internacionales;
- el principio del artículo 1197 —fuerza obligatoria de los contratos— se morigera por vía de la adopción de la denominada doctrina de las bases;
- se admite la resolución del contrato por frustración del fin;
- se establecen normas de interpretación de los contratos, que hasta ahora están en el Código de Comercio, muy actualizadas y teniendo en cuenta la masificación del tráfico;
 - se prevén normas para los contratos con cláusulas predispuestas;
 - se intensifica la protección del contratante individual persona física, previéndose también normas sobre responsabilidad por daños producidos por productos elaborados;
- se deroga la prohibición del pacto comisorio en la venta de cosas muebles y se posibilitan otras formas contracuales modernas, como el *leasing* o el arrendamiento con opción a compra;
 - se regula el contrato de suministro;
 - se unifica el régimen de las sociedades y son totalmente reformuladas las normas relativas a las antiguas sociedades civiles, sobre la base de los antecedentes del Derecho suizo;
 - se unifican las reglas sobre prescripción y privilegios;
 - se prevén las bases para nuevas formas del dominio;
 - se incorpora el derecho real de superficie;
 - se establecen normas sobre contabilidad y confección de estados contables;
 - amén de ello se preveían reformas parciales a las leyes de sociedades, concursos y otras.

h) Juicio crítico:

La polémica desatada por el proyecto de unificación legislativa no está aún acallada. Y lo cierto es que el haber despertado ese debate intenso, desarrollado en las páginas de todas las revistas jurídicas del país, es de por sí un mérito. Sin duda, este proyecto no ha pasado desapercibido.

Como siempre que se publica un proyecto o una nueva ley, el espíritu conservador de los abogados se refleja en la crítica áspera y en el elogio de lo pasado (generalmente hasta ese momento también severamente criticado). Es que con las leyes derogadas pasa como con los muertos: devienen perfectos casi instantáneamente.

De todos modos, cabe señalar dos cuestiones que dieron cierta razón a la reacción:

- la primera, que la comisión haya estado integrada exclusivamente por hombres de la Capital Federal. Ello significó omitir a juristas como Moisset de Espanés, Palmero, Mosset Iturraspe, López de Zavalía, Cámara, etcétera, que sin duda tenían mucho que decir en el Derecho civil y comercial;

— la segunda, la premura con que se lo sancionó sin someterlo previamente a un debate nacional. Ya no es la época de la sanción del Código Civil; hoy existe una doctrina jurídica afianzada, moderna, estudiosa, compenetrada en los problemas y actualizada en el conocimiento del Derecho argentino y comparado; hay numerosas Facultades de Derecho, Colegios de Abogados, Asociaciones de Magistrados y Academias que son voces autorizadas.

Pero sin perjuicio de ello, lo cierto es que el proyecto es, en su conjunto, una obra de alto mérito, pues propicia la unificación generalmente querida, y a la vez actualiza notablemente la legislación vigente, en las materias que ya hemos visto.

Quizás podrían señalarse dos cuestiones en las cuales el proyecto no ganó consenso.

Una es la regulación de la sociedad ¹² (arts. 1652 y sigs.), así como de las asociaciones y fundaciones, donde se trasvasa un sistema, el suizo, absolutamente desconocido para nosotros, ajeno a nuestras costumbres, tradiciones y prácticas.

Aquí se puede hacer la misma crítica que hizo Orgaz al proyecto de 1936 cuando pretendía sustituir el sistema subjetivo de la posesión, inspirado en Savigny, por el régimen objetivo de Ihering. Sobre ello decía el maestro cordobés que: "... importaba prácticamente echar por tierra todo el articulado del Código, pues si algunos textos subsistían, ellos cambiaban de sentido al mudarse la orientación y la estructura del conjunto; importaba también como es indudable, echar por tierra toda la rica jurisprudencia elaborada larga y pacientemente por los tribunales así como la labor ya realizada por tratadistas y escritores del país ... Una larga e ininterrumpida tradición, he aquí palabras que a los reformadores de países jóvenes como el nuestro, deben también provocar madura reflexión cada vez que se intente hacer sustituciones o innovaciones que, aunque 'muy modernas', no se justifican sino en el estricto caso de una necesidad o conveniencia evidentes".

La segunda es la redacción propiciada para el artículo 1197, conforme a la cual los contratos son obligatorios si las circunstancias que determinaron su celebración para cada una de las partes, y fueron aceptadas por la otra, o lo hubieran sido de habérselas exteriorizado, subsisten al tiempo de la ejecución.

¹² Bibliografía especial: PALMERO, Juan Carlos, "La persona jurídica en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación", *RDCO* 1987-817; MANOVIL, Rafael Mariano, "Las simples sociedades y otras cuestiones críticas del proyecto de unificación civil y comercial en materia societaria", *Rev. Jur. de Buenos Aires*, 1988-111-11; SUAREZ ANZORENA, Carlos - VEIGA, Juan Carlos, "El proyecto de unificación y el universo jurídico societario", *L.L.* 1987-E-993; RADRESA, Emilio, "La persona jurídica en el Código Civil y en el proyecto de unificación", *L.L.* 25/7/1988; BOLLINI SHAW, Carlos, "Observaciones respecto a las implicancias de la 'sociedad' (simple) del proyecto de unificación del derecho privado", *E.D.* 24/3/1988; FARINA, Juan M., "Las asociaciones en el proyecto de unificación del Derecho civil y derecho comercial", *L.L.* 30/8/1988; NISSEN, Ricardo Augusto - VITTOLO, Daniel Roque, "El contrato de sociedad en el proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación", *L.L.* 14/9/1988.

Las notas explicativas aluden a la doctrina de las bases —elaborada por Larenz— como fundamento de este texto. La doctrina de las bases es un pedazo de bruma germánica, para emplear la expresión de Fornieles que aplicara a la doctrina del patrimonio de Aubry y Rau, absolutamente innecesaria en nuestro Derecho. Nosotros hicimos la crítica de este precepto ¹³ y por lo que sabemos la comisión revisora siguiendo nuestro criterio había propiciado la eliminación del texto sancionado por Diputados.

Otras observaciones pueden ser hechas, pero no al fondo de las materias tratadas; por lo que reiteramos que en su conjunto la obra es un meritorio esfuerzo que deberá ser tenido en cuenta para una futura unificación.

234 BIS. OTROS PROYECTOS

Como ya hemos dicho, otro Proyecto fue encargado a una comisión designada por el Poder Ejecutivo nacional por decreto 468/1992; este también propiciaba la unificación de la codificación civil y comercial, para lo cual proyectó un nuevo Libro II del Código Civil, amén de otras reformas parciales.

Otro fue elaborado en el seno de la Cámara de Diputados por una denominada Comisión Federal; siguió en lo fundamental al Proyecto de 1987. El proceso culminó con el Proyecto de Código Civil de 1998, sobre el que tratamos en el párrafo siguiente.

234 TER. LA RECODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ARGENTINO. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998. REMISIÓN

La propuesta de recodificación de nuestro Derecho civil más importante de los últimos años está expresada en el Proyecto de Código Civil de 1998.

Tratamos del mismo a partir del número 237.12, esto es luego de examinar la recodificación en todo el mundo, para demostrar como al prescindirse de este Proyecto se ha perdido la oportunidad de modernizar nuestro derecho común y ponerlo a la altura de las necesidades de la Argentina actual.

¹³ V. RIVERA, Julio César, "La doctrina de las bases en el proyecto de unificación legislativa", *RDCO* 1987-867; v. también GASTALDI, José María, "El proyecto de unificación de la legislación civil y comercial. Generalidades. Su incidencia en la doctrina general de los contratos", *E.D.* 2/11/1987; "Informe de la Academia Nacional de Derecho", *L.L. Actualidad* 20/7/1989.

VII. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998 ¹⁴

235. LA DECISIÓN DE ENCARAR LA REVISIÓN INTEGRAL DEL CÓDIGO CIVIL Y DEL CÓDIGO DE COMERCIO

a) La creación de la Comisión:

El Poder Ejecutivo de la Nación creó una Comisión de reformas al Código Civil por decreto 685/1995, en la cual luego de recordar la pro-

¹⁴ La bibliografía sobre este proyecto es inmensa, de modo que citamos sólo algunos trabajos que consideramos esenciales: RIVERA, Julio César, "El Proyecto de nuevo Código Civil. Su necesario debate", *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, n° 28, pág. 34 y sigs.; "La prescripción liberatoria en el Proyecto de Código Civil de 1998", *RDPC*, n° 22, 249; "La teoría general del acto jurídico en el Proyecto de Código Civil de 1998", en *Revista FACA* (Federación Argentina de Colegios de Abogados), n° 1, tercera época, noviembre 1999, pág. 45; "La lesión en el Proyecto de Código Civil de 1998", *L.L.* 28/12/1999; "La reforma integral del derecho privado y su conexión con la tradición jurídica nacional en el Proyecto de Reforma del Código Civil", *J.A.*, 22/3/2000; "Le droit comparé et le droit uniforme dans l'élaboration du projet de code civil argentin (1998)", *Revue de Droit Uniforme*, 1999-4-863; publicado en español en "Hágase saber", *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, Departamento de Derecho, Univ. Nacional del Nordeste, año III, n° 8 (2000); "Las personas humanas en el Proyecto de Reformas al Código Civil", en el volumen *El Código Civil del siglo XXI (Perú y Argentina)*, Lima, 2000, págs. 993 y sigs.; "La teoría general del acto jurídico en el Proyecto Código Civil de 1998", en el volumen *El Código Civil del siglo XXI (Perú y Argentina)*, Lima, 2000, págs. 1047 y sigs.; "Ideas directrices del sistema de responsabilidad civil en el proyecto de Código de 1998", en *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, 2000 (separata publicada por La Ley); "Teoría general del acto jurídico, en seminario Análisis del Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial", publicado en *Cuaderno de Doctrina*, fascículo 5, Colegio Público de Abogados, 2000; "Repercusión del comercio electrónico en el Proyecto de Código Civil para la República Argentina", *Rev. Iuris Letteram*, de la Universidad del Altiplano, Puno, Perú, año 2000; "Reforma del derecho privado: ¿parcial o integral?", *E.D.*, 3/8/2000; "La oportunidad de la reforma del derecho privado" (en colaboración con Graciela Medina), *L.L.*, 2000-F-1225 (reproducido en Suplemento La Ley de la *Revista del Colegio Público de Abogados*, n° 1, febrero 2001); "La reforma de la legislación civil en América latina", *Revista de Derecho Comparado*, n° 1, págs. 169 y sigs.; "El Proyecto de Código Civil para la República Argentina", en *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. XXXV, mayo/agosto 2001, n° 3, pág. 381; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, "La técnica legislativa del Proyecto de Código Civil de 1998", *L.L.*, 11/8/1999; ALTERINI, Atilio A., "Sobre las disidencias con el Proyecto de Código Civil de 1998", *L.L.*, 22/7/1999; "El espíritu de Llamblas", *E.D.*, 7/7/1999; "Sobre algunas observaciones al proyecto de Código Civil de 1998 en materia de responsabilidad", *L.L.*, 3/8/1999; "Informe sobre la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil de 1998", *L.L.*, 6/5/1999; MEDINA, Graciela, "Elección del régimen de bienes en el matrimonio. Límites y Proyecto de Reforma del Código Civil", *L.L.*, 9/9/1999; "Situación de la mujer en el Proyecto de Código Civil de 1998", *J.A.*, 22/3/2000; MORELLO, Augusto M., "Lo procesal en el Proyecto Unificado de Derecho Civil y Comercial de 1998", *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires*, año XLIV, n° 37; BRIZZIO, Claudia, "Códigos únicos y *restatements* para unificar la regulación internacional del contrato (su influencia en el Proyecto de Código Civil de 1998)", *J.A.*, 15/3/2000; DE LOS MOZOS, José Luis, "Un intento de unificación del derecho privado. El proyecto de Código Civil de la República Argentina", *J.A.*, 15/3/2000; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Reformas al Código Civil en el Libro de Familia", *J.A.*, 15/3/2000; FERRER, Patricia, "El Proyecto de Unificación del Derecho Privado de 1998: una legislación de avanzada para la República Argentina", *J.A.*, 15/3/2000; MALICKI, Anahi, "Simplificación del régimen de la nulidad de los actos jurídicos en el Proyecto de Código Civil", *J.A.*, 15/3/2000; LÓPEZ CABANA, Roberto, "Limitaciones cualitativas y cuantitativas de la indemnización", *L.L.*, 19/12/2000;

visoriedad que el mismo Vélez Sarsfield asignó a su obra, discurrió sobre los distintos proyectos de reforma parcial que tenían estado parlamentario a esa época ¹⁵, concluyendo que eran incompatibles. Alertó además sobre la incidencia de la reforma constitucional y la incorporación de los Tratados internacionales que menciona el inc. 22 del artículo 75, Constitución reformada. Por lo que, afirma el decreto, en tales condiciones, *se considera necesario concluir la obra emprendida, encomendando a una comisión de juristas la tarea de proyectar la unificación del derecho privado, su reforma y actualización, de manera integral, que sin abandonar la tradición jurídica nacional encarnada en la obra de Vélez Sarsfield y en la permanente tarea de actualización posterior concretada a través de reformas legislativas, de las interpretaciones jurisprudenciales y de la doctrina, incorpore las instituciones que se consideren convenientes para acompañar el proceso de modernización que ha emprendido nuestro país, en un cuerpo único con metodología y exposición adecuada a la época*

Este decreto fijó entonces el marco de la actividad encomendada a la Comisión, que estaba integrada por Héctor Alegria, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, Antonio Boggiano, Augusto César Belluscio, Aída Kemelmajer de Carlucci, María Josefa Méndez Costa, Horacio Roitman y el autor de esta obra.

b) Necesidad de la reforma de la legislación de derecho privado argentino:

La conveniencia de reformar el Código Civil y a la vez el Código de Comercio no parece siquiera opinable. No es necesario aludir ahora a las opiniones de Segovia, Biliboni o de los autores del Proyecto de 1936.

Basta con recordar lo que, en 1968, decía el profesor Llambías, uno de los más relevantes juristas argentinos:

“A casi cien años de su vigencia, y por acertada que hubiere sido en su tiempo —y sin duda lo fue— la sanción del Código de Vélez Sarsfield, se imponía su reforma. Ese Código fue un monumento jurídico admirable, en cuanto tradujo con singular lucidez, las aspiraciones y los sentimientos de la sociedad argentina, que siempre estará en deuda con su autor. Empero, el tiempo no pasa en vano. Cien años son muchos, especialmente si se ha presenciado en ese lapso un desarrollo técnico colosal que entraña un inmenso dinamismo en todo el mundo, en contraste con la anterior organización estática... Esto no implica la caducidad de los criterios de justicia que elaboró o compuso el talento de nuestro codifi-

CROVI, Luis D., “La autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los contratos y la equidad”, *J.A.*, 9/5/2001; “Las asociaciones civiles en el nuevo proyecto de Código Civil”, *J.A.*, 26/7/2000; HOFF, Eduardo R., “Derechos de la personalidad en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio”, *L.L.*, 20/9/2000.

¹⁵ Se refiere a los proyectos elaborados por la denominada Comisión Federal que funcionó como asesora de la Cámara de Diputados; y el de la comisión designada por el decreto 468/1992, a que nos hemos referido en el número anterior.

gador... menos todavía la subestimación de las orientaciones que nos vienen desde el fondo de nuestra historia, y desde la raíz cultural de nuestro pueblo... Pero, sin duda, ello hacía imperativo replantear y repensar la cuestión de la reforma de la legislación civil para que la Argentina de hoy, contara, como contó la de ayer, con el instrumento legal adaptado a sus necesidades actuales y a las expectativas de su pueblo”¹⁶.

Más de treinta y cinco años han pasado desde que Llambías escribiera las líneas transcritas. El desarrollo tecnológico ha sido impresionante: en 1968 —año en que se hizo la última reforma importante en materia de derecho patrimonial— no se conocía el fax y quizás estaba empezando a incorporarse el telex, no existían las computadoras, ni hablar de la ingeniería genética o la fertilización asistida; no conocíamos ni remotamente el *leasing*, el *factoring*, la franquicia, el fideicomiso, y el *underwriting* seguramente estaba limitado a un cenáculo de especialistas; no se escuchaba hablar del cambio de sexo, no se conocía el concepto de derecho supranacional de los derechos humanos, tímidamente empezaban algunos a tratar del “consumidor”, aunque generalmente se lo identificaba de manera genérica como la parte débil del contrato; la Unión Europea era el Mercado Común y recién daba sus primeros pasos; la integración sudamericana era un sueño. Es más, los juristas argentinos —salvo excepciones conocidas— tenían mínimo contacto con el derecho anglosajón, y sus fuentes generalmente eran el derecho francés, el italiano y para algunos pocos el alemán.

Tanto ha pasado en estos treinta años, que sólo ese aire fresco que significó la ley 17.711 posibilita que hoy subsistan el esqueleto de la obra de Vélez Sarsfield y los jirones del Código de Comercio.

De modo que creo que nadie puede dudar que es preciso adecuar nuestra legislación de derecho privado, reformando todo lo que haya que reformar, expresándolo además de manera actual, comprensible, con un método apropiado.

c) Conveniencia de mantener el método de la codificación:

El mandato del decreto 685/1995 era *proyectar la unificación del derecho privado, su reforma y actualización, de manera integral, para lo cual se crea una comisión que tendrá a su cargo el estudio de las reformas al Código Civil que considere necesarias a fin de dar conclusión a un texto homogéneo en todo el referido cuerpo legal...* (art. 1º del decreto), por lo cual en determinado plazo allí fijado la comisión debía *elegir un anteproyecto de reforma del Código Civil* (art. 3º del decreto).

No parece que pudiera ponerse en duda que la intención del PEN fuese que se mantuviera el método de la codificación. Y era la solución razonable atento al ostensible proceso de recodificación que se advierte

¹⁶ LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, Buenos Aires, 1969, pág. 5.

en todo el mundo, adaptando los Códigos a nuevas realidades impensadas para los legisladores del siglo XIX (v. *supra*, n° 27 y sigs.).

d) Reforma parcial o código nuevo:

Hemos concluido en que la reforma de la legislación del derecho privado es indispensable, en orden a abarcar fenómenos nuevos, no conocidos siquiera cuando se hizo la reforma de 1968, y ordenar una legislación que se manifiesta totalmente dispersa. Pero ¿basta para obtener esa finalidad una reforma parcial o es conveniente la sustitución del Código por un texto nuevo?

Nuestro país encaró inicialmente el camino de la reforma total: Anteproyecto Bibiloni, Proyecto de 1936, Anteproyecto de 1954.

Después transitó con menores expectativas por las reformas parciales: ley 17.711, proyecto de Unificación de 1987, proyecto de la comisión designada por el decreto 468/1994, proyecto de la denominada Comisión Federal.

Lo cierto es que la reforma parcial sólo es aconsejable cuando las modificaciones sean muy escasas y de incidencia controlable; porque, como también enseñaba Llambías, un código es un todo orgánico y sistemático en el que cada precepto llena la función de un pequeño engranaje en un delicado mecanismo de relojería¹⁷. De allí que lo aconsejable es evitar acudir a los remiendos que pueden crear problemas más graves que los que se pretenden remediar con ellos¹⁸.

Éste es el camino que siguió la comisión.

Se dice por los objetores de la reforma total que hay que respetar los códigos tradicionales, preservar el espíritu de Vélez, seguir el método francés que no ha reemplazado el Código Napoleón sino que le injerta las reformas que lo modernizan permanentemente.

No compartimos estos argumentos, pues los cuatro grandes pilares del Código de Vélez (v. *supra*, n° 235), han sufrido alteraciones sustanciales a lo largo de los más de ciento treinta años de vigencia del Código:

— la familia fundada en el matrimonio indisoluble ha dejado su lugar a múltiples formas de familia¹⁹;

— el principio de la autonomía de la voluntad requiere múltiples limitaciones, casi todas ya vigentes: imprevisión, lesión, abuso del derecho, tutela del consumidor, control de cláusulas generales, regulación particular de los contratos concluidos por adhesión; las que se han extendido al derecho comercial:

¹⁷ Ejemplos hay muchos; damos ahora el del art. 1051 y su relación con los arts. 2778 y 2779; o el segundo párrafo agregado al 2355 incompatible con todo el régimen de la posesión de buena fe y con el 4012, lo cual obligó a una difícil tarea de la doctrina y de la jurisprudencia.

¹⁸ LLAMBIAS, Jorge J., *Estudios de...*, cit., págs. 6 y 7.

¹⁹ El tema se ha tratado en el Congreso Internacional de Derecho de Familia habido en Mendoza en 1998.

— la responsabilidad civil puede reconocer como telón de fondo a la culpa, pero grandes sectores han sido invadidos por los factores objetivos de atribución, con lo que en la práctica la culpa viene a ser un factor residual;

— el derecho de propiedad tiene límites establecidos por el mismo código, acentuadas significativamente desde la reforma de 1968.

Ya hemos visto además las reformas introducidas al Código Civil a lo largo de los 130 años de su vigencia.

Hablemos ahora del Código de Comercio.

Es sobreabundante señalar la superposición entre las regulaciones de los contratos típicos comerciales y civiles, que además parte de un distingo absolutamente superfluo hoy en día y que es un resabio del derecho comercial clasista como lo explica Galgano.

En fin, la única conclusión es que no es posible hablar de la existencia de un Código de Comercio en la República Argentina; lo que existe carece de organicidad, en manera alguna responde a un método o plan, y es una mera aglomeración de normas pensadas, redactadas y sancionadas por distintas personas en distintas épocas.

Volvamos entonces al Código Civil. ¿Qué queda de Vélez en él?

Ya en 1968 Guillermo Borda decía: *debemos decir la verdad: no son las ideas esenciales de Vélez las que vertebran nuestra legislación civil*²⁰.

En realidad queda:

— una metodología inapropiada para los tiempos que corren;

— una teoría general del contrato que no prevé cuestiones esenciales (contratos por adhesión, cláusulas o condiciones generales, cesión del contrato, responsabilidad precontractual, etc.), y que en lo atinente a la formación del contrato se contradice con los criterios universalmente aceptados y que en nuestro país tienen recepción en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías;

— el plazo máximo de la locación que sirve para obstaculizar los negocios cuando se requieren inversiones que se amortizan en más de diez años;

— la idea de que el mutuo y el mandato son gratuitos, absolutamente ajena a la realidad de la sociedad actual;

— reglas sobre la responsabilidad civil que eran ajustadas a una sociedad en la que lo más grave que a uno podía pasarle era que le cayera algo de un balcón (art. 1119), lo mordiera un perro o lo atropellara un caballo²¹;

— un casuismo apabullante en el ámbito de los derechos reales²², que incluso dificulta la aprehensión de instituciones simples como el

²⁰ BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, pág. 14.

²¹ Por ello el Código dispone desde el art. 1124 al 1131 para los daños causados por animales, con las pertinentes distinciones entre domésticos, feroces, soltado, extraviado, llegando al extremo de hablar de *animal ofendido y animal ofensor* (art. 1130). Amén de establecer una responsabilidad subjetiva por el daño causado por el animal que se soltó o extravió (art. 1127) absolutamente contradictoria con el art. 1113.

²² Por ejemplo, art. 2623: "El que quiera hacer un horno o fragua contra una pared media-

usufructo ²³, e impide el funcionamiento del condominio con la regla de la unanimidad (art. 2680/1); lo mismo sucede en lo que queda del Código de Comercio ²⁴;

— a lo que se agrega en la misma materia un *numero clausus* que requiere una inmediata oxigenación, para incorporar la superficie; y a la vez eliminar definitivamente los censos y las rentas que nuestro Código vigente autoriza por el término de cinco años (art. 2614);

— un régimen sucesorio invertido por la presunción de aceptación beneficiaria incluida en 1968, sin mayores ajustes con el régimen original;

— un derecho sucesorio que no prevé el juicio sucesorio regulado en los códigos procesales de las veintitrés provincias y de la Capital Federal; y que por ello es distinto según los ámbitos espaciales;

— un derecho internacional privado rudimentario e inadecuado a las convenciones internacionales que nuestro país ha ratificado ²⁵.

En cuanto al argumento de la legislación francesa, que conserva el Código Napoleón y le va introduciendo reformas parciales, manifestamos:

— que muchos otros países han seguido el otro camino, esto es, el de sustituir los viejos códigos (Italia, Portugal, Perú, Bolivia, Québec), como lo hemos visto en el número 27;

— que los juristas franceses se quejan de la incorporación al Código Napoleón de nuevas instituciones en un marco absolutamente inadecuado, lo cual dificulta notoriamente la interpretación y aplicación. Así, la obra de los Mazeaud actualizada por Chabas resume la cuestión diciendo: "Como consecuencia de las transformaciones del derecho a partir de 1804, el Código Civil no traduce más el estado del derecho positivo francés", atribuyendo ese hecho a las reformas incorporadas al Código, las que cambian su espíritu, y a las interpretaciones judiciales que han modificado el sentido de las disposiciones del Código. Por lo cual se concluye en que "el número inaudito de reformas legislativas producidas desde la segunda guerra mundial, su torpeza que obliga a erratas, arre-

nera, debe dejar un vacío o intervalo contra la pared, entre la pared y el horno o fragua de dieciséis centímetros"; art. 2624: El que quiera hacer pozos, con cualquier objeto que sea, contra una pared medianera o no medianera, debe hacer un contramuro de treinta centímetros de espesor".

²³ El usufructo abarca del 2807 al 2947; y del 2948 al 2969 para el uso y la habitación; en el Proyecto el usufructo, el uso y la habitación abarcan de los arts. 2031 a 2064.

²⁴ Por ejemplo, art. 185: "Los animales, carruajes, barcas, aparejos y todos los demás instrumentos principales y accesorios del transporte están especialmente afectados en favor del cargador para el pago de los objetos entregados"; art. 187: "Los ferrocarriles deben hacer los transportes de mercaderías en un término que no exceda de una hora por cada diez kilómetros o por la distancia mínima que fije el poder administrador, contado desde la doce de la noche del día del recibo de la carga"; art. 22 "Están prohibidos de ejercer el comercio por incompatibilidad de estado: ...2 Los clérigos de cualquier orden mientras vistan el traje clerical", etcétera.

²⁵ En el año 2003 se ha presentado un Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, elaborado por una comisión integrada por distinguidos especialistas que trabajaron en el seno del Ministerio de Justicia. No tenemos noticia de que haya sido enviado al Congreso de la Nación.

pentimientos, modificaciones incesantes... son denunciadas por una doctrina y una práctica unánimes”²⁶.

Por lo demás, una comisión para la revisión del Código Civil fue designada después de la Segunda Guerra²⁷; y si bien su trabajo fue parcial y nunca concluido, “en el tiempo presente nuevos vientos de reforma, que se manifiestan notablemente en materia de consumerismo y de crédito, afectan en profundidad el derecho de las obligaciones y han significado la aparición de nuevos textos que no se conforman a la coherencia de este derecho, tal cual ha sido elaborado, al menos desde el siglo XVII bajo la influencia de Domat y sus sucesores”²⁸.

Y finalmente se ha creado un régimen de actualización de los códigos por disposiciones administrativas que hemos examinado (v. *supra*, n° 27.8). Todo lo cual lleva a los juristas a proponer abiertamente que se examine la posibilidad de recodificar el Derecho civil²⁹.

De donde estamos convencidos que no son válidos los argumentos que se ponen contra la sustitución del Código de 1869. Esa sustitución es una necesidad imperiosa para tener una legislación adecuada a los tiempos que corren con cierta vocación de perdurabilidad para las próximas décadas.

e) La cuestión de la unificación:

La Nota de Elevación del Proyecto ha abundado en razones en pro de la unificación de la legislación civil y comercial, así como se ha preocupado por enumerar los numerosos certámenes científicos argentinos en los cuales la doctrina se ha pronunciado a favor de la existencia de un solo código. Y el tema lo hemos examinado en el número 234 a) con motivo del Proyecto de 1987, a partir del cual la cuestión de la unificación parecía superada.

Sin embargo, una importante voz ha reclamado —con razón— que por lo menos se repiense el alcance de la deseada unificación³⁰.

Por lo que conviene repasar cuáles son los argumentos para sostener seriamente la conveniencia de que se propicie lo que —al menos en principio— aparece como una unificación de la legislación civil y comercial.

²⁶ MAZEAUD, Henry, León, Jean - CHABAS, François, t. I, premier volume, 10ª ed. par François Chabas, Paris, 1991, n° 55, pág. 100; con cita de SAVATIER, René, “L’inflation législative et l’indignation du corps social”, *Daloz*, 1977-Ch 43.

²⁷ Fueron relevantes las opiniones doctrinarias que clamaban por la reforma en razón de la inadecuación del Code a la realidad entonces vigente: v. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, “La réforme du Code Civil”, *Daloz*, 1948-Ch 117.

²⁸ TERRÉ, François, *Introduction générale au droit*, Paris, 1991, n° 74, pág. 63.

²⁹ ATTIAS, Christian, “Le code civil nouveau”, *Daloz*, 1999-Ch 200; v. también RÉMY, Philippe, “La recodification civile”, *Droits*, 1998-3.

³⁰ ANAYA, Jaime, “La unificación del derecho privado. Un replanteo necesario”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, año XXXV, n° 28.

Desde nuestro punto de vista no existe más el derecho comercial tal cual fue concebido en la época de las codificaciones decimonónicas.

Y ello por varias razones que exponemos muy sintéticamente:

carece de sustento real afirmar la existencia de un derecho comercial de orientación subjetiva que tenga como centro al comerciante; ésta es una concepción clasista del derecho comercial, largamente superada;

— *se ha perdido para siempre la razón de ser de un derecho comercial de orientación objetiva, sostenido en la existencia de ciertos actos que por su naturaleza son comerciales;*

— *en realidad la noción de comercio como intermediación en el cambio de cosas muebles es extraordinariamente estrecha e inadecuada a la realidad actual; por el contrario, las actividades productivas forman parte de la idea actual de comercio;*

— *no hay distinción ontológica en los conceptos esenciales del derecho patrimonial (obligación, contrato, derecho real) según se manifiesten en el Derecho civil o en el derecho comercial;*

— *hay ciertos sectores del derecho que se han unificado (los concursos), y otros que lo han sido de hecho (las sociedades, por la utilización de la anónima para todo tipo de actividades, y por la virtual desaparición de la sociedad civil);*

— *el derecho comercial es hoy el derecho de la empresa, de la economía, de los negocios, según las distintas expresiones usadas por la doctrina, y se conforma por una masa proteiforme de cuestiones entre las que se incluyen el derecho de la concurrencia, de la propiedad industrial, de las sociedades y de los grupos societarios, de la reestructuración de empresas, de la quiebra, de la distribución ³¹, etcétera. Materias que no están contempladas en lo poco que queda del Código de Comercio sino en la legislación especial.*

De allí que deba mantenerse el criterio de sancionar un solo Código con la pertinente derogación del Código de Comercio.

f) Alcance de la unificación:

El Proyecto no preveía la unificación absoluta de la legislación civil y comercial, pues subsistían numerosas leyes que pertenecen al área del derecho comercial: sociedades, seguros, letra de cambio y pagaré, cheque, *warrant*, prenda con registro, transferencia de fondo de comercio, tarjeta de crédito, transporte multimodal, concursos, bolsas y mercados de valores, sociedades de economía mixta, sociedades del Estado, entidades financieras, obligaciones negociables, fondos comunes, factura de crédito; amén de regulaciones de otras cuestiones que hemos identificado como perteneciendo al derecho comercial de hoy (marcas, patentes, defensa de la competencia).

³¹ Lo que comprende figuras contractuales como la distribución *stricto sensu*, la concesión, la agencia, la franquicia, la representación.

Sin embargo, la manera en que se perfila esta unificación limitada, tiene sus ventajas:

- desaparece el estatuto del comerciante, pero sin que por eso desaparezcan las normas sobre contabilidad (obligación de llevarla y efecto probatorio) que son rigurosamente modernizadas; ni la obligación de rendir cuentas que aparece como un efecto de toda negociación común;
- se eliminan las relativas superposiciones que existen actualmente en el ámbito de la teoría general del contrato; las reglas de interpretación que actualmente están en el Código de Comercio se actualizan significativamente;

- se elimina la superposición de regulaciones de contratos típicos;

- se tratan algunos contratos “modernos” o “de empresa”, habiéndose incorporado aquellos que ya tienen una regulación normativa (fideicomiso, *leasing*); los que tienen tipicidad social y reclaman alguna regulación en aspectos sensibles que aparecen recurrentemente en la jurisprudencia (distribución, agencia, concesión)³²; y otros que tienen tipicidad social y sobre los que existe experiencia legislativa en otros lares (como la franquicia).

En fin, el Proyecto ha seguido el criterio vigorosamente mayoritario de la doctrina argentina, en tanto ha unificado la teoría general de los actos jurídicos, las obligaciones y sus fuentes, y los derechos reales. Quedan para el ámbito de la legislación especial ciertas áreas que ya están descodificadas y que por diversas razones no parecía conveniente incorporar al Código.

236. EL MÉTODO DEL PROYECTO

a) *¿Todo en el código o algo fuera del Código?:*

Una de las decisiones más difíciles que debió adoptar la comisión es la relativa a cuáles materias se incorporarían al Proyecto de Código y cuáles quedarían fuera, pues es obvio que un Código moderno no puede tener la pretensión de aprehender todas las materias del derecho privado; como ya se señaló los códigos hoy conviven con sistemas satélites. La idea del Código reiteramos, es la de ser el fondo común de toda la legislación, ese tejido conectivo del que hablábamos.

Las razones para que ciertas materias no se incorporaran al Código fueron de distinta naturaleza.

Por un lado, se dejaron fuera del Proyecto materias que constituyen microsistemas, con sus propios principios. En este rubro se incluyen sociedades, concursos, seguros y los títulos en particular (letra de cambio, pagaré, cheque, factura de crédito).

³² Nos referimos fundamentalmente a temas como el pacto de exclusividad, la extinción del contrato, el preaviso, la indemnización.

Además se tuvo en cuenta que estos regímenes sufren reformas periódicas tendientes a su adecuación a nuevas realidades o necesidades.

Otras materias fueron dejadas de lado porque el Congreso estaba en proceso de preparación de regulaciones específicas; así, se concretaron las leyes de transporte multimodal, de tarjetas de crédito y de *habeas data*.

En algunos casos se tuvo en consideración una pluralidad de razones; así, en materia de fecundación asistida se ponderó la existencia de actividad legislativa (un proyecto había sido sancionado por el Senado de la Nación) y que se trata de una disciplina que seguramente ha de sufrir rápida y reiteradamente la influencia de los avances de la técnica, por lo que la legislación que hoy se proyectara seguramente quedaría atrasada en poco tiempo.

Sin perjuicio de ello cabe puntualizar que el Proyecto en sus poco más de dos mil quinientos artículos incluye las siguientes materias que hoy están reguladas en leyes especiales: nombre, patronato del estado, ausencia, presunción de fallecimiento y bien de familia (ley 14.394), fundaciones, fideicomiso y *leasing*, propiedad horizontal, prehorizontalidad, locaciones urbanas, registro inmobiliario.

En otras palabras, se persigue —limitadamente, es cierto— una finalidad de consolidación de ciertas materias que son propias de un Código.

b) *¿Parte general o no?:*

La comisión intentó satisfacer las reglas que la moderna técnica legislativa aconseja³³, respetando entonces la división en Libros, Títulos, Capítulos, Secciones y Parágrafos, utilizando el tiempo presente de verbo, evitando los sinónimos³⁴; se ha tenido en cuenta que el singular comprende el plural, que el masculino comprende el femenino³⁵; se han omitido las notas al pie que existen sólo en el Código Civil argentino y son ajenas al resto de la legislación nacional y, por supuesto, no encuentra émulo en el derecho comparado, etcétera.

La buena técnica exige previamente un método adecuado de distribución de las materias. Es sabido que en ello nuestro Código Civil ha sido objeto de crítica, y sin duda la aparición del Código alemán hace casi un siglo desnudó aun más los defectos de exposición de la obra de Vélez Sarsfield.

Por ello la comisión encaró como una de sus primeras tareas la de fijar una distribución de materias, y en concreto debió resolver un tema liminar: si el Proyecto tendría o no una Parte General.

³³ V. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "La técnica legislativa del proyecto de Código Civil de 1998", *L.L.*, 11/8/1999.

³⁴ El Código Civil usa *fundo*, *inmueble*, *terreno*, etcétera, expresiones que pueden evocar una misma idea, pero que también pueden ser cosas no necesariamente idénticas. En la legislación repetir las palabras es una buena técnica.

³⁵ Para no caer en la estupidez de mencionar "hombre y mujer" o "niños y niñas" como hace la legislación de la Ciudad de Buenos Aires.

Se ha puntualizado en la Nota de Elevación que no escapó a la ponderación de la comisión el hecho de que no existe una tendencia definida sobre la inclusión o no de una Parte General, pues mientras algunos Códigos modernos la prevén otros la omiten ³⁶.

Pero el Proyecto se decide por tener una Parte General que sigue la estructura de la relación jurídica desenvuelta por Savigny: sujeto (personas), objeto (patrimonio, cosas y bienes), causa (hechos y actos jurídicos).

Y vale aclarar inmediatamente que ello no importa reducir la persona al mero rol de elemento de la relación jurídica; por el contrario, el Proyecto contiene un verdadero estatuto general de la personalidad como lo hace el Código Civil suizo de 1907 por inspiración de Eugen Huber ³⁷.

Para incorporar la Parte General se tuvo en cuenta la experiencia nacional.

Adviértase que nuestro Código no contiene una Parte General, pero en nuestro país la enseñanza del Derecho civil se hace a partir de una Parte General "armada" con la teoría de las fuentes (Títulos preliminares), las personas (Libro I), la teoría general de los hechos y actos jurídicos (Libro II), el patrimonio y las cosas y bienes (Libro III), y en algunos planes de estudio se incluye la prescripción liberatoria (Libro IV).

Esta manera de enseñar el Derecho civil nació en la Universidad Nacional de Buenos Aires en 1910; en ese año una comisión especial hizo suya la distribución de materias proyectada por los profesores Colmo, Paz y Prayones, quienes habían aconsejado atribuir el primer curso a la parte general compuesta aproximadamente por los contenidos mencionados en el párrafo precedente ³⁸.

De donde la conclusión es que hace casi 90 años que el Derecho civil se enseña, se aprende, se estudia, se expone a partir de una parte general; las obras más significativas del Derecho civil empiezan por la parte general ³⁹.

En otras palabras: todos los abogados argentinos que hoy ejercen la profesión, actúan en la magistratura o en la docencia, han aprendido el Derecho civil y lo aplican desde la plataforma de la parte general.

³⁶ En la Nota de Elevación se mencionan entre los que tienen Parte General a los códigos: japonés (1896), alemán (1900), brasileño (1916), soviéticos (a partir de 1924), holandés (reformado en 1970), cubano (1988), a los que cabría sumar los de la Federación Rusa, Mongolia y Vietnam, que traen una suerte de teoría general de las *transactions*; y se aclara que no contienen Parte General: los códigos suizo, del distrito federal de México, italiano, venezolano, guatemalteco, boliviano, peruano, paraguayo y quebequés.

³⁷ V. HATTENHAUER, Hans, *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, trad. de Gonzalo Hernández, Barcelona, 1987, cap. I, n° 9, pág. 24.

³⁸ MOLINARIO, Alberto D., "La enseñanza del Derecho civil", separata de los *Estudios de Derecho civil en honor del prof. Castán*, vol. III, Pamplona, s/f, págs. 343 y sigs.

³⁹ Me refiero a las obras Salvat, Echeverry Boneo, Spota, Llambías, Arauz Castex, Borda; quizás la única excepción importante es Lafaille.

237. EL NUEVO CÓDIGO Y LA TRADICIÓN JURÍDICA ARGENTINA

Hace años Orgaz coincidía, en su trabajo ya citado, en la necesidad de reformar integralmente el Código Civil, y por ello consideraba insuficiente a la ley 17.711; pero a la vez propiciaba mantener todo lo que fuera posible del Código, de modo de no romper lo que puede constituir una larga e ininterrumpida tradición⁴⁰. La misma idea se expresa en el decreto 685/1995.

Lo cierto es que un Código nuevo nunca es absolutamente nuevo, pues la base de todo trabajo es el derecho existente. Con mayor razón cuando alguna parte de la legislación de derecho privado subsiste prácticamente sin modificaciones.

Pero además, en el caso, el Proyecto de 1998 intenta respetar decididamente la tradición jurídica argentina, constituida por sus Códigos y por las elaboraciones que han producido la práctica de los abogados, la jurisprudencia y la doctrina.

Se ha señalado ya la subsistencia de la parte general, fundada justamente en que es el pórtico de la enseñanza del Derecho civil desde hace más de siete décadas.

También se conservan los conceptos fundamentales del Derecho civil argentino; no se incorporan reformas voluptuarias, sino las necesarias y útiles. Y lo más importante —como ya lo hemos dicho— no se persigue ninguna novedad porque provenga del extranjero o para satisfacer una pretensión personal de alguno de los miembros de la comisión.

Por el contrario, prácticamente todas las reformas propiciadas tienen sustento en interpretaciones judiciales, en las elaboraciones de la doctrina y particularmente de los congresos y jornadas de Derecho civil.

Y así se verá al analizar los contenidos fundamentales, lo que hacemos a partir del siguiente número, con especial énfasis en la Parte General.

237.1. LOS CRITERIOS FUNDAMENTALES EN LA PARTE GENERAL

Ya hemos dicho que el Proyecto se decide por tener una Parte General que sigue la estructura de la relación jurídica desenvuelta por Savigny: sujeto (personas), objeto (patrimonio, cosas y bienes), causa (hechos y actos jurídicos).

Ahora pasaremos revista a las principales cuestiones resueltas por el Proyecto.

a) Comienzo de la existencia de la persona humana:

En el Código Civil vigente desde 1871, se dispone que la existencia de las personas comienza con la concepción en el seno materno; solución que Vélez habría tomado de Freitas. El Proyecto mantiene el criterio del

⁴⁰ ORGAZ, Alfredo, "El futuro del Código Civil", *LL*, 135-1319.

Código Civil, con la necesaria adecuación a la Convención Americana de Derechos del Hombre, por lo que se suprime la alusión al seno materno; en consecuencia el artículo 15 del Proyecto dispone: "La existencia de las personas humanas comienza con la concepción".

b) Mayoría de edad:

En el derecho vigente la mayoría de edad se adquiere a los 21 años. Esta regla no guarda armonía con las de los restantes países del Mercosur, ni con la de la mayoría de los países occidentales. Por ello se propicia fijar la mayoría de edad a los 18 años ⁴¹.

c) Modernización del régimen de la insania:

La materia de lo que actualmente se denomina incapacidad por demencia o insania se moderniza significativamente. Por un lado, se prevé la ampliación de los estados psíquicos que posibilitan la interdicción por deficiencias mentales, por lo que a ese efecto el Proyecto propicia que pueda ser declarado interdicto quien padece una enfermedad mental o sufre una insuficiencia o debilitación de sus facultades psíquicas, siempre que de ello derive su ineptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (art. 27). Y es relevante el establecimiento del principio según el cual el interdicto por causas psíquicas tiene derecho a la alternativa terapéutica menos limitativa de su libertad personal (art. 33, inc. a)); en tanto es una manifestación del derecho fundamental a la libertad.

d) Régimen de los derechos personalísimos:

Cabe puntualizar que la intimidad ya está tutelada en el art. 1071 bis del Código Civil vigente, la imagen en la ley 11.723, y el honor en el mismo Código Civil, pero un régimen integral y sistemático de los derechos de la personalidad es largamente reclamado por la doctrina argentina.

Por lo demás ello es necesario para adecuar el derecho infraconstitucional a la Constitución que tutela la dignidad de la persona y ha sido reformada en 1994; y al cortejo de convenciones que forman el derecho supranacional de los derechos humanos (algunas de las cuales tienen rango constitucional: art. 75, inc. 22, CN).

⁴¹ Sin embargo, esta anticipación de la mayoría de edad no significaría, necesariamente, la extinción del deber de pasar alimentos a los hijos. Siguiendo el criterio de la jurisprudencia francesa y del derecho italiano, se prevé que el juez puede extender la obligación alimentaria hasta los 25 años de edad en tanto la prosecución de los estudios o preparación profesional les impida a los hijos proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente (art. 583). El fundamento de esta solución es múltiple: por un lado que el deber alimentario no nace de la patria potestad —que se extingue con la mayoría de edad— sino de la filiación; y luego que está hoy comprobado que la educación de los jóvenes se extiende cada vez más, exige cada vez más dedicación, y se advierte también que muchos de ellos viven más tiempo con los padres.

En esta orientación el Proyecto reconoce a toda persona que ha sido afectada en su intimidad, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier otro modo resulte menoscabada en su dignidad personal, el derecho de reclamar la reparación de los daños sufridos (art. 105), a exigir que el atentado que ha comenzado a ser ejecutado cese inmediatamente, sin necesidad de acreditar culpa o dolo del autor; y a solicitar las publicaciones que le sean satisfactorias (art. 109).

En el ámbito de los derechos de la personalidad física, se dispone expresamente el derecho de cada persona de decidir sobre su propio cuerpo, por lo que es necesario su consentimiento para todo tratamiento médico (art. 112); derecho reconocido por las leyes locales de ejercicio de la medicina, por la jurisprudencia en numerosos fallos incluido un conocido pronunciamiento de la Corte Suprema Nacional; y largamente reclamado por la doctrina argentina;

Sin embargo, el proyecto prevé la posibilidad de suplir el consentimiento para tratamientos médicos cuando es negado arbitrariamente por los representantes legales del incapaz que requiere ese tratamiento (art. 113, 2º párr.); cuestión resuelta de esta manera en los pocos precedentes judiciales en que se ha planteado, pero que se presenta frecuentemente en los establecimientos asistenciales. Con ello se dirige concretamente a la situación de los testigos de Jehová que pretenden negar el asentimiento paterno para transfundir a sus hijos menores; en estos casos, el Proyecto considera que es prevaleciente el derecho a la salud de los incapaces por sobre el derecho a las convicciones religiosas de los padres.

También se establece la prohibición de las prácticas eugenésicas, tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos, salvo que sean requeridas para evitar la transmisión de enfermedades genéticas (art. 111). El criterio del Proyecto se corresponde con los últimos documentos internacionales; nos referimos a la *Declaración sobre el genoma humano y los derechos del hombre* elaborada por la Unesco entre 1994 y 1997 y adoptada por la Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1998.

e) Extensión de la protección del bien de familia:

En la Argentina la expresión bien de familia comprende lo que en otros países se denomina lote de hogar o *homestead*; en definitiva, es el derecho del propietario de un inmueble urbano de constituirlo en un bien inembargable e inejecutable por deudas posteriores a la constitución como tal, siempre que allí viva con su familia. Bajo ciertas condiciones puede también constituirse como bien de familia un inmueble rural.

El régimen proyectado prevé la extensión de la protección del bien de familia a favor de la persona que *no tiene familia*, o sea la persona que vive sola; esta es una exigencia del cambio social, pues particularmente en las grandes ciudades existe una gran cantidad de personas que viven solas y han de tener derecho a proteger su familia.

f) Instrumentos:

En materia de instrumentos el Proyecto propicia el reconocimiento de los soportes distintos del papel; la definición de firma y de la firma digital que puede cumplir su función en los documentos generados por medios electrónicos. Veremos detenidamente el régimen proyectado al tratar de los instrumentos. Cabe puntualizar que se ha dictado una ley de firma digital que cubre en alguna medida el vacío del Código Civil.

g) La causa como elemento del acto jurídico:

El Proyecto trata de la causa como elemento de los actos jurídicos (sección III —causa de los actos jurídicos— del Capítulo II —actos jurídicos— del Título IV —de los hechos y actos jurídicos—. De modo que se regula la necesidad de causa, la presunción, la falta, falsedad y frustración de la causa. Con ello supera largamente al tratamiento confuso de la causa que hace el Código vigente en los artículos 499 a 502, y que da lugar a debates inacabables.

h) El tratamiento de la ineficacia negocial:

El Proyecto prevé una considerable simplificación del régimen de la invalidez de los actos jurídicos, con la eliminación de la doble clasificación (actos nulos y anulables y actos de nulidad absoluta y relativa), resabio de una vieja doctrina absolutamente abandonada en todas las legislaciones, que ha dado lugar a extensas complicaciones doctrinarias y jurisprudenciales, y cuya vigencia, a partir de la ley de 1968, es limitada.

Y es interesante también el tratamiento explícito de la *inoponibilidad*; claramente identificada hoy como una hipótesis de ineficacia, tiene carta de ciudadanía en la doctrina que la considera consecuencia del vicio de fraude a los acreedores, y en la ley de quiebras.

237.2. OTRAS REFORMAS

En el resto del Proyecto, pueden señalarse como reformas relevantes propiciadas por el derecho vigente:

- un régimen de opción para los bienes en el matrimonio;
- la ampliación de las acciones de filiación;
- el establecimiento de un régimen de filiación para los hijos nacidos de prácticas de fecundación asistida, sean ellas lícitas o ilícitas;
- la reducción de las legítimas hereditarias;
- el derecho del cónyuge supérstite a heredar en los bienes gananciales, recibiendo un trato equivalente al de *un hijo más*;
- la posibilidad de constituir fideicomiso sobre los bienes de la herencia, aun en exceso de la porción disponible, en beneficio de herederos incapaces, mientras dure la incapacidad;

- la regulación del régimen de la administración, de hecho y judicial, de la herencia;
- la fijación de reglas sobre el proceso judicial sucesorio;
- la eliminación del testamento cerrado;
- en contratos, parte general, se uniforma el régimen de la celebración del negocio con el proveniente de la Convención de Viena de compra-venta internacional de mercaderías; por lo que se acepta la oferta al público, el contrato se considera aceptado aunque la aceptación tenga modificaciones no esenciales, y el contrato está concluido cuando la aceptación se recibe;
- se reconoce la eficacia jurídica de la voluntad cuando el contrato se celebra entre personas con análogo poder de negociación;
- se protege a la parte más débil cuando es el contrato de aceptación necesaria o por adhesión a condiciones predispuestas;
- se aclara el régimen del pacto comisorio; se reconoce la frustración del fin como un supuesto de extinción del contrato;
- se establecen reglas sobre interpretación del contrato;
- en la parte especial se incorporan los contratos denominados de empresa, como agencia, concesión, franquicia, *leasing* y fideicomiso;
- se regulan otras fuentes de las obligaciones;
- en la responsabilidad civil se presenta una regulación orgánica y clara, en seguimiento de los criterios generalmente aceptados por congresos, jornadas, jurisprudencia y autores ⁴²;
- en los derechos reales se hace una exposición mucho más sistemática, con una parte general, e indudablemente despojada del agobiante casuismo del Código de Vélez; además se propicia incorporar el derecho de superficie, la propiedad horizontal significativamente modernizada, establecer un cauce para las nuevas formas de la propiedad, actualizar los derechos de garantía, entre ellos, la hipoteca y la anticresis;
- un régimen general de los títulos valores del cual carece nuestro derecho actual.

237.3. SOBRE ALGUNAS CRÍTICAS A LA OPORTUNIDAD DEL PROYECTO CIVIL

Por supuesto los partidarios del quietismo encuentran siempre razones para decir que no era el momento de reformar la ley civil, y que llegarán en el futuro circunstancias más apropiadas. Así hoy tenemos un Código Civil de los más viejos que rigen en el mundo, y por supuesto, totalmente inapropiado para los tiempos que corren.

Se apuntan como argumentos en contra los que siguen:

⁴² Las reformas sobre el régimen de la responsabilidad civil han sido expuestas por ALTE-RINI, Atilio A., "Informe sobre la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil de 1998", L.L., 6/5/1999.

a) La armonización de las legislaciones del Mercosur:

Una de las razones para postergar la consideración de la reforma es que resultaría más conveniente armonizar las legislaciones del Mercosur.

Interesante, pero no excluyente. Ningún país europeo piensa en abdicar de sus propias leyes civiles, ninguno excluye la modernización de sus propios códigos; ni prescinde de sus propias diversidades, como lo señala un estudio de Rodolfo Sacco⁴³. Así en toda Europa se discute si conviene adoptar un Código europeo, pero mientras tanto Alemania reforma su Código de manera revolucionaria, lo cual demuestra que los legisladores nacionales no esperan a la legislación supranacional sino que se adelantan a ella renovando sus propias leyes.

b) La necesaria reflexión:

Se arguye también que es necesaria la reflexión; estamos de acuerdo y hace más de quince años —desde el Proyecto de 1987— que venimos reflexionando sobre la reforma y la unificación. En estos trece años el Código Civil siguió envejeciendo, el código de Comercio siguió su proceso de extinción; y todos sabemos cuánto mejor sería nuestro derecho privado si rigiera la reforma que el Congreso sancionó —a instancias de la Cámara de Diputados— en 1987. Mientras tanto se sancionaron decenas de Códigos. ¿Nosotros seguiremos *esperando que aclare?*

c) La seguridad del desarrollo económico:

En una reunión celebrada en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en su Instituto de Derecho Comercial se formuló la siguiente cuestión: el Código Civil, sancionado en una época en que el país estaba menos alterado que hoy, sirvió como un medio unificador, que brindó certeza, seguridad; se pregunta entonces si no se haría más inseguro el desarrollo de la actividad económica por imponer un conjunto de disposiciones no totalmente coordinadas entre sí, que no es seguro que tengan un apoyo claro de opinión.

Para responder a esto no vamos a entrar a considerar si la Argentina de 1869 estaba más o menos “alterada” que ahora; simplemente puedo recordar que la Constitución tenía sólo 16 años, o si se quiere tenía sólo 9, porque según el decir del maestro Alberto D. Molinario, la de 1860 fue la fundadora de la República; la misma edad de la organización nacional, construida después de Cepeda y Pavón y el desplazamiento del presidente electo Santiago Derqui. Y en plena guerra con el Paraguay, y en un ambiente de efervescencia económica que terminó en el desastre de 1890, con el desplazamiento de otro presidente constitucional.

⁴³ SACCO, Rodolfo, “La diversità nel diritto”, *Riv. Dir. Civ.*, 2000-1-15 y sigs.

Y que el Código Civil tuviera consenso no es cierto. Alberdi, Fidel López y otros criticaron acerbamente al Código de Vélez, y propiciaron que nunca se pusiera en vigencia. Es más, el trabajo de Alberdi, recogido en el volumen *Juicios críticos sobre el Código Civil*, publicado en Buenos Aires en 1920, cuestiona intensamente: ...*la oportunidad de la sanción del Código Civil* ⁴⁴.

Yendo al fondo de la cuestión, para que una nueva ley proyecte sombras sobre la seguridad jurídica de los negocios es necesario que tal seguridad exista.

237.4. SOBRE ALGUNAS CRÍTICAS AL PROYECTO

Por supuesto un proyecto de Código Civil no puede dejar conformes a todos. Es más, normalmente no deja contento a ninguno pues si bien cada profesor o abogado puede compartir muchas de las soluciones propuestas, siempre habrá alguna que no le satisfaga. Por lo demás las observaciones suelen ser de lo más dispares; por ejemplo, en materia de contratos algunos autores decían que el Proyecto encarnaba el más crudo liberalismo y otros que abandonaba el principio de autonomía de la voluntad; quizás esa discordancia revele que el Proyecto estaba en un razonable punto medio entre la necesidad de reconocer la eficacia jurígena de la voluntad y la protección de la parte débil de la relación.

Además algunas críticas fueron de absoluta mala fe y otras revelaron el más absoluto desconocimiento de los temas; por ejemplo, algunos autores criticaron que el Proyecto autorizara pactos sobre el caso fortuito o sobre el factor de atribución, lo cual sólo muestra que nunca participaron de la negociación ni vieron un contrato de duración celebrado entre empresas, en los cuales estos pactos son de estilo.

Otros en cambio enfocaron las críticas con sentido positivo y propusieron modificaciones para mejorar el proyecto; en este sentido es de destacar el aporte del Consejo Profesional de Ciencias Económicas para modernizar el régimen de la contabilidad.

Y algunas críticas sin duda fueron justas y razonables y de ellas se tomó razón al tiempo de elaborar el texto definitivo en el seno de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados.

Sin embargo pudo más la máquina de impedir y el Proyecto quedó archivado y sin posibilidades actuales de ser tratado por el Congreso. Con lo cual la Argentina tiene un Código Civil del siglo XIX, uno de los más antiguos en vigor en el mundo, totalmente desactualizado y ajeno a la realidad del mundo de hoy.

⁴⁴ CHANETON, Abel, *Historia de Vélez Sarsfield*, Buenos Aires, 1969, pág. 370.

VIII. EL DERECHO CIVIL NO CODIFICADO. EL *COMMON LAW* ⁴⁵

238. INTRODUCCIÓN

El comparatista René David es quien ha incorporado al lenguaje jurídico la noción de "familia jurídica" para identificar o agrupar los sistemas jurídicos de los diversos Estados sobre la base de caracteres comunes.

El mismo David distingue la familia romano-germánica, los derechos socialistas, el *common law* y los derechos religiosos o tradicionales (como el chino, el hindú, el musulmán).

Los países de la familia romano-germánica y los países socialistas (estos últimos en Europa) han seguido el método de la codificación.

Los sistemas religiosos tradicionales tienen manifestaciones muy diversas, aunque algunos países van también transitando por la codificación parcial o total.

En cambio, ha sido tradicional caracterizar al *common law*, entre otras razones, por la inexistencia de codificación, resultado de la menguada importancia asignada a la ley escrita, y al —por el contrario— resalante valor de la jurisprudencia.

Por ello analizamos aquí algunas características relevantes de esa familia jurídica.

239. UBICACIÓN GEOGRÁFICA

El *common law* encuentra su fuente en el Derecho inglés, pero ha ido adquiriendo caracteres propios en los Estados Unidos y en otros lugares donde ha sido receptado total o parcialmente (Sudáfrica, Japón, Thailandia, Israel, etcétera).

240. IMPORTANCIA ACTUAL

Es cada vez mayor la importancia que el *common law* tiene para el estudioso y para el práctico del Derecho, puesto que las instituciones del Derecho civil y comercial inglés y estadounidense van teniendo cada vez mayor penetración como consecuencia de la internacionalización de los negocios.

⁴⁵ Bibliografía especial: JOLOWICZ, J. A. (bajo la dirección de), *Droit anglais*, París, 1986; DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Pedro Bravo Gala, Madrid, 1967; JENKS, Edward, *El Derecho inglés*, trad. de José Paniagua Porras, Madrid, 1930; CUETO RUA, Julio, *El common law*, Buenos Aires, 1948; DE LOS MOZOS, José Luis, "El sistema del *common law* desde la perspectiva jurídica española", *RDP* 1983-323; LEVASSEUR, Alain A., *Droit des Etats - Unis*, 2ª. ed., París, 1994.

Por lo demás, muchas instituciones del *common law* se han revelado como de una practicidad y sencillez notables, y por ello van siendo adoptadas y adaptadas por países de la familia romano-germánica.

Ello ha llevado a un renovado interés por el estudio del *common law* en sus distintas facetas; y sin duda hay materias en las cuales los juristas de la familia romano-germánica han seguido de muy cerca la evolución de los Derechos inglés y estadounidense. Así, en materia de responsabilidad por los daños producidos por los productos elaborados, la protección del consumidor, el derecho a la vida privada (*right of privacy*), etcétera.

241. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

a) *Introducción. Distinción entre common law y equity:*

Un examen de las características del Derecho de los países anglosajones requiere un análisis histórico que explique la diferencia entre dos jurisdicciones: la del *common law* y la de la *equity*.

Cuadra subrayar antes de ingresar al tema, que esta distinción es propia exclusivamente del Derecho anglosajón, y que ha impedido que en ese sistema se introduzca la distinción entre derecho público y privado, propia de la familia romano-germánica.

b) *El common law. Origen:*

David enseña que en su origen el *common law* es, en oposición a las costumbres locales, el derecho común a toda Inglaterra, cuya elaboración es producto exclusivo de los tribunales reales de justicia, denominados corrientemente tribunales de Westminster por el lugar donde se encuentran situados desde el siglo XIII.

Ahora bien; plantear un caso ante los tribunales reales no era un derecho de los ciudadanos sino un privilegio, para cuya efectivización se requería obtener un *writ* (breve) otorgado por el canciller y con el cual quedaba expedita la acción.

Si bien los *writ* se fueron multiplicando, lo cierto es que su número no era ilimitado ni mucho menos; y si no se hallaba un *writ* apropiado a la pretensión de quien reclamaba justicia, éste carecía de acción ante los tribunales reales.

Se formó así un sistema de *forms of actions*. Cada *writ* abría una acción de un tipo o de otra, cada uno conducía a un tipo de procedimiento, pero lo que es más importante determinaba también las reglas de fondo aplicables al caso (Jolowicz).

c) *La equity:*

El establecimiento de los tribunales reales no excluía que la fuente misma de la justicia era el rey. Por lo que quien reclamaba contra una in-

justicia, sea durante una instancia del proceso según el *common law* o a raíz de su insuficiencia o su ineficacia, podía recurrir al rey, a través del canciller, en quien el rey delegaba la tarea de encontrar la solución más justa, más equitativa (Jolowicz).

Si bien en un principio la equidad era producto de la conciencia del canciller, con el paso de los siglos se fue transformando en un sistema de principios y reglas de Derecho.

d) Estructura dual:

Transformada la *equity* en un sistema de principios y reglas de Derecho, el sistema inglés ingresa en una estructura dual. Junto a las normas del *common law* están las normas de la *equity* que las complementan y retocan.

e) Suspensión de la doble jurisdicción:

Avanzado el siglo XIX, se producen numerosas e importantes reformas. Se eliminan numerosas trabas del procedimiento que se libera de las *forms of actions*, y se suprime la doble jurisdicción. A partir de 1875 todos los tribunales ingleses son competentes para aplicar tanto el *common law* como la *equity*.

f) Evolución actual:

Si bien, como se verá, la evolución del Derecho sigue confiada fundamentalmente a los tribunales, la ley escrita va adquiriendo gran importancia, y particularmente en los Estados Unidos se recurre incluso al método de la codificación bien que dentro de los límites que impone un sistema federal más profundizado que el nuestro, y que lleva a la validez estadual de los códigos de fondo.

Por lo demás, así como el Derecho continental europeo y latinoamericano recibe influencias del *common law*, los derechos inglés y estadounidenses también abrevan en la experiencia de los países de la familia romano-germánica, lo que lleva a un acercamiento bastante notable.

242. VALOR DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN EL COMMON LAW

a) Rol del Poder Judicial:

Para entender acabadamente la importancia de la jurisprudencia en el Derecho anglosajón es preciso tener en consideración, como punto de partida, la función asignada al Poder Judicial en Inglaterra, cuna del *common law*.

El Poder Judicial es allí verdadero poder. Dueño de la elaboración del Derecho y de su administración, manifiesta expresivamente René

David, incluso determina el procedimiento mediante reglamentos procesales elaborados por los jueces o por el canciller, pero no por el Parlamento. Y se considera una costumbre constitucional el principio según el cual no existe ninguna decisión contenciosa que no caiga bajo el control de los tribunales de justicia.

Su existencia e independencia, sigue diciendo David, se conciben como condiciones *sine qua non* del respeto de las libertades y del buen funcionamiento de las instituciones a cuya creación y fortalecimiento los tribunales han contribuido ampliamente a lo largo de la historia.

Debe señalarse que no en todos los países se reconoce al órgano judicial el carácter de un poder del Estado. Verbigracia, en Francia donde los tribunales carecen de la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes creadas por el Parlamento tal calificación no se acomoda a esa limitación.

En cambio en la Constitución de los Estados Unidos de América y en la Argentina, que la ha seguido en la estructuración de la división de poderes, sí debe reconocerse al órgano judicial como verdadero Poder del Estado.

b) La regla del precedente:

El Derecho inglés es un derecho jurisprudencial. En Inglaterra el papel de los tribunales no ha sido sólo aplicar el Derecho sino descubrirlo. David, cuyas enseñanzas magistrales seguimos en estas líneas, afirma enfáticamente que fuera de la jurisprudencia no existe Derecho inglés.

Ello se evidencia por la obligación de atenerse a las normas elaboradas por los jueces (*estare decisis*), regla que se encuentra en la base de todo el sistema de Derecho jurisprudencial.

Hoy en día en Inglaterra la regla del precedente (*rule of precedent*) se expresa bajo la forma de la obligatoriedad de las decisiones de los tribunales superiores (Cámara de los Lores y *Court of Appeal*) respecto de los inferiores. Las decisiones de otros tribunales (*High Court of Justice*) tienen un alto valor de persuasión, pero no son estrictamente obligatorias.

En los Estados Unidos la regla del precedente existe, pero no tiene la misma fuerza que en Inglaterra. Ello se debe, por empezar, a la estructura federal del Estado, y en segundo término una limitación muy importante está dada por la circunstancia de que se admite que la Corte Suprema y los tribunales supremos estatales no están obligados por sus propios precedentes, por lo que pueden mutar su propia jurisprudencia, lo que efectivamente hacen con frecuencia.

c) La ratio decidendi:

Los jueces ingleses no están obligados a fundar las sentencias; sin embargo, existe la costumbre de exponer las razones que han llevado a la decisión, muchas veces bajo la forma de comentarios muy generales.

La regla del precedente exige la distinción entre lo que ha sido la *ratio decidendi* de los *obiter dictum*; aquella *ratio* constituye propiamente la doctrina de la sentencia, que podrá tener en adelante el valor de un precedente.

243. OTRAS FUENTES

En el *common law* la ley es considerada una fuente complementaria. Los jueces aplicarán la ley dictada por el Parlamento, pero no será considerada propiamente formando parte del *common law* hasta que ella no haya sido interpretada, elaborada y aplicada por los jueces.

El valor de la costumbre es absolutamente secundario. Es cierto que las primeras decisiones de los jueces se fundaban en la costumbre inmemorial, pero ello no era más que una ficción destinada a fundar la sentencia y evitar la tacha de arbitrariedad.

243.1. EL ACERCAMIENTO DEL DERECHO INGLÉS AL DERECHO CONTINENTAL

En los últimos decenios, el derecho inglés tiene un contacto muy intenso con el derecho continental, como consecuencia de la pertenencia del Reino Unido a la Unión Europea, aunque se apunta que ese proceso tiene su origen en el siglo XIX con la reforma procesal iniciada en 1832 y continuada a lo largo de ese siglo XIX, que obliga a “descubrir” un derecho sustancial que hasta entonces estaba oculto entre los pliegues del proceso. Y es así como, durante el siglo XIX, Pothier deviene un autor reconocido, en el siglo XX por obra de la doctrina se va perfilando una doctrina general de las obligaciones y aun de la responsabilidad civil ⁴⁶.

Y si bien la noción de contrato como categoría jurídica dista mucho de estar diseñada en el derecho inglés, es posible identificar un primer punto de contacto fundamental con el derecho continental; tanto en uno como en otro el contrato está fundado en la idea de autonomía privada. Subraya Gandolfi que de un lado y del otro de la Mancha, el contrato es el instrumento jurídico que permite a los sujetos reglar sus relaciones sobre la base de elecciones subjetivas, fundamentalmente libres e inspiradas en su interés personal ⁴⁷.

⁴⁶ GLENN, Patrick H., “La civilisation de la *common law*”, *RIDC*, 1993-559.

⁴⁷ GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 715; GIUSEPPE, “Pour un code européen des contrats”, *RIDC*, 1992-713, en particular pág. 715; destaca el autor la diferencia de concepto que existe con relación al contrato en los países del área que estuvo bajo influencia socialista y en los cual algunos códigos de esa familia aun subsisten; en esos ordenamientos el contrato es concebido como el medio por el cual el ciudadano —en tanto que eslabón de la cadena colectiva— coopera en el interés de la comunidad a la realización de la planificación nacional de la vida económica, aplicando no el criterio del provecho individual, sino el del rendimiento personal, coordinado a los cánones de la unidad entendida como “convergencia mutua” de los derechos y obligaciones de los distintos sujetos.

Por lo demás, si bien el sistema de la ley escrita aparece en Inglaterra como una “pieza extraña”, lo cierto es que existen esfuerzos muy notables en ese país que demuestran su acercamiento a la técnica de la codificación ⁴⁸, la cual ya había sido reclamada por Bentham en sus duras críticas al sistema jurídico del common law ⁴⁹.

Todo lo cual demuestra que no es imposible que Inglaterra se afilie a un sistema de derecho escrito, y más aun, codificado, en materia de contratos y obligaciones.

Una prueba de ello es el proyecto de *Contract code* redactado por el profesor McGregor por encargo de la *Law commission* inglesa en el seno del *Parlamento británico*.

Y más aun, se sostiene que el método de las *Consolidation Acts* opera una suerte de codificación constante del derecho ⁵⁰.

243.2. LA CODIFICACIÓN EN EL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos han pasado por distintas etapas con relación a la codificación. Una primera de interés, como modo de rompimiento con las estructuras legales del opresor inglés, las cuales además eran en gran medida despreciadas por los autores de la época, que consideraban al derecho inglés como un laberinto misterioso (Sampson), y que llevó al mismo Story a describir la situación del derecho de su país diciendo que era una “calamidad espantosa que amenaza con enterrar vivos a los juristas americanos no en las catacumbas sino en los laberintos del derecho”.

Sin embargo ella fue seguida por una corriente que excluía absolutamente la posibilidad de codificar, y que hizo fracasar las tentativas de David Dudley Fields de sancionar un Código civil para New York ⁵¹.

Sin embargo, en Louisiana se sancionó un Código Civil en 1825, sobre la base del Louisiana Digest de 1808; sin duda razones históricas particulares dieron sustento a esta codificación.

Pero en el siglo XX se promovieron mecanismos para conocer y entender mejor el derecho, especialmente el de los contratos; ello como una

⁴⁸ Se señala que la Law Commission Act de 1965 encargó a una comisión inglesa y escocesa someter todo el derecho a una revisión en vista de su desarrollo sistemático y de su reforma, comprendida particularmente su codificación; la comisión propuso enunciar los principios generales de derecho contractual en un código autónomo. Ese proyecto fue redactado por Harvey McGregor; está publicado en castellano, trad. de José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida, Barcelona, 1997; ha sido tomado en cuenta para los trabajos encarados por el grupo de Pavia, como lo veremos más adelante.

⁴⁹ GLENN, *op. cit.*, PATRICK, H., “La civilisation de la *common law*”, *RIDC*, 1993-559.

⁵⁰ BEALE, H., “The principles of european contract law and harmonisation of the laws of contract”, en LANDO, Ole, *Mélanges*, Copenhage, 1997, citado por FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, “Faut-il un Code Civil européen?”, *RIDC*, 2002-3-463, nota 13.

⁵¹ El proyecto de Field tenía algunas reglas generales muy interesantes, como por ejemplo, que “nadie puede contradecirse en perjuicio de otro”: v. HARMAN, Shael, “Historique et destinée de la codification americaine”, *RIDC*, 1995-3-707.

necesidad del comercio interestatal. Fue denunciado, aun antes de los estudios de la escuela del "análisis económico del derecho" que la diversidad de derechos estatales costaba tiempo y dinero a los hombres de negocios y a los mismos abogados.

Por ello la primera tarea emprendida fue la de los *restatements*, emprendida por el *American Law Institute*; esta obra es básicamente una suerte de consolidación del derecho jurisprudencial, expresado en reglas concisas, seguidas de comentarios y ejemplos. Los *restatements* no son derecho positivo ni fuente autorizada de derecho, pero son permanentemente utilizados.

La tarea de codificar el derecho comercial nació aproximadamente en los años 40 y fue un jurista formado en los derechos continentales —Karl Llewellyn— quien la encabezó.

The Uniform Commercial Code —como es obvio— no es un código civil sino un código de comercio. Con lo cual carece de muchas reglas propias del primero; así no trata de la venta inmobiliaria, ni de la representación, el *estoppel*, los vicios del consentimiento u otras instituciones que serían fundamentales para un código de origen romano-germánico

Tampoco es propiamente un código, sino una suerte de ley uniforme que los Estados asumen y en ciertos casos completan según sus singularismos. En realidad los cincuenta Estados han adoptado ya el UCC y ha sido visto este proceso como un medio de obtener uniformidad sin federalizar⁵².

Sin embargo, hoy el UCC es conocido y utilizado por los abogados como la primera referencia.

Y está en curso un proceso de revisión del UCC, que se lleva a cabo por especialistas. En 1998 se aprobó una revisión completa del art. 9 (garantías sobre bienes muebles) que entró en vigor el 1/7/2001. Las reformas al UCC tienen en cuenta que este cuerpo está dirigido en primer lugar a abogados comercialistas que planean y ejecutan sofisticadas transacciones de mercado, por lo que buscan dar a estos mayor certeza transaccional; un abogado comercialista debe poder predecir con el mayor grado de certeza posible las consecuencias legales que surgirán del uso de documentos particulares.

⁵² MC DONNELL, Julian B., "Tendencia en EE.UU. a la codificación. Revisión del Código Comercial Uniforme", *L.L.*, 1999-F-916.



CAPÍTULO VI

LAS RELACIONES JURÍDICAS Y LOS DERECHOS SUBJETIVOS

I. LA RELACIÓN JURÍDICA ¹

244. LA ESFERA SUBJETIVA DEL DERECHO

Hasta ahora hemos venido empleando la palabra Derecho, en el sentido de lo que se ha dado en llamar derecho objetivo, esto es, el conjunto de normas jurídicas sancionadas por el Estado, vigentes en él en un momento determinado.

Ahora bien; el fenómeno jurídico no se reduce a lo puramente objetivo, a ser un conjunto de reglas coactivas sancionadas o proclamadas por el Estado.

Por el contrario, existe lo que se denomina la esfera subjetiva del Derecho (Castán Tobeñas).

Esa esfera subjetiva del Derecho ha sido muchas veces reducida al estudio de la noción de los derechos subjetivos, esto es, las prerrogativas o facultades que tiene el individuo (concepto sencillo pero abarcador usado por numerosos autores: Mazeaud, Capitant, Puig Brutau).

Pero lo cierto es que frente al derecho subjetivo aparece, como otra esfera subjetiva, el "deber jurídico", que *prima facie* surge como contrapartida de ese derecho subjetivo.

De otro lado, a partir de las enseñanzas de Savigny (v. *infra*, nº 247), los autores han puesto la atención en la noción de relación jurídica, que algunos definieron inicialmente como relación de la vida con significación para el Derecho que por ello la considera y tutela. El derecho subjetivo y el deber jurídico son contenidos de la relación jurídica, concepto entonces amplio, y abarcador de los otros dos.

Finalmente, algunos autores han considerado que la noción de situación jurídica sería la más amplia de todas; representativa del modo de estar una persona con relación al derecho. La relación jurídica sería una

¹ Bibliografía general: CASTÁN TOBEÑAS, José, *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, 1963; ROUBIER, Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*, París, 1963; BAGOLINI, Luigi, "Notas acerca de la relación jurídica", *ADC* 1950-8; MOLINARIO, Alberto D., "La enseñanza de las potestades y relaciones jurídicas", *Rev. Aequitas*, nº 6, año 1965, pág. 118.

situación jurídica plurisubjetiva, un modo de estar en el derecho en relación o vinculación con otras personas, y dentro de ellas se comprenden las nociones más estrechas de “derecho subjetivo” y “deber jurídico”.

Nosotros vamos a centrar el estudio en la noción de relación jurídica, y en sus contenidos: el derecho subjetivo y los correlativos deberes jurídicos.

En cuanto a la noción de situación jurídica, la utilizaremos como un género o idea marco (v. *infra*, nº 246).

245. VALORACIÓN DE LAS ESFERAS JURÍDICAS SUBJETIVAS

Como apunta Castán Tobeñas, todos los conceptos relativos a la consideración subjetiva del Derecho han sido muy discutidos, y muchos autores han renegado de ellos propiciando que el Derecho se desembarace de los mismos por ser conceptos de contenido ideológico (Bagolini).

Nosotros hemos de tratar el tema en particular con relación al derecho subjetivo (v. *infra*, nº 255), pues es sobre esa idea que se ha cargado la crítica por los normativistas y positivistas.

Al respecto adelantamos que los criterios positivistas han constituido el cimiento de doctrinas totalitarias que desconocen el valor de la personalidad humana, y reducen el Derecho a una mera creación arbitraria del legislador estatal.

246. LA SITUACIÓN JURÍDICA

a) *Concepto:*

La situación jurídica es un determinado modo o una determinada manera de estar las personas en la vida social, regulado por el Derecho (Diez Picazo y Gullón).

b) *Distinciones:*

Esas situaciones pueden ser unisubjetivas o plurisubjetivas.

Las unisubjetivas se refieren a la persona en sí misma (mayor o menor de edad; comerciante o sacerdote), o con relación a los bienes (propiedad, y en general los derechos reales).

Las plurisubjetivas se refieren a las situaciones en que actúan más de una persona, y dan lugar a lo que se denomina relación jurídica.

c) *Otras categorías:*

Algunos autores han dado a la idea de situación jurídica nociones más complejas y efectos más extensos (v. por ejemplo, Roubier), pero no siempre sus conclusiones son claras, y más bien tornan equívoco el concepto.

Otros han tratado de sustituir con la idea de situación jurídica a la noción de derecho subjetivo (v. *infra*, n° 259 d), lo que hoy es considerado por la doctrina como un grave error (Larenz).

d) *Utilidad de la noción adoptada:*

Por ello nosotros nos limitamos a emplear el concepto de situación jurídica como una idea marco, dentro de la cual caben las situaciones unisubjetivas —como la propiedad— y las plurisubjetivas o relación jurídica.

En este sentido la noción de situación jurídica es útil, pues permite deslindar las situaciones en que se establece una suerte de nexo o vínculo entre la persona y la cosa (dominio y en general los derechos reales), de aquellas en las que la situación se compone de dos términos personales, y que es la relación jurídica.

Se evita así caer en el error de afirmar la existencia de relaciones entre personas y cosas (v. *infra*, n° 249).

247. LA RELACIÓN JURÍDICA

a) *Concepto:*

La relación jurídica es fundamentalmente vínculo entre dos personas tutelado por el Derecho.

Más adelante daremos mayor precisión a esta idea básica, la que de todos modos nos sirve para explicar su origen.

b) *Origen:*

Si nos atenemos al Derecho Romano, los primeros nexos entre los hombres se verifican bajo la forma de la potestad, esto es, la sumisión de una persona o una cosa a la acción y voluntad de otra.

Así, en el ámbito del Derecho de familia, el *pater* ejercía la *patria potestas* y la *potestas maritalis*, que ponían a los hijos y a la esposa en la situación de *alieni iuris*, sometidos realmente al poder paterno.

Además el *pater* ejercía la potestad *heril* sobre los esclavos.

Pero aún la obligación constituía un nexo de potestad; el acreedor podía ejercer sus derechos sobre la persona del deudor, vendiéndolo *trans Tiberium*, y si eran varios los titulares del crédito podían repartirse su cuerpo.

Es en ese ámbito de las obligaciones donde se produce la primera transformación y el nacimiento de la idea de relación (o vínculo); el acreedor puede ejercer sus derechos sobre el patrimonio del deudor y no sobre la persona de éste; ya no hay sumisión, no hay potestad, sino relación jurídica (*vinculum iuris*). Ello sucede fundamentalmente a partir de la ley *Paetelia Papiria* (v. *supra*, n° 7).

Con el tiempo también la potestad *marital* y *heril* han desaparecido, como consecuencia de la igualdad de todos los seres humanos; y la patria potestad es una función ejercida en beneficio de los menores que impone muchos más deberes que derechos. De allí que se hable de las relaciones familiares.

c) Influencia de Savigny:

Sin embargo, la idea de relación jurídica había quedado oscurecida por la de derecho subjetivo (emanada también del romano *ius*).

Es Savigny quien en el siglo XIX redescubre la noción de relación jurídica, y la desarrolla de modo técnico.

d) Importancia de la noción:

Bien dicen Díez Picazo y Gullón que la idea de relación jurídica tiene la virtud de evidenciar que la vida jurídica no es una constelación de derechos autónomos e independientes entre sí. Por el contrario, en la idea de relación aparecen claramente derechos y deberes, los que incluso se entrecruzan y a veces se vinculan con otras relaciones jurídicas.

Así, no hay un derecho del comprador y un deber del vendedor, concebidos aisladamente. Hay deberes y derechos recíprocos, que incluso sobreviven a la relación (y que tienen en ella su causa) como son el deber de responder por la evicción o por los vicios de la cosa, el de usar normalmente la cosa si se quiere hacer efectiva una garantía de funcionamiento, etcétera.

Entonces la relación jurídica es el marco en el cual se insertan los derechos y deberes jurídicos de las personas.

248. DEFINICIÓN

Como ya dijimos, gran parte de la doctrina conceptuó a la relación jurídica como una relación de la vida real, protegida y regulada, en todo o en parte, por el Derecho.

Sin embargo, se ha señalado —a nuestro juicio con acierto— que esa definición es excesivamente amplia; la sola idea de relación entre personas que produce o puede producir alguna consecuencia jurídica es insatisfactoria por excesivamente abarcativa. Así, la amistad no es una relación jurídica, pese a que puede producir algunos efectos jurídicos (v.gr., los jueces deben excusarse si tienen amistad íntima con alguna de las partes).

De allí que la doctrina más moderna subraye que la relación jurídica está organizada y disciplinada por el ordenamiento jurídico; está institucionalizada por el derecho positivo. Así, son relaciones jurídicas las que existen entre marido y mujer, comprador y vendedor, propietario y acreedor hipotecario. En cambio, las relaciones de mero contacto social no son relaciones jurídicas (Díez Picazo y Gullón).

Por ello, siguiendo básicamente a los autores citados, podemos decir que la relación jurídica es el vínculo que une a dos o más personas respecto de determinados bienes o intereses, estable y orgánicamente regulada por el Derecho, como cauce para la realización de una función social merecedora de tutela jurídica.

249. ELEMENTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA

a) Sujetos:

Las relaciones jurídicas se establecen entre personas y exclusivamente entre ellas.

Esto significa que normalmente se encuentra un sujeto activo titular del poder (derecho subjetivo) y un sujeto pasivo, titular del deber jurídico correlativo a aquél.

Naturalmente esos roles pueden estar entrecruzados. Así, en una compraventa a plazos el comprador tiene el derecho de adquirir la propiedad de la cosa comprada y el deber de pagar el precio; correlativamente el vendedor tiene el derecho de cobrar el precio y el deber de transmitir la propiedad.

b) Las relaciones entre personas y cosas:

Algunos autores admiten la existencia de relaciones entre personas y cosas; tales serían las que se originan en los derechos reales. Así, el propietario tendría relación jurídica con la cosa objeto del derecho real de dominio.

Extremando la idea, Demófilo de Buen dice que puede haber relaciones entre cosas, como sucedería en el caso de las servidumbres reales (v. art. 3006).

Estas tesis son repudiadas hoy por la mayor parte de la doctrina (De Castro, García Valdecasas, Castán Tobeñas, Díez Picazo y Gullón).

Ya hemos explicado que la propiedad es una situación jurídica unisubjetiva, en cuanto explicita el modo de estar la persona con relación a los bienes.

Por lo demás esa cosa no está en "relación" con el sujeto titular, sino que éste ejerce sobre ella una potestad (Molinario). En el derecho real de dominio se encuentra la potestad más plena (*plena in re potestas*), por cuya virtud la cosa está sometida a la acción y voluntad de la persona (art. 2506).

Esto no implica desconocer que todas las demás personas tienen el deber jurídico de respetar la propiedad, que a su vez constituye un derecho subjetivo. Pero la relación jurídica propiamente dicha se va a establecer cuando alguien turbe o viole el derecho de propiedad de otro; allí nace el deber de restablecer el derecho violado, y por ende se genera una relación jurídica entre propietario y agente del hecho ilícito.

c) Otras relaciones de sujeto pasivo determinable:

No sólo en el ámbito de los derechos reales se individualiza el sujeto pasivo al tiempo de la violación del deber genérico de respeto a un derecho oponible *erga omnes*.

Lo mismo sucede cuando se vulneran los derechos que emanan de la personalidad. Todos tienen el deber de respetar la integridad física y el honor e intimidad de las personas.

Cuando alguien viola esos derechos, verbigracia produciendo un daño corporal o una lesión a la intimidad, se individualiza el sujeto pasivo de una relación jurídica que impone al mismo el deber jurídico de reparar el daño causado de fuente extracontractual.

d) Objeto:

El objeto de las relaciones jurídicas son bienes e intereses, según lo decimos en la definición.

Ellos se resumen a conductas humanas, cuando el objeto de la relación es una prestación de servicios; ejemplo de ello son las relaciones laborales, aunque no se agotan allí: el servicio del médico o del abogado son también básicamente conductas.

De otro lado, los bienes son objetos corporales (cosas) o incorporales (bienes en sentido estricto), susceptibles de tener valor económico (arts. 2311 y 2312).

Se comprenden las energías y las fuerzas naturales susceptibles de apropiación (art. 2311, segunda parte).

e) Causa:

La causa de la relación jurídica identifica a la fuente de la cual ellas emanan. Son, por lo tanto, los hechos y actos jurídicos que producen como efecto jurídico el nacimiento de una relación jurídica.

Verbigracia, un hecho ilícito da nacimiento a una relación entre el autor de hecho y la víctima, en virtud de la cual ésta tiene el derecho de obtener de aquél una indemnización por el daño sufrido; es una relación jurídica causada por un hecho jurídico voluntario ilícito.

Del contrato de compraventa nace una relación jurídica entre comprador y vendedor: relación causada por un acto jurídico (art. 944).

f) Protección:

Muchos autores incluyen entre los elementos de la relación jurídica a su protección, que se efectiviza mediante las acciones que son concedidas por el Estado para que puedan ser hechas valer en justicia.

Tratamos este aspecto al referirnos a los derechos subjetivos.

250. CONTENIDO Y DURACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA

Como surge de lo que hemos venido exponiendo, el contenido de la relación jurídica está dado por poderes y deberes, o con una terminología más tradicional, derechos subjetivos y deberes jurídicos.

Esos derechos y deberes aparecen a veces con sujetos identificados *ab initio*, como acontece con las relaciones de fuente contractual (comprador-vendedor, locador-locatario).

En otros, está individualizado sólo el titular del derecho subjetivo, y el sujeto pasivo será quien de alguna manera viola ese derecho: el que lesiona en un accidente, el que vulnera el honor, el que perturba la posesión del propietario.

En cuanto a la duración de las relaciones, existen las que están destinadas a nacer, producir su efecto y extinguirse inmediatamente. Así, los contratos de cumplimiento instantáneo (compraventa manual, donación manual).

Pero por lo general aun las relaciones de fuente contractual tienen alguna permanencia en el tiempo: la compraventa cuando hay plazo para el pago o para la entrega de la cosa. Mas de todos modos, la finalidad es la de extinguirse por vía del cumplimiento de los deberes jurídicos y satisfacción de los derechos subjetivos que constituyen su contenido.

En cambio, otras relaciones jurídicas están destinadas a permanecer; verbigracia, las relaciones de familia.

Algunos autores incluyen entre las relaciones jurídicas permanentes a la propiedad. Nosotros caracterizamos a la propiedad como una situación jurídica unisubjetiva (v. *supra*, n° 246); las relaciones jurídicas que nacen con motivo de la propiedad provendrán de las conductas ilícitas de quienes pretendan turbarla o de los contratos que celebre el propietario con relación a la cosa, y como tales están destinadas a la extinción por vía del cumplimiento y satisfacción de los deberes y derechos que tienen como causa esa relación.

Tampoco hay relación entre persona y cosa, según hemos ya explicado. Por lo que la propiedad en sí no es una relación jurídica.

251. CLASES DE RELACIONES JURÍDICAS

Díez Picazo y Gullón distinguen entre relaciones jurídicas de derecho público y de derecho privado, para cuya distinción nos remitimos a lo expuesto en los puntos 1 y siguientes.

A su vez las relaciones de derecho privado se dividen en relaciones familiares, patrimoniales y de cooperación social. Estas últimas son las que se originan en el seno de las asociaciones, personas jurídicas creadas por los hombres para la consecución de fines de utilidad general.

252. *VINCULACIÓN CON OTROS CONCEPTOS*a) *Relación jurídica y acto jurídico:*

La relación jurídica es una situación jurídica plurisubjetiva, de donde refleja un fenómeno estático. El acto jurídico es dinámico, y sirve de causa a la relación jurídica, creándola, modificándola o extinguiéndola (art. 944). Del mismo modo el hecho jurídico, que es susceptible de producir (en el sentido de causar) relaciones jurídicas.

b) *Relación jurídica e institución:*

Es común que la doctrina caracterice a la institución (o relación jurídica abstracta) como el conjunto de normas jurídicas relativas a las relaciones jurídicas de una clase determinada (Enneccerus, Lehman). Así, son instituciones (o institutos), el mutuo, la propiedad, la filiación, en el sentido de que existe un conjunto de normas que regulan esas relaciones de manera unitaria y orgánica. Verbigracia, nuestro Código Civil contiene la reglamentación de esas relaciones —hecha en abstracto— y tal reglamentación las constituye en instituciones o institutos.

Especifica Enneccerus que esas instituciones jurídicas no existen sin conexión entre sí, sino que se encadenan en instituciones jurídicas más generales, que a su vez se unen con otras; y así sucesivamente se van elevando hasta constituir la unidad del sistema jurídico.

c) *Relación jurídica y potestad:*

Ya explicamos que la potestad fue el modo de manifestarse el nexo jurídico entre los hombres en los albores de la historia; implicando un modo de sometimiento o sujeción de una persona respecto de la otra (patria potestad, potestad marital); incluso en materia obligacional hasta la sanción de la ley *Paetelia Papiria*.

La potestad explica hoy el nexo entre persona y cosa en materia de derechos reales. La plena *in re* potestas es el derecho de dominio, en virtud del cual la cosa queda sometida a la acción y voluntad del titular (art. 2506).

253. *RELACIONES Y SITUACIONES JURÍDICAS
EN EL CÓDIGO CIVIL*

Nuestro Código en su redacción original aludió a la “relación jurídica” en el artículo 944, al definir los actos jurídicos como los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las partes relaciones jurídicas.

Actualmente, el artículo 3º (reformado por la ley 17.711) alude a las relaciones y situaciones jurídicas. Ya nos hemos referido al alcance que corresponde darles a esas expresiones al efecto de la aplicación de referido precepto (v. *supra* nº 197).

254. PLAN DE LA OBRA

A partir de ahora la obra seguirá la estructura de la relación jurídica. De modo que a continuación, en este mismo capítulo, examinaremos los derechos subjetivos y los deberes jurídicos.

Luego se estudiará el sujeto de la relación jurídica: las personas físicas y las personas jurídicas; las cosas y bienes en cuanto objeto de la relación, y finalmente los hechos y actos jurídicos que son su causa.

II. DERECHO SUBJETIVO ²

255. CONCEPTO PRELIMINAR

Hemos dicho que los derechos subjetivos son uno de los contenidos de las relaciones jurídicas. Cuadra pues comenzar su examen detallado.

Hasta ahora hemos utilizado la palabra derecho para identificar el derecho objetivo o derecho positivo. Esto es el conjunto de normas emanadas de autoridad competente que tienen vigencia en un Estado en un momento determinado.

Pero la palabra derecho también puede ser utilizada en otro sentido; así, se alude al derecho de propiedad sobre una cosa, al derecho del acreedor de reclamar el pago a su deudor; en fin, al derecho a la vida, al honor o a la imagen.

Se está aludiendo pues a la palabra derecho como una atribución o prerrogativa que tiene el sujeto de exigir de otro o de otros una determinada conducta. A esto se llama derecho subjetivo.

Sin embargo, nociones que aparecen simples y que pueden ser comprendidas por el común de la gente, revelan dificultades sensibles cuando se trata de descubrir su esencia.

Por ello se han expuesto numerosas doctrinas que tratan de explicar cuál es la naturaleza de estos derechos, y hay incluso las que han negado su existencia misma.

256. LA DOCTRINA DE LA VOLUNTAD

Una doctrina atribuida originariamente a Savigny, pero que ha sido desarrollada por Windscheid sostiene que el derecho subjetivo es un poder atribuido por el ordenamiento jurídico a una voluntad.

Esto tendría dos significados: por un lado representa el tener derecho a un cierto comportamiento, acto u omisión por parte de todas las personas o de una persona determinada frente al titular. Dice Windscheid que la ley dicta una norma de conducta que pone a disposición de aquél

² Bibliografía especial: DABIN, Jean, *El derecho subjetivo*, trad. Francisco Javier Osset, Madrid, 1955.

en cuyo favor se ha dictado tal norma, dejando al beneficiario la facultad de hacer uso o no de ella. Si, por ejemplo, alguien me fotografía, yo tengo derecho a exigir que esa fotografía no se publique o a solicitar indemnización en caso de que ya lo haya sido. De este modo es la voluntad del beneficiario la que resulta determinante para la puesta en ejecución de las reglas que prohíben la captación y la difusión de la imagen de las personas.

En otro sentido, la voluntad juega el rol de ser decisiva para la creación de ciertos derechos o para su supresión o modificación; así, el propietario tiene el derecho de vender o de alquilar, y el acreedor tiene el derecho de ceder su crédito. De este modo la voluntad es la que produce los efectos previstos en las normas jurídicas que regulan la transmisión de la propiedad o de la cesión de créditos.

257. DOCTRINA DEL INTERÉS

Ihering ha criticado la doctrina de la voluntad y ha desarrollado la idea de que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido. Señala este autor que los elementos que constituyen los principios del Derecho son dos: uno sustancial, en el que reside el fin práctico del derecho y que es la utilidad, la ventaja, la ganancia asegurada por el derecho; el otro formal, que se refiere a ese fin únicamente como medio, a saber la protección del Derecho, que es la acción judicial. El interés es lo que constituye el principio del derecho, al que se une la acción judicial que es la cubierta protectora del derecho.

258. DOCTRINAS MIXTAS

Numerosos autores posteriores han descubierto que en realidad los elementos de la voluntad y del interés no se contraponen ni se excluyen sino que por el contrario se complementan.

Por eso, con algunos matices, se sostiene generalmente que el derecho subjetivo es el poder atribuido a la voluntad para la satisfacción de intereses jurídicamente protegidos. Este concepto es generalmente aceptado en la doctrina nacional como representativo de la idea del derecho subjetivo.

259. DOCTRINAS NEGATORIAS

a) Origen:

Las doctrinas negatorias que nacieron al amparo del ambiente positivista y sociologizante del siglo XIX, buscaron el derecho no en la voluntad, sino en un orden objetivo, sea el que fuere: sociedad, Estado, organización económica o solidaridad.

b) *Tesis de Duguit* ³:

La primera de las doctrinas negatorias de la existencia de los derechos subjetivos fue elaborada por un jurista francés llamado León Duguit, a quien se ha calificado de corifeo del positivismo sociológico.

Para este autor no existen derechos sino solamente deberes emanados del ordenamiento jurídico.

Así, no hay derechos del hombre que puedan existir antes que el derecho objetivo, ni hay derechos posteriores al derecho objetivo, es decir que nazcan de él. De este modo concluye en que no puede reconocerse la existencia de un derecho a la vida o de un derecho a la propiedad, sino que el sujeto, la persona humana que goza de la vida o de la propiedad, están colocados en una situación objetiva y general creada por el derecho objetivo.

En consecuencia, no hay derechos, sino situaciones que pueden ser activas o pasivas y si esa situación es violada, se abrirá paso a una acción en beneficio de la persona interesada o de cualquier otra designada por el derecho objetivo.

Un autor (Dabin) señala que en realidad si bien la concepción de Duguit responde a su afirmación de que es imposible definir la esencia del derecho subjetivo por una razón metafísica, no hace sino sustituir una expresión, derecho subjetivo, por otra que es la de situación activa o pasiva que también puede ser objetiva o subjetiva.

c) *Doctrina de Kelsen* ⁴:

La segunda doctrina negatoria ha sido la desarrollada por el profesor Hans Kelsen, quien pretende excluir del mundo jurídico todo lo que no sea puramente normológico. De allí que todo lo que sea teología, moral, política, sociología, economía, es —en la doctrina de Kelsen— metajurídico, extraño al Derecho. En realidad la idea de Kelsen es que el Estado y el orden jurídico son una sola y misma realidad: el Estado no es más que un sistema de normas y sólo hay norma jurídica en el Estado y por el Estado.

Desde tal perspectiva se comprende, dice Dabin, que no puede haber lugar para un derecho subjetivo concebido como prerrogativa del individuo, bien fuera del Estado, bien en relación con el Estado.

En consecuencia, para Kelsen el derecho objetivo no crea sino deberes; y cuando excepcionalmente el Estado reconoce al sujeto alguna prerrogativa, tampoco deja de encontrar su origen en el derecho positivo.

³ V. DUGUIT, León, *Las transformaciones del Derecho privado*, trad. de Carlos G. Posada, Buenos Aires, 1912.

⁴ V. KELSEN, Hans, *La teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1960, trad. de Moisés Nilve.

d) *Opinión de Larenz:*

En una primera etapa de su producción jurídica, el gran profesor alemán Larenz sostuvo que el derecho subjetivo había dejado de ser un concepto central del Derecho, siendo sustituido por la noción de situación jurídica, que es la posición del miembro de la comunidad en el orden de vida de esta última, o lo que es igual, en el orden jurídico. Esta tesis, desarrollada por Larenz en 1934 era en realidad una herramienta del nacionalsocialismo alemán de la época.

e) *Valoración:*

Más allá de la trascendencia que estas doctrinas han tenido, particularmente al enfatizar el estudio de la estructura de la norma jurídica, lo cierto es que han llevado a la construcción de una idea del Derecho absolutamente descarnada del valor justicia, así como han terminado negando la personalidad humana. Por ello, en su momento, alguna de sus conclusiones, sirvieron de fundamento a regímenes totalitarios, aunque sus autores no hayan perseguido esta finalidad.

Prueba de ello es lo que el mismo Larenz dice en la tercera edición de su libro *Derecho Civil - Parte General*, publicada en Alemania en 1975: "El concepto de derecho subjetivo ... es indispensable a la ciencia del Derecho ... fueron desacertados los intentos —incluido el nuestro— realizados en 1934 en orden a que el derecho subjetivo fuera absorbido por la situación jurídica del individuo en la comunidad jurídicamente concebida. El derecho subjetivo es un concepto originario, no abstraído de las normas particulares relativas a derechos, el cual se da en la 'relación jurídica fundamental' (como modelo de todas las relaciones jurídicas). Sin la idea de que algo pueda 'corresponder' a una persona, de que ésta pueda tener 'derecho' a ello, no podrían comprenderse las normas del derecho positivo, cualquiera sea la clase de éstos".

III. DERECHO, DEBER Y CARGA. INTERÉS LEGÍTIMO. INTERESES DIFUSOS. FACULTADES

260. EL DEBER

A todo derecho subjetivo corresponde en principio un deber que aparece como correlativo al mismo. Es decir que, frente al que tiene la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación, se presenta el deber de la otra parte, el deudor, de satisfacer esa prestación.

En ciertas circunstancias el deber es genérico, de modo tal que corresponde a toda la comunidad; verbigracia respetar mi derecho de propiedad, respetar mi derecho a la vida privada.

Tanto en el supuesto del deber individualizado en alguien, como en el del deber genéricamente atribuido a toda la comunidad, se impone el

sacrificio y el interés propio respecto de otro ajeno, y por lo tanto, corresponde a un mandato o imperativo categórico que debe ser respetado en todo caso.

261. LA CARGA

En la carga se exige el sacrificio de un interés propio para satisfacer otro interés propio. Por ejemplo: para hacer oponible mi derecho, debo inscribirlo en un registro; si no cumplo esa carga mi derecho carecerá de eficacia frente a terceros.

262. DEBERES QUE NO SE CORRESPONDEN CON DERECHOS SUBJETIVOS

Pueden existir deberes jurídicos que no corresponden a los derechos subjetivos de otros; por ejemplo, la obligación del Estado de conservar los caminos no genera ningún derecho subjetivo concreto en los particulares. Pero ello hace nacer lo que se denomina intereses legítimos, y en ciertos casos intereses difusos.

263. EL INTERÉS LEGÍTIMO

a) Noción:

La noción del interés legítimo como una categoría de rango inferior a la del derecho subjetivo, ha sido materia elaborada en el derecho público.

Se trata de supuestos en los que el individuo no pretende la satisfacción inmediata de un interés propio, aunque mediatamente si puede beneficiarlo.

Con dos ejemplos puede advertirse con más claridad la idea. Supongamos que existe un régimen de concursos para ingresar a la carrera docente; cualquier aspirante tiene la posibilidad de reclamar que ese régimen se respete, lo cual no quiere decir que tenga "derecho" al cargo docente, sino sólo a participar del concurso. Otra hipótesis: existe una disposición que prohíbe elevar construcciones más allá de cierta altura; sin embargo, la Municipalidad da un permiso para construir en violación a esa regla. Un vecino cuya visión se vería obstruida por el edificio a construir, tiene un interés legítimo en que se cumpla la disposición que establece la limitación.

b) Resumen: garantía de legalidad:

Es decir que, fundamentalmente, se trata de reclamar que la Administración cumpla con el principio de legalidad de su actuación, cuando de no cumplirla, se afectaría mediatamente un interés propio. Es una suerte de *garantía de legalidad*.

c) Reconocimiento actual:

En el derecho administrativo moderno se tiende a que los intereses legítimos sean tutelados. Las leyes de procedimientos administrativos de las provincias de Mendoza, La Pampa y Formosa lo prevén expresamente. En el ámbito nacional, el decreto reglamentario de la Ley de Procedimientos Administrativos admite el planteamiento de ciertas cuestiones por quienes sólo tienen un interés legítimo.

264. *LOS INTERESES DIFUSOS (O DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA)* ⁵

a) Noción:

Los intereses difusos —también llamados colectivos o fragmentarios— y actualmente comúnmente identificados como derechos de incidencia colectiva, en una primera aproximación identifican el interés de la comunidad en general de que se respeten ciertos derechos que corresponden a sus integrantes; por ejemplo, el medio ambiente, la fauna y la flora, los valores espirituales o culturales, los vinculados a la protección del consumidor, etcétera.

Se trata de cuestiones que no son atinentes a una persona en particular, sino a muchas que conforman una colectividad que puede verse afectada por la degradación del medio ambiente, la destrucción del patrimonio cultural o la actividad de mala fe de las empresas que ponen sus productos a disposición del público consumidor.

b) Antecedentes:

En algunos países europeos, existen precedentes jurisprudenciales y legislativos que admiten el ejercicio de acciones judiciales por parte de sociedades intermedias, por ejemplo, asociaciones de protección del medio ambiente, de tutela del consumidor o protectoras de animales, en orden a la efectivización de esos intereses.

En nuestro país —antes de la reforma constitucional de 1994— se plantearon acciones por particulares. En un primer caso para evitar la caza y comercialización de pingüinos en el Atlántico Sur, resuelto nega-

⁵ Bibliografía especial: QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El amparo colectivo*, Buenos Aires, 1998; SAGÜÉS, Nestor Pedro, "Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo", en *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (art. 43, CN)*, Buenos Aires, 1999; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, "La legitimación del afectado, del defensor del pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia", *L.L.*, 19 y 20 de marzo de 2003; BARRA, Rodolfo, "Amparo, jurisdicción y discrecionalidad administrativa", *E.D.*, 178-628; BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 2ª ed., Buenos Aires, 1998; ZANNONI, Eduardo A., "La reforma constitucional y la protección de los intereses difusos", *RDPC*, n° 7, pág. 101; SAUX, Edgardo I., "Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva dentro del nuevo texto constitucional", *RDPC*, n° 7, pág. 111.

tivamente. En otro, se solicitó que se prohibiera a la Municipalidad la tala de árboles que rodeaban una plaza de alto significado histórico y artístico; admitida la acción en primera instancia, la sentencia fue revocada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal. Un tercer asunto fue planteado para evitar la captura de catorce toninas overas; en este caso quedó firme la sentencia de primera instancia que admitió el amparo y suspendió las resoluciones de la Subsecretaría de Pesca de la Nación. Todos estos litigios y sus resoluciones despertaron ardua polémica doctrinaria. Pero lo cierto es que se advierte una tendencia universal hacia la protección de estos intereses, mediante el reconocimiento de acciones que pueden ejercer los órganos colectivos (asociaciones), y aun en ciertos casos los mismos particulares individualmente ⁶.

c) La reforma constitucional:

La reforma constitucional de 1994 al tratar la acción de amparo en el artículo 43, dispone en su segundo párrafo: "*Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización*".

Cabe señalar que ya la ley 24.240 de protección del consumidor preveía la legitimación de las asociaciones de consumidores, así como las reglas relativas a su registración (arts. 55 y 57).

Con lo cual la legislación argentina ha dado un importante avance en la ampliación de la legitimación en aras de la protección de estos intereses colectivos.

d) La definición de derechos de interés colectivo a partir de la reforma constitucional:

La noción de intereses difusos (o derechos de incidencia colectiva) no es de sencilla delimitación y es aún debatida por la doctrina. Es indiscutible —tal como la terminología lo indica— que la existencia de un derecho de incidencia colectiva presupone la afectación de los derechos de un grupo de personas. La cuestión radica en determinar en qué casos la afectación de los derechos de un grupo de individuos constituye una lesión a un derecho de incidencia colectiva. El debate no es meramente teórico, puesto que la determinación de la existencia o no de un derecho

⁶ 1ª Inst. Cont. Adm. Federal, 10/5/1983, E.D., 105-245, con nota de MARIENHOFF, Miguel S. "Delfines o toninas y acción popular", sobre este fallo v. también CANO, Guillermo, "Un hito en la historia del derecho ambiental argentino", L.L., 1983-D-568; "Acerca de la acción popular y otras cuestiones de derecho ambiental", E.D., 107-876; MARIENHOFF, Miguel S., "Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El interés difuso", E.D., 106-992.

de incidencia colectiva es necesaria a los fines de evaluar qué personas están legitimadas para ejercer su tutela.

Una postura restrictiva limita la noción de derechos de incidencia colectiva a aquellos casos en que un acto lesivo perjudica a una serie indeterminada o difusa de personas (Sagüés). El ejemplo arquetípico es el derecho a un medio ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano reconocido en el art. 41, Constitución Nacional. De acuerdo con esta postura, la noción de derechos de incidencia colectiva no se extiende a aquellos casos en que un acto afecta a una serie determinada y concreta de sujetos.

Desde una perspectiva más amplia, se afirma que la noción de derechos de incidencia colectiva abarca también a aquellos derechos divisibles y mensurables en relación con el objeto materia de su prestación cuando resultan equivalentes entre sí y la afectación que han sufrido tiene su origen en un acto administrativo único (Quiroga Lavié). Esta interpretación amplia lleva a incluir como derechos de incidencia colectiva a los derechos de los usuarios de los servicios públicos y a los derechos de los consumidores.

e) Las personas legitimadas para ejercer su tutela:

El artículo 43, Constitución Nacional (incorporado con la reforma constitucional de 1994), establece que podrán interponer la acción de amparo: "... contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

De esta forma, a partir de 1994, se encuentran legitimados para tutelar los derechos de incidencia colectiva: a) el afectado; b) el defensor del pueblo y c) las asociaciones. Algunos autores (Bianchi) también mencionan al Ministerio Público como legitimado para ejercer la tutela de esta clase de derechos, con sustento en el artículo 120, Constitución Nacional, que dispone que el Ministerio Público tiene "por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad".

Si bien el artículo 43, Constitución Nacional, se refiere exclusivamente a la legitimación en materia de amparo, ello no excluye la legitimación colectiva en otros procesos de conocimiento distintos del amparo.

f) Problemas que plantean:

Los procesos colectivos (o sea, aquellos en donde se debaten los alcances de los derechos de incidencia colectiva) generan ciertos problemas específicos: (i) los efectos de las sentencias dictadas en este tipo de

procesos; (ii) los derechos de los individuos que no participaron en el proceso pero que se ven alcanzados por los efectos de la sentencia; (iii) la determinación del juez o tribunal competente para entender en un reclamo de esta especie; y (iv) la eventual existencia de sentencias opuestas (algo perfectamente posible en un país federal con un sistema de control de constitucionalidad difuso).

Las respuestas a estos problemas están siendo desarrolladas por la jurisprudencia, pero resulta necesaria una reglamentación pormenorizada de estas cuestiones por el Congreso de la Nación, a los fines de otorgar un cierto grado de certeza y de previsibilidad a los litigantes.

Es que no puede dejar de señalarse que hay un exceso en la utilización de mecanismos judiciales para la defensa de derechos de incidencia colectiva que, en oportunidades, es un real abuso. Así, es claro que algunas veces se han usado asociaciones fantasmas que han demandado en tribunales elegidos por su posible condescendencia con el reclamo (*forum shopping*).

265. DERECHO SUBJETIVO Y FACULTADES

Las facultades son meros elementos de los derechos subjetivos. Por ejemplo, el derecho de gozar de la cosa, como facultad inherente del derecho de propiedad.

Estas facultades no tienen una vida independiente del derecho de que forman parte y aun pueden faltar sin afectar el derecho en sí. Verbigracia el derecho de propiedad no se extingue porque el propietario no puede usar y gozar de la cosa dada a otro en alquiler.

IV. CLASIFICACIONES

266. DERECHOS ABSOLUTOS Y RELATIVOS

Derecho absoluto es aquel que, en favor de su titular, impone a los demás una sujeción genérica de no perturbar ni violar ese derecho. Se encuentran en esta categoría los derechos de la personalidad y los derechos familiares, y también los derechos reales. No debe interpretarse mal lo aquí afirmado: el absolutismo de estos derechos no importa que no reconozcan límites, sino que se está aludiendo sólo a los sujetos frente a los cuales pueden hacerse valer.

Son derechos relativos aquellos que pueden hacerse valer frente a un sujeto determinado. Ejemplo de este tipo son los derechos llamados personales o de crédito u obligaciones que imponen al deudor el dar, hacer o no hacer algo, y al acreedor el derecho de exigir a ese deudor que cumpla la conducta prometida.

267. DERECHOS PATRIMONIALES Y NO PATRIMONIALES

Los derechos no patrimoniales actúan preferentemente en relación a intereses de orden moral. Pertenecen a esta categoría los derechos de la personalidad y los derechos de familia por regla general.

Los derechos patrimoniales son aquellos que tutelan directamente intereses económicos valorables en dinero.

El conjunto de los derechos patrimoniales del sujeto constituye el patrimonio (v. *infra*, cap. XXIII).

268. DERECHOS TRANSMISIBLES E INTRANSMISIBLES

Algunos derechos son inalienables; no pueden ser objeto de actos de disposición y por lo tanto no pueden ser transmitidos a terceros.

Se comprende así que el derecho a la vida, el derecho al honor, el derecho al nombre, no pueden ser enajenados.

En cambio los derechos patrimoniales son por regla general transmisibles, con algunas salvedades establecidas expresamente en la ley.

269. DERECHOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS

Los derechos que tienen su vida vinculada a otros, y que se transmiten juntamente con ellos, son denominados derechos accesorios. Los típicos derechos accesorios son las garantías: hipoteca, prenda, fianza, que en nuestro Derecho deben existir siempre vinculados a un crédito.

Esa calidad de accesorios se manifiesta en que si se transmite el crédito se transmite la garantía; si se extingue el crédito se extingue la garantía.

270. DERECHOS REALES, DERECHOS DE CRÉDITO Y DERECHOS INTELECTUALES

Esta es una subclasificación de los derechos patrimoniales.

Los derechos reales son aquellas situaciones jurídicas unisubjetivas que reflejan el modo de estar las personas con relación a las cosas. El más absoluto y extenso en sus facultades es el dominio, siendo reconocidos también en nuestro sistema el condominio, la hipoteca, la prenda, el anticresis, el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres activas (art. 2503).

Los derechos de crédito u obligaciones, también llamados derechos personales, son los que imponen al sujeto pasivo —deudor— dar, hacer o no hacer algo en favor del sujeto activo acreedor.

Los derechos intelectuales son los derechos que se ejercen sobre las obras de la inteligencia y del espíritu; es decir, sobre las obras literarias, musicales o cualquier otro tipo de creación artística, y sobre bienes que

corresponden a lo que se denomina la propiedad industrial, marcas, patentes, etcétera.

Esta clasificación se estudiará con mayor profundidad en el capítulo correspondiente al patrimonio.

V. TIPOS DE DERECHOS SUBJETIVOS

271. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Se refieren al reconocimiento y respeto de la personalidad humana y su dignidad propia en el doble aspecto corporal y espiritual.

Quedan comprendidos en esta categoría el derecho a la dignidad personal, al honor, a la intimidad y a la imagen como tuitivas de la personalidad espiritual. El derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la disposición del cadáver, son los que hacen a la personalidad física.

Son derechos absolutos, en principio no disponibles, y por ende no transmisibles.

272. DERECHOS PERSONALES FAMILIARES

Son derechos que tiene el sujeto en virtud de la posición que ocupa en la familia. Carecen de contenido patrimonial, y también son por regla general intransmisibles. Pertenecen a esta categoría los derechos y obligaciones que emanan de la patria potestad, de la tutela y de la curatela, las obligaciones recíprocas entre los esposos, etcétera.

273. DERECHOS DE COOPERACIÓN

Son los que autorizan a formar la voluntad y tomar parte en la actividad de sociedades, asociaciones o corporaciones, derivados de la posición de socio o miembro y sin que puedan separarse de esta cualidad social. Son derechos que permiten participar en la asamblea social, emitir el voto, controlar la gestión, etcétera. Tienen las limitaciones deducidas de la fidelidad del socio hacia la sociedad y respecto de los demás socios. Esto se manifiesta en el Derecho argentino, por ejemplo, en el deber de abstenerse de votar que tiene el socio cuando su interés es contrario al de la sociedad en el tema que se debate.

VI. DERECHO Y ACCIÓN

274. RELACIONES ENTRE AMBAS

El derecho subjetivo, en forma dinámica, se manifiesta siempre en una acción, a través de la cual se promueve un proceso judicial.

Por lo tanto, a todo derecho subjetivo corresponde una acción, sin necesidad de que la ley expresamente la conceda.

La defensa de aquel contra quien se dirige la acción se denomina "excepción". Esta excepción puede ejercerse de dos maneras: afirmando que la acción carece de fundamento jurídico (no pago porque no existe deuda alguna, que corresponde a lo que se llama "defensa"), o contraponiendo la existencia de una circunstancia o de un derecho que destruye en todo o en parte la pretensión del actor ("excepción" en sentido estricto: "no pago porque ya pagué", o porque la deuda está extinguida por compensación).

VII. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

275. PRINCIPIO GENERAL

Los derechos subjetivos se ejercen frente a un sujeto titular del deber. Éste puede cumplir voluntariamente con su deber o no; en este último caso el titular del derecho subjetivo debe ejercerlo a través de una acción que persigue el reconocimiento y la efectivización de tal derecho en una sentencia judicial.

Por lo tanto la regla es que nadie tiene derecho a hacer justicia por mano propia.

Ejemplo de esta noción es lo dispuesto en el artículo 2468, conforme al cual el que tiene un derecho a la posesión, no puede, en caso de oposición, tomar la posesión de la cosa: debe demandarla por las vías legales.

276. EXCEPCIONES

Sin embargo hay ciertos casos en los cuales los sujetos pueden obrar de propia autoridad, e incluso causar un daño, sin que ello importe necesariamente que se incurra en una conducta antijurídica.

a) Estado de necesidad:

Se admite, por lo general, que quien causa un daño en situación de necesidad, no es responsable por el mismo. Para ello es necesario que se den las siguientes circunstancias: que con la acción del sujeto se salve a sí mismo o a un tercero de un peligro grave e inminente, y que éste no haya sido creado voluntariamente por el autor del acto necesario.

b) La legítima defensa:

La legítima defensa constituye uno de los principios generales del Derecho, y se halla reconocido tanto en el ordenamiento penal como en el ordenamiento civil.

Normalmente para que funcione la legítima defensa es necesaria la concurrencia de tres elementos:

- que exista una agresión antijurídica;
- que ella sea actual y no exista la posibilidad de reclamar la intervención de la autoridad competente;
- que la defensa se ejerza de un modo razonable, es decir, sin exceso.

Un ejemplo de la legítima defensa en el ámbito del derecho privado patrimonial se encuentra en el artículo 2470, conforme al cual el hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal de que no exceda los límites de la propia defensa.

VIII. LÍMITES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE ⁷

277. EL PRINCIPIO DE BUENA FE

a) Noción:

Obrar de buena fe implica comportarse como lo hace la gente honesta, con lealtad y rectitud.

Esta idea constituye un principio general del Derecho (v. *supra*, nros. 120 y 121), que como tal se proyecta en la totalidad del ordenamiento, y por ende, en la totalidad de las relaciones jurídicas que establece el sujeto y de las situaciones jurídicas de las que forma parte.

b) Buena fe objetiva y subjetiva:

La mayor parte de la doctrina distingue un concepto subjetivo y un concepto objetivo de la buena fe.

El concepto subjetivo importa afirmar que el sujeto obra de buena fe cuando está persuadido de actuar legítimamente, siempre que ese convencimiento no provenga de su propia negligencia. En este sentido nuestro Código Civil afirma que “la posesión es de buena fe, cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, se persuadiere de su legitimidad” (art. 2356). Este concepto de buena fe subjetiva, o buena fe creen-

⁷ Bibliografía especial: FERREIRA RUBIO, Delia M., *La buena fe. El principio general en el Derecho civil*, Madrid, 1984; DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Barcelona, 1965; MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, “La buena fe y el abuso del derecho”, *RD* 1979-434; WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, trad. de José Díez Picazo, Buenos Aires, 1977; ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., *Efectos jurídicos de la buena fe*, Buenos Aires, 1935; *El principio de la buena fe en el proyecto de reforma de 1936*, Buenos Aires, 1942.

cia, tiene efectos, particularmente, en el ámbito de los derechos reales; así, el poseedor de buena fe de una cosa hace suyos los frutos que percibe, aun cuando esa posesión no represente el ejercicio del derecho de dominio (art. 2483).

La buena fe objetiva o buena fe lealtad tiene particular aplicación en el campo de los derechos personales, de crédito u obligaciones. En este sentido impone el deber de obrar con lealtad y rectitud, tanto en las tratativas anteriores a la celebración del contrato, cuanto en su celebración misma, en su interpretación y en su ejecución.

278. FUNCIONES DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE LEALTAD

El principio de la buena fe cumple las siguientes funciones:

- es causa de exclusión de culpabilidad de ciertas conductas que objetivamente podrían considerarse ilícitas;
- es un elemento fundamental en la interpretación y ejecución de los contratos;
- es un límite al ejercicio de los derechos subjetivos.

Es en este último sentido que nosotros lo consideramos en este capítulo.

279. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE COMO LÍMITE AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Afirma Larenz que siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, están obligadas a no defraudar la confianza razonable del otro, tratando de comportarse tal como se puede esperar de una persona de buena fe. Y si bien no es posible indicar exhaustivamente cuando se infringe la buena fe en el ejercicio de un derecho particular, se pueden reconocer los siguientes casos típicos:

- infringe la buena fe quien hace valer un derecho que ha adquirido mediante una conducta desleal o anticontractual;
- obra contra la buena fe quien ejercita un derecho en oposición al objeto para el cual se lo confiere el ordenamiento jurídico, a fin de lograr por ese medio algo a lo que no tiene derecho (supuesto de abuso de derecho);
- infringe la buena fe quien dilata por tanto tiempo el ejercicio de su derecho que la otra parte, según las circunstancias, puede contar y de hecho ha contado con que no lo ejercitará (fundamento de la prescripción y caducidad);
- infringe la buena fe quien con el ejercicio de su derecho se pone en desacuerdo con su propia conducta anterior, en la cual confía la otra parte (doctrina de los actos propios).

280. *EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE
EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO*

a) En el Código Civil:

Nuestro Código Civil en su redacción originaria no contuvo disposiciones que consagraran la regla o principio de la buena fe con carácter general, lo cual no obstó a que la doctrina sostuviera que se trataba de un principio subyacente en todo el ordenamiento. Por lo demás el Código hacía innumerables aplicaciones, tanto del principio de la buena fe creencia como de la buena fe lealtad, en particular por aplicación de la regla de *error communis facit ius* (el error común hace derecho). Así, reguló los efectos del pago efectuado al acreedor aparente, los efectos del pago recibido del deudor aparente, la institución del heredero aparente, el instrumento aparente, etcétera.

Pero sin duda no había en el Código una disposición que diese sustento normativo general a la idea de que la buena fe constituye un límite al ejercicio de los derechos subjetivos.

b) La ley 17.711:

Ello aparece como la reforma de 1968 al Código Civil, que introduce en el artículo 1071 el principio del abuso de derecho y en el artículo 1198 una norma conforme a la cual los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

La regla del artículo 1198 importa que la buena fe debe existir tanto en la etapa genética del contrato, cuanto en todo el desarrollo de su vida, es decir, hasta el momento de la extinción de las obligaciones que nacen con él. En este sentido pues, la extensión de los derechos y obligaciones que nacen del contrato y el cumplimiento de esos derechos y obligaciones, debe estar presidido por la buena fe.

Así, en ciertos casos el deudor podrá estar obligado a más de lo que pudiera surgir de la mera lectura del contrato, si de buena fe las partes entendieron o pudieron entender tal extensión; como puede estar obligado a menos, por las mismas razones.

De otro lado, el deudor está obligado a ejecutar de buena fe sus obligaciones.

Pero, y esto es lo que hace al tema que estamos examinando, el acreedor debe exigir el cumplimiento respetando el principio de lealtad y rectitud.

c) Proyecto de Código Civil de 1998

El Proyecto de 1998 dio una importancia especial al principio general de la buena fe. Por ello en el Título IX del Libro II —dedicado al “ejercicio de los derechos”— incorpora una norma aplicable a todo el Código

conforme a la cual "los actos jurídicos deben ser celebrados y ejecutados con buena fe y lealtad. La parte que obra de mala fe debe resarcir el daño causado".

Al tratar de los contratos el Proyecto de 1998 alude a la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos, pero también en las negociaciones previas y aun en el post contrato.

281. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS ⁸

a) Concepto:

La buena fe exige congruencia consigo mismo. De modo que puede entenderse que, bajo ciertas circunstancias, obra prescindiendo de la buena fe, quien vuelve sobre una conducta anterior que ha creado en la otra parte de una relación jurídica, una expectativa seria de comportamiento futuro.

b) Requisitos:

Las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1983) dijeron que los requisitos de aplicación de esta doctrina, son:

- una situación jurídica preexistente;
- una conducta del sujeto, jurídicamente relevante y eficaz que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro; a ello la Corte Suprema ha agregado que debe ser un comportamiento *de-liberado* ⁹;
- una pretensión contradictoria de dicha conducta, atribuible al mismo sujeto.

c) Aplicaciones judiciales:

Sobre la base de estas pautas, la jurisprudencia ha resuelto ya muchos casos. Se ha dicho que incurre en una conducta contradictoria quien plantea la inconstitucionalidad de una norma que ella misma ha

⁸ Bibliografía especial: DIEZ PICAZO - PONCE DE LEÓN, Luis, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963; PUIG BRUTAU, José, *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1951; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "La doctrina de los actos propios", en *Comercio y Justicia*, 9/12/1978; BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, Buenos Aires, 1987; ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto, "La virtualidad de los actos propios en el Derecho argentino", *L.L.* 1984-A-877; BIANCHI, Enrique T. - IRIBARNE, Héctor P., "El principio general de la buena fe y la doctrina *venire contra factum proprium non valet*", *E.D.* 106-851; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "La doctrina de los actos propios y la declaración tácita de voluntad", *L.L.* 1985-A-1000; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "La teoría de los propios actos y la doctrina y jurisprudencia nacionales", *L.L.* 1984-A-152; MORELLO, Augusto M., "Recepción jurisprudencial de la doctrina de los actos propios", *RDCO* 1976-813; MORELLO, Augusto M. - STIGLITZ, Rubén S., "La doctrina del acto propio", *L.L.* 1984-A-865; SAFONTAS, Simón P., "Doctrina de los propios actos", *Jus* 5-28.

⁹ CSN, 29/3/1990, J.A. 4/7/1990.

pretendido que se aplique, o que anteriormente había aceptado; el socio que cuestiona una decisión de la sociedad que había consentido; quien demanda por rescisión de un contrato habiendo recibido los pagos aun tardíos de su contraparte; la compañía de seguros que concurría a cobrar el precio al domicilio del asegurado, y luego pretendió la aplicación de la cláusula que establecía que los pagos debían hacerse en la compañía; el vendedor que invoca la inflación para no cumplir una compraventa, y pretende devolver el precio sin actualizarlo, etcétera ¹⁰.

282. LA APARIENCIA ¹¹

Otro campo de aplicación de la idea general de buena fe es el de la apariencia jurídica (De los Mozos), por lo que daremos noticia de la cuestión en los párrafos que siguen.

a) Planteo del problema:

Los derechos son abstracciones, pero su ejercicio se revela a través de actos materiales.

Normalmente esos actos materiales responden a una realidad jurídica subyacente; así, la posesión de una cosa suele responder a la existencia de un derecho de dominio sobre ella; el ejercicio de la representación es consecuencia de la existencia de un mandato o de la posesión de una función representativa (gerente de una sociedad de responsabilidad limitada, presidente del directorio de una sociedad anónima).

Pero también existen situaciones en que los actos materiales no responden a un derecho subyacente, pero parecen traducir su existencia. Así, el poseedor puede no ser el propietario, sino un usurpador; el que ha sido declarado heredero porque no se conocía la existencia de otro sujeto con mejor derecho; el mandatario que ha dejado de serlo por la muerte ignorada del mandante; el presidente de la sociedad anónima que ha sido removido pero sigue actuando como tal.

¹⁰ V. la importante reseña de AMADEO, José, *Doctrina de los propios actos*, Buenos Aires, 1986; del mismo autor, "Los actos propios en el procedimiento", *J.A.* 28/10/1992.

¹¹ Bibliografía especial: ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., *Efectos jurídicos de la buena fe*, Buenos Aires, 1935; ANDORNO, Luis D., "La teoría de la apariencia", *E.D.* 116-930; "La propiedad aparente en la doctrina y jurisprudencia francesa y el art. 1051 del Código Civil argentino", *E.D.* 37-931; LEDARIA CALDENTEY, J., *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952; CUSNIR, Ana, "Directores *de facto* y teoría de la apariencia", *RDCO* 1970-239; NOVILLO SARAVIA, Lisardo, "Consecuencias anómalas de los actos jurídicos", *L.L.* Córdoba marzo 1986, *Doct.* pág. 153; GUILLÉN, Horacio P., "Nulidad y apariencia", *L.L.* 1984-A-772; STRATTA, Alicia Josefina, "Efectos jurídicos de la apariencia", *E.D.* 116-941; VENINI, Juan Carlos, "Efectos jurídicos de la apariencia", *J.A.* 1985-111-686; SIMONE, Osvaldo B., "Requisitos y proyección del mandato aparente del productor-asesor de seguros", *L.L.* 1989-A-48; reseñas de jurisprudencia muy exhaustivas por OUBLE, Silvana Marta, "Apariencia jurídica", *J.A.* 4/4/1990; RODRÍGUEZ, Claudia B., "El mandato aparente", *J.A.* 13/6/1990; AMADEO, José Luis, "Seguro y apariencia jurídica", *J.A.* 1988-III-873.

En estos supuestos se plantea una disyuntiva para el Derecho: ¿ha de prevalecer la verdad jurídica subyacente o por el contrario ha de reconocerse efectos jurídicos a la apariencia creada por el *non domino*, el heredero aparente, el representante aparente?

b) La denominada teoría de la apariencia:

A esta cuestión pretende dar respuesta la denominada *teoría de la apariencia* conforme a la cual debe subsistir el derecho adquirido en razón de una apariencia (realidad exterior visible), siempre que se den ciertas condiciones que hacen sustancialmente a la buena fe del sujeto que ha actuado sobre la base de la apariencia creada (v. *infra*, e).

c) Fundamento:

El fundamento de la solución que da preeminencia a la apariencia creada por encima de la realidad jurídica se encuentra en la protección del tercero de buena fe, es decir de aquel que ha actuado en virtud de una situación exterior visible creada por otro que, apreciada con la diligencia debida, reflejaba la existencia de un derecho aunque éste no existiera en la realidad.

De otro lado, esta doctrina de la apariencia encuentra también fundamento en la necesidad de la tutela de la seguridad jurídica dinámica, esto es, la propia de las relaciones jurídicas, que predomina sobre la seguridad jurídica estática (Ghestin - Goubeaux; Novillo Saravia).

d) Principio general o aplicación a los casos previstos legalmente:

Las leyes contienen supuestos particulares en los que expresamente consagran soluciones que hacen prevalecer la apariencia sobre la realidad jurídica. Algunos casos están contemplados en casi todas las legislaciones (heredero aparente, pago al acreedor aparente, mandato aparente, etcétera).

Mas la cuestión fundamental radica en determinar si de esas normas puede hacerse una generalización, y obtenerse así una regla conforme a la cual —bajo ciertas condiciones— merece protección el derecho adquirido en razón de una creencia errónea (de buena fe), fundada en una realidad visible.

La doctrina, tanto nacional como extranjera, se encuentra muy dividida en el punto. Entre nosotros Andorno sostiene la tesis negativa, lo mismo que Novillo Saravia, pero la opinión contraria ha encontrado respaldo en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (v. *infra*, i).

De todos modos, quienes consideran que la apariencia puede ser elevada a la categoría de principio general sostienen su aplicación subsidiaria, es decir, que los jueces podrán recurrir a ella cuando no exista una norma expresa que dé la solución al caso (Ghestin - Goubeaux).

En la jurisprudencia, si bien los tribunales pregonan —por regla general— que no cabe generalizar sin más la doctrina, lo cierto es que muchas veces han excedido los límites impuestos por las normas particulares y han fundado sus decisiones, expresa o implícitamente, en una suerte de teoría general de la apariencia (v. *infra*, g).

e) Condiciones de aplicación:

Para que resulte aplicable la teoría de la apariencia es necesario que exista una situación de hecho exterior, visible, que cree la apariencia de la existencia de un derecho subyacente. Esto como recaudo objetivo o material.

Por otro, es necesario que quien actúa en razón de la apariencia creada, lo haga de buena fe. Es decir que su error o creencia errónea se justifique en esa situación de hecho. Es el elemento subjetivo o psicológico.

En punto a la naturaleza del error, los primeros precedentes —particularmente de la jurisprudencia francesa— exigieron que se tratara de un error común o invencible.

Sin embargo, avances posteriores han determinado que no siempre se exija este recaudo. Puede bastar el error individual (error legítimo), siempre que el sujeto haya actuado con la diligencia debida según los usos del tráfico.

f) Efectos:

El efecto de la aplicación de la teoría de la apariencia es crear en favor del sujeto que ha actuado en razón de ella, los derechos que éste no habría podido adquirir por el juego normal de las reglas jurídicas.

Ese derecho así adquirido resulta oponible al verdadero titular, aunque éste no haya intervenido en la relación jurídica (v. gr., supuestos de enajenaciones por el heredero aparente, o por el propietario en virtud de un acto nulo: art. 1051).

Como corolario, pueden surgir obligaciones resarcitorias a cargo del titular aparente que ha dispuesto del derecho.

g) Supuestos en el derecho positivo argentino:

Nuestro Código Civil contiene varias soluciones en favor de los derechos adquiridos de buena fe en razón de una creencia errónea producida por una apariencia creada.

A título de ejemplo, podemos señalar:

— mandato aparente. Son supuestos de mandato aparente el del artículo 1967, que se refiere a los terceros que hubiesen contratado con el mandatario, ignorando la cesación del mandato; y el del artículo 1938 que desconoce eficacia a las órdenes reservadas o instrucciones secretas dadas por el mandante al mandatario. También existen otros casos, como los contemplados en los artículos 2005 (revocación del mandato ignorada por ter-

ceros) y 2008/9 (revocación del mandato por muerte del mandante ignorada por el mandatario). Es conveniente subrayar que el mandato aparente, que aparece previsto en las normas indicadas, no debe confundirse con el mandato tácito (arts. 1873 y sigs.), en los cuales si bien el mandato no es expreso, existe realmente;

- pago al acreedor aparente (art. 732);
- heredero aparente (arts. 3429 y 3430);
- adquisiciones de terceros en razón de un acto simulado (arts. 960 y 966);

— enajenaciones de derechos adquiridos con causa en un negocio jurídico nulo o anulable (art. 1051). Este precepto da lugar a una serie de cuestiones que serán estudiadas *infra*, Capítulo XXXIV;

— en materia societaria, el artículo 58 de la ley 19.550 dispone que el representante convencional o legal de la sociedad obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social; régimen que se aplica aun en infracción de la organización plural si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción a la representación plural.

h) La jurisprudencia nacional:

En punto al fundamento de la eficacia del derecho adquirido en razón de una apariencia creada, los tribunales han recurrido a las ideas de seguridad jurídica¹², cuanto a la de protección de la buena fe de quien ha contratado en razón de esa apariencia¹³ y en innumerables fallos ha recurrido a ambas ideas, puntualizando —a nuestro modo de ver acertadamente— que al aplicarse la idea de apariencia se prestigia la buena fe y al mismo tiempo se respalda la seguridad jurídica¹⁴.

Pero a pesar de la amplitud con que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha hecho aplicación de la teoría de la apariencia, en general se tiende a negar que ella constituya una doctrina general, debiendo por ello examinarse las particularidades de cada caso¹⁵.

No haremos una reseña de las aplicaciones particulares; a ese efecto remitimos a las notas de jurisprudencia citadas en nota 10.

¹² SCBA, 19/12/1961, J.A. 1962-11-461.

¹³ Entre otros CNApel.Com., Sala C, 22/10/1987, J.A. 4/4/1990, n° 31.

¹⁴ Entre otros, CSN, 4/9/1968, RDCO 1970-239; CNApel. Civ., Sala D, 10/7/1986, E.D. 121-115; *idem*, 22/8/1975, J.A. 1976-11-178; CApel. Junín, 4/8/1981, J.A. 1982-111-239.

¹⁵ V. en particular: CSN, 4/9/1968, RDCO 1970-239; CNApel. Civ. y Com. Fed., Sala 1ª, 11/12/1981, E.D. 98-561.

ij Las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil:

Las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil declararon que la protección de la apariencia constituye un principio de Derecho que se extrae de una interpretación integradora del ordenamiento jurídico, y deriva de la finalidad de cubrir las necesidades del tráfico, la seguridad dinámica y la buena fe.

De acuerdo con la idea de que se trata de un principio general, sostiene que puede ser extendido a casos no previstos legalmente, con tal que se den los presupuestos de aplicación, que son: la existencia de una situación de hecho que, por su notoriedad, sea objetivamente idónea para llevar a engaño a los terceros acerca del estado real de aquélla; y que los terceros no hayan conocido o podido conocer la verdadera situación, obrando con la diligencia debida. Por lo demás, en los actos de adquisición de derechos es preciso, salvo disposición expresa en contrario que se trate de adquisiciones a título oneroso.

Respecto de los efectos, las X Jornadas declararon que lo son:

— entre las partes del acto, en ciertos casos, la invalidez del acto queda saneada por la apariencia;

— frente a terceros, convalida la adquisición del derecho por el tercero de buena fe y a título oneroso que lo obtiene por un acto válido de quien, a su vez, lo tuvo a consecuencia de un acto inválido o ineficaz; y legitima el ejercicio de un derecho por quien no es su titular (representación aparente);

— en algunos casos produce inoponibilidad (supuesto del contradocumento no anotado en la escritura matriz);

— respecto del titular del derecho, la pérdida o limitación de su derecho, lo faculta al ejercicio de las acciones resarcitorias.

283. *COROLARIOS DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE*

El principio de la buena fe se encuentra en el fundamento de otras instituciones que constituyen también limitaciones al ejercicio de los derechos subjetivos. Ellas son: el abuso del derecho, reglamentado en el artículo 1071 del Código Civil a partir de la reforma de 1968, y al que dedicaremos el párrafo siguiente; la teoría de la imprevisión, regulada en el artículo 1198, segunda parte, del Código Civil, también a partir de la reforma, que autoriza a reclamar la rescisión del contrato cuando la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles sobrevinientes a la celebración; la lesión subjetiva, regulada también a partir de la reforma, en el artículo 954, que autoriza a demandar la nulidad o el reajuste de los actos jurídicos en los cuales una de las partes, aprovechando la inferioridad de la otra, obtiene ventajas patrimoniales notablemente desproporcionadas y sin justificación.

IX. LÍMITES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. EL ABUSO DEL DERECHO ¹⁶

284. ANTECEDENTES

La doctrina del abuso del derecho ha nacido y se ha desarrollado como una reacción al concepto absoluto del derecho subjetivo propio del liberalismo individualista de los códigos del siglo XIX. En principio fundamentalmente por obra de la jurisprudencia, luego sistematizada por la doctrina, y ha encontrado más tarde recepción legislativa en numerosos países.

Los más remotos antecedentes son hallados por algunos autores en el mismo Derecho Romano que da uno de los mejores ejemplos de la evolución de un derecho escrito a un derecho equitativo, particularmente por la obra del pretor. Seguidamente se menciona un desarrollo de la doctrina en el Derecho musulmán de los siglos XIV y XV. Más cercano en el tiempo y a nuestros derechos occidentales, se menciona a la legislación prusiana de 1794, que consagró entre los artículos 94 y 97 de su introducción, disposiciones generales relativas a la condición de los derechos que, a título de directivas para los jueces, establecían aplicaciones muy generales del principio del equilibrio de los intereses. Casi como curiosidad puede mencionarse también el Código General de Bienes para el Principado de Montenegro de 1888, que establecía la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos en su artículo 1000 (Marcovitch).

Pero, como decíamos, fue particularmente por obra de la jurisprudencia que comenzó la reacción contra el criterio absolutista de los derechos subjetivos. Es necesario hacer referencia a la jurisprudencia francesa que, al principio en forma fragmentaria y quizá inconsciente, aplicó la idea a algunos casos particulares, señalándose como un verdadero hito en este desarrollo, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Colmar por la cual se condenó al propietario de un inmueble a eliminar una falsa chimenea que había construido sobre el techo de su casa con la sola finalidad de impedir la vista de su vecino.

¹⁶ Bibliografía especial: MARTÍN BERNAL, José Manuel, *El abuso del derecho*, Buenos Aires, 1982; JOSSE-RAND, Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, París, 1927; *De l'abus des droits*, París, 1905; *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, París, 1984 (reproducción de la edición de 1928); RIPERT, Georges, *La règle moral dans les obligations civiles*, París, 1949; MARCOVITCH, Millivolié, *La théorie de l'abus du droit en droit comparé*, París, 1936; DE CASTRO y BRAVO, Federico, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, t. V, pág. 135 y sigs.; CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *Abuso del derecho en el nuevo título preliminar del Código Civil*, Madrid, 1977; MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, "La buena fe y el abuso del derecho", *RDP* 1979-434; ROTONDI, Mario, *Inchieste di diritto comparato* (bajo la dirección de), Milano, 1979; FUEYO LANERI, Fernando, "El ejercicio abusivo del derecho", *Rev. del Colegio de Abogados de La Plata*, n.º 49, pág. 17; ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto, "El abuso del derecho. Estudio de Derecho comparado", *L.L.* 2/5/1990; ROTONDI, Mario, *L'abuso di diritto*, Padova, 1979; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Abuso del derecho*, Buenos Aires, 1992; varios autores, "Abuso del derecho", *RDP* n.º 16.

Los estudios doctrinarios que trataron de sistematizar la jurisprudencia, y encontrar sus raíces dogmáticas, comenzaron a fines del siglo pasado, también en Francia.

En este desarrollo de los antecedentes no puede dejar de mencionarse al Código alemán de 1900, cuyo artículo 226 considera ilícito el ejercicio de un derecho cuando no puede tener otro objeto que el de causar un perjuicio a otro, al que la jurisprudencia adosó la aplicación del artículo 826 que estima ilícito el ejercicio de un derecho contrario a las buenas costumbres, y el artículo 242 que sanciona las conductas que infringen el principio de la buena fe.

Para concluir esta revisión sumaria de antecedentes, debe apuntarse que algunos autores han dicho que en Inglaterra, y en general en los países anglosajones, no se conoce la doctrina del abuso del derecho; se suele mencionar así un caso resuelto en 1895 en el que la Cámara de los Lores rechazó una demanda entablada contra un propietario que había desviado un curso de agua que pasaba por su fundo para obtener de esa manera que sus vecinos le comprasen el predio a buen precio, con fundamento en que la intención del propietario no había sido dañar a sus vecinos sino especular con la venta de su propiedad, lo que resulta lícito. Sin embargo, se apunta que las cuestiones que en el Derecho continental europeo se solucionan con la doctrina del abuso del derecho, en el Derecho anglosajón se resuelven con figuras jurídicas situadas en otros encuadramientos, como son los actos ilícitos o la interferencia indebida en los intereses de otros.

285. CONTROVERSIA SOBRE ESTA INSTITUCIÓN

La doctrina del abuso del derecho ha sido cuestionada básicamente por tres razones: por introducir una confusión entre el derecho y la moral; por afectar la seguridad jurídica y por constituir una idea contradictoria.

La doctrina del abuso del derecho no implica confundir los límites del derecho y la moral; sino reconocer que el ejercicio de un derecho debe ser acorde con la moral, como ya lo preveía en su redacción original el Código Civil en el artículo 953 al disponer que el objeto de los actos jurídicos debe estar conforme a la moral y las buenas costumbres.

Tampoco necesariamente afecta la seguridad jurídica. La estabilidad de las relaciones jurídicas supone que ellas son constituidas y ejercidas de buena fe; por lo demás, no puede haber duda alguna de que si el valor seguridad constituye una aspiración razonable del ordenamiento, por encima de él está el valor justicia.

Por último, se dice que la idea de abuso del derecho es contradictoria, o constituye una logomaquia, como la califica Planiol, pues significaría tanto como sostener que de un derecho se puede usar pero no abusar y el derecho cesa donde el abuso comienza, porque abuso e ilicitud

son prácticamente sinónimos; de allí, afirma Planiol, esta idea del abuso del derecho no hace sino encubrir la condenación de actos cometidos más allá de los límites de un derecho. A esto se ha respondido, a nuestro juicio con acierto, que sin perjuicio de entender que el derecho no merece este nombre si con su pretendido ejercicio se comete un abuso, ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que con ello se desconoce la verdadera cuestión, que consiste en admitir que los derechos son susceptibles de abuso porque no es posible trazar de antemano los límites de su ejercicio; en muchos casos, el único límite eficaz estará en la posibilidad de juzgar la conducta del titular según los criterios objetivos de la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

286. CRITERIOS PARA DETERMINAR CUÁNDO SE ACTÚA ABUSIVAMENTE

La doctrina ha diseñado diversos criterios, que en general se han distinguido en subjetivos, objetivos y mixtos.

a) Criterio subjetivo:

Esta primera concepción vincula el ejercicio abusivo de los derechos con la idea de culpa, es decir, que el sujeto actuaría abusivamente cuando lo ha hecho con la intención de perjudicar a otro (dolosamente), y aun cuando lo haga sólo culpablemente, de modo tal que habría abuso también cuando, inclusive sin dolo, sea ejercitado de tal modo el derecho subjetivo que causa un daño a otro, si ese perjuicio pudiera haber sido evitado obrando con cuidado y previsión.

Como una variante de esta doctrina puede señalarse que algunos autores han dicho que obra abusivamente quien lo hace sin un interés legítimo o sin obtener utilidad alguna de ello. Poco agrega a lo ya expuesto de las otras ideas, ya que quien obra sin utilidad o ventaja, sólo puede hacerlo por su intención dolosa o culposa.

b) Criterio objetivo:

Es el que mayor repercusión tiene en la doctrina, legislación y jurisprudencia actuales. Expuesto por Josserand, parte de la idea de reconocer que los derechos son conferidos teniendo en miras una finalidad, por lo que los derechos pierden su carácter cuando el titular los desvía de esa finalidad que justifica su existencia. Como se dijo en uno de los primeros trabajos publicados en Francia sobre el tema, se abusa de un derecho cuando, permaneciendo dentro de sus límites, se busca un fin diferente del que ha tenido en vista el legislador; se desvía, por así decir, el derecho del destino normal para el cual ha sido creado.

Se completa el criterio objetivo cuando se afirma que también constituye ejercicio abusivo el que contraría los límites impuestos por la moral, las buenas costumbres y la buena fe.

c) Criterio mixto:

Algunos autores combinan elementos de las figuras subjetivas y objetivas, es decir tanto habría un acto abusivo cuando hay intención de dañar como cuando se desvía el ejercicio del derecho de su finalidad prevista. Como se verá, nuestra legislación actual adhiere al criterio objetivo.

287. DERECHOS ABSOLUTOS ¹⁷

Alguna parte de la doctrina, y esto ha sido también recogido por la jurisprudencia, afirma que si bien la regla general es que los derechos son relativos, existen algunos que pueden ser ejercidos incausadamente, de modo que no es posible juzgar la intención de su titular cuando los ejerce, abdicándose de este modo de la posibilidad de aplicar a estos supuestos la doctrina del abuso del derecho.

Se sostiene así que constituyen derechos que no son susceptibles de ser juzgados a tenor de la doctrina del abuso del derecho, los siguientes: el derecho a pedir la división del condominio, a solicitar la partición de una herencia, la facultad de adquirir la medianería, el derecho de testar dentro de los límites legales.

X. EL ABUSO DEL DERECHO EN EL DERECHO ARGENTINO ¹⁸

288. LA SOLUCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

Nuestro Código Civil, como la totalidad de los códigos de su época, no receptó en forma expresa la doctrina del abuso del derecho. Por el contrario, afirmó enfáticamente que el ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto (art. 1071).

289. LA JURISPRUDENCIA

Pese al dispositivo citado, la jurisprudencia reconoció en ciertos casos la existencia de un ejercicio abusivo de los derechos.

¹⁷ Bibliografía especial: RIVERA, Julio César, "Los derechos incausados", *RDPC* n° 16.

¹⁸ Bibliografía especial: FLEITAS, Abel, *El abuso del derecho*, Buenos Aires, 1944; LEONFANTI, María Antonia, *El abuso del derecho*, Buenos Aires, 1942.

Y para justificar sus soluciones limitativas del ejercicio de los derechos subjetivos, se fundó sustancialmente en el artículo 953 del Código Civil, que exige que el objeto de los actos jurídicos debe ser conforme a la moral y las buenas costumbres.

Es decir que el contenido moral que tiene el ordenamiento se proyecta más allá del dispositivo específico, extendiéndose al ejercicio de los derechos derivados de las relaciones o de las situaciones jurídicas.

Aunque la jurisprudencia es muy abundante, pueden señalarse algunos casos muy importantes. La justicia declaró que existía conducta abusiva por parte de quien pretendía la demolición parcial de un edificio porque éste había invadido unos pocos centímetros de su fundo; lo mismo en el caso en que se requirió la demolición de un ornamento del edificio vecino que avanzaba unos pocos centímetros sobre el jardín del demandante; luego si se dejaron pasar diez meses de mora en el alquiler sin demandar el desalojo ni comunicar la situación al fiador, y luego se exigió a éste el pago de toda la deuda; también cuando se pretendió resolver un contrato en razón del incumplimiento de obligaciones meramente accesorias, o cuando se pretendió también la resolución de un contrato en virtud de un breve atraso del comprador en el pago de los intereses, cuyo monto resultaba exiguo frente al 75% del precio ya pagado por el comprador y que se encontraba en posesión del inmueble; cuando el acreedor eligió para ser subastado un inmueble habitado por la esposa y los hijos del deudor en trance de divorcio y separación de bienes, pese a que la cónyuge había indicado otros bienes con los cuales podía cobrarse el acreedor ¹⁹.

Estas reglas se aplicaron también a situaciones no patrimoniales, siendo particularmente interesante la cuestión que se planteó acerca de la autorización paterna para que el hijo menor entrase en comunidad religiosa, negándose el padre indebidamente a ello, lo que fue juzgado como una conducta abusiva; del mismo modo se consideró que mediaba una conducta abusiva por parte del titular de la patria potestad, que sin razones fundamentales impedía el trato entre los nietos y los abuelos, etcétera.

290. LA CONSTITUCIÓN DE 1949

Dentro de esta evolución del derecho positivo nacional debe señalarse que el artículo 35 de la Constitución de 1949 declaró ilícito el abuso del derecho. Como es sabido, esa Constitución fue abrogada en 1955, pese a lo cual la Corte Suprema nacional resolvió que el abuso del derecho tenía adecuado reconocimiento y vigencia en nuestro ordenamiento jurídico sin necesidad de recurrir para fundarlo a precepto alguno de jerarquía constitucional.

¹⁹ Jurisprudencia sobre abuso del derecho anterior a 1968: v. notas de jurisprudencia en E.D. 22-641 y en L.L. 142-714.

291. LA REFORMA DE 1968²⁰

En el año 1968 se sanciona la ley 17.711 que importó, como se vio, un avance de las ideas renovadoras en el ámbito del derecho privado, tanto patrimonial como extrapatrimonial, y que en particular incorporó al derecho positivo el principio de la buena fe en el artículo 1198, el abuso del derecho en el artículo 1071, la lesión subjetiva en el artículo 954, instituciones todas que se encuentran vinculadas en la medida en que reflejan la idea de que los derechos subjetivos no son absolutos, sino relativos, y que deben ejercerse dentro de ciertas pautas impuestas básicamente por el principio de buena fe (v. *supra*, n° 278).

a) El artículo 1071:

El artículo 1071 del Código Civil dice entonces a partir de 1968: *“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”*.

b) Otras normas:

Es preciso puntualizar que la idea del abuso del derecho aparece robustecida cuando se trata la materia del derecho de dominio. Allí los artículos 2513 y 2514 establecían una concepción muy absoluta del mismo; el propietario, según disponía el 2513 podía degradar, desnaturalizar o destruir la cosa, y el 2514 decía que el ejercicio de las facultades inherentes al dominio no podía ser restringido al propietario aun cuando tuviera por resultado privar a un tercero de alguna ventaja, comodidad o placer, o traerle algunos inconvenientes, con tal que no atacara a su vez el derecho de propiedad de este tercero.

Actualmente el artículo 2513 dispone: *“Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular”*.

²⁰ Bibliografía especial: ALTERINI, Atilio A. - ANTÚNEZ - GOSENDE, “Ejercicio abusivo de los derechos”, *E.D.* 62-499; MOLINA, Juan Carlos, *Abuso del derecho, lesión e imprevisión*, Buenos Aires, 1969; HERNÁNDEZ, Héctor H., “Abuso del derecho y derecho subjetivo”, *E.D.* 118-949; BORDA, Guillermo A., “Reforma al Código Civil. Abuso del derecho”, *E.D.* 55-202; “El abuso del derecho, la lesión y la imprevisión en el nuevo Código Civil paraguayo”, *LL.* 1986-E-836; LAQUIS, Manuel, “El abuso del derecho y las nuevas disposiciones del Código Civil”, *E.D.* 24-931; “Desde Vélez Sarsfield hasta la actualidad (Lesión. Abuso del derecho. Imprevisión)”, *LL.* 1987-D-914; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La dialéctica entre el 1071 y el 1198, 2ª parte del Código Civil”, *LL.* 1981-A-130; SANZ, Carlos R., “Consideración en torno al abuso del derecho”, *LL.* 143-1210; para la jurisprudencia posterior a 1968 v. reseñas en *E.D.* 68-683, y en *J.A.* 1988-1-1005.

Y el 2514 expresa: “*El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuere abusivo, aunque privara a terceros de ventajas o comodidades*”.

c) Adopción del criterio objetivo:

Se advierte de la lectura del artículo 1071 que la reforma de 1968 ha seguido el criterio objetivo, es decir que considera que media ejercicio abusivo de un derecho cuando se desvía ese derecho de la finalidad que el ordenamiento jurídico ha tenido en miras al reconocerlo, o cuando se exceden los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

292. JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA REFORMA DE 1968

La reforma del artículo 1071 ha servido de pauta para la aplicación fecunda de la idea del abuso del derecho en numerosas cuestiones. Ha sido sustento de pronunciamientos que trataron de evitar que se exigiera el cumplimiento de contratos cuyo equilibrio económico había sido fracturado por los efectos de la inflación; en particular se ha sostenido que constituye un ejercicio abusivo la pretensión de escriturar un inmueble por un precio que había devenido irrisorio como consecuencia de los fenómenos inflacionarios ²¹.

Del mismo modo en algunas sentencias se ha utilizado la doctrina del abuso del derecho para anular contratos celebrados bajo sistemas de ajuste que en definitiva hacían imposible el cumplimiento del deudor; en particular se trataba de los contratos que se ajustaban por la circular 1050 del Banco Central ²².

Por lo demás se han reiterado soluciones que habían sido ya adoptadas por la jurisprudencia anterior a la reforma. Por ejemplo, la relativa al embargo de bienes con la única finalidad de perturbar o perjudicar al deudor; a título casi anecdótico puede recordarse un precedente de la Cámara Comercial de la Capital Federal que consideró que mediaba abuso en la pretensión de embargar y ejecutar un perro que no tenía ningún valor económico, ya que la intención no era otra que perturbar al deudor, desde que el precio que se obtendría, de obtenerse alguno, ni siquiera cubriría los gastos de publicidad del remate ²³.

²¹ Entre otros: CNApel. Civ., Sala B, 30/9/1977, L.L. 1978-A-596; J.A. 1978-IV-59; sobre el tema v.: VIVAS DE SASSI, M. A. - BAINOTTI, L. A., “El pago del saldo de precio en moneda desvalorizada y el ejercicio abusivo de los derechos...”, J.A. 1981-111-749; RIVERA, Julio C., “Revisión del precio en la compraventa”, *Rev. del Col. de Abog. de Mercedes*, n° 1, 1983, pág. 358.

²² CNApel. Com., Sala A, 13/7/1982, J.A. 1982-111-552.

²³ CNApel. Com., Sala A, 7/9/1973, E.D. 51-246.

293. MODO DE INVOCAR EL ABUSO DEL DERECHO ²⁴

a) *A pedido de parte:*

El abuso del derecho puede ser invocado por vía de acción, para obtener la nulidad del acto; como por vía de excepción, es decir, como una defensa frente al ejercicio irregular que se pretende por vía de acción.

b) *De oficio por los jueces:*

Un tema que ha suscitado cuestionamiento en la doctrina y en la jurisprudencia es si el abuso del derecho puede ser aplicado de oficio por los jueces. La Cámara Civil de la Capital hubo resuelto dos casos en los cuales de oficio procedió a revalorizar el precio de compraventas inmobiliarias, sin que mediara pedido del vendedor; para ello invocó que la pretensión de escriturar por el precio originariamente pactado, profundamente depreciado, importaba una conducta abusiva. Tales pronunciamientos fueron revocados por la Corte Suprema nacional, la que sostuvo la improcedencia de la aplicación del abuso del derecho por los jueces sin que mediara petición de parte ²⁵.

Tal criterio ha encontrado respuesta en una doctrina que, al menos parcialmente se muestra favorable a la aplicación oficiosa del abuso del derecho (v. Wayar - González de Prada; Venini).

Las I Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, 1981), aprobaron por mayoría una declaración según la cual "no puede aplicarse de oficio el abuso del derecho para revisar el precio de la compraventa".

Pero las IV Jornadas Científicas de la Magistratura (Mar del Plata, 1980), declararon exactamente lo contrario.

Además de los precedentes de la Cámara Civil de la Capital, algunos pronunciamientos de tribunales provinciales han hecho aplicación oficiosa del abuso del derecho ²⁶.

294. EFECTOS DE LA CONDUCTA ABUSIVA

Las consecuencias del abuso del derecho se operan en dos direcciones. Por un lado el abuso es una causa legítima de paralización del de-

²⁴ Bibliografía especial: WAYAR, Ernesto C. - GONZÁLEZ DE PRADA, María Victoria, "La función creadora del juez: aplicación de oficio de la teoría del abuso del derecho", *E.D.* 124-440; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida - PARELLADA, Carlos, "Algunos aspectos procesales relativos al ajuste del saldo de precio en la compraventa", *J.A.* 1980-IV-451; RIVERA, Julio César, "Revisión del precio en la compraventa", *Rev. Jurídica del Colegio de Abogados de Mercedes*, 1983, pág. 358; SUAREZ, R. C., "Reajuste judicial de oficio: su inconstitucionalidad", *L.L.* 1978-C-1035; VENINI, Juan Carlos, "El abuso del derecho y su aplicación de oficio por los jueces", *J.A.* 1980-111-780.

²⁵ CSN, 1/4/1980, *E.D.* 88-694, *J.A.* 1980-IV-451.

²⁶ CApel. C.C. Lomas de Zamora, Sala I, 1/2/1979, *L.L.* 1979-D-90; C5^oCC Córdoba, 3/10/1986, *E.D.* 124-441.

recho desviado de sus fines regulares, de manera que el acto jurídico obrado en tales condiciones es inválido y la acción que pueda deducirse deberá ser rechazada.

En otro aspecto, el abuso compromete la responsabilidad del titular del derecho que ejerce sus facultades abusivamente, obligándolo al resarcimiento del daño ajeno.

En este último aspecto se cuestiona en la doctrina si para que haya responsabilidad por el acto abusivo es preciso que medie dolo o culpa de quien así actúa, o si el abuso del derecho es un factor objetivo de atribución, que prescinde de la consideración de la culpa o dolo del agente.

295. EL ABUSO DEL DERECHO EN EL DERECHO COMERCIAL

Al derecho comercial argentino son aplicables, en forma subsidiaria, las disposiciones del Código Civil (art. 1º del Título Preliminar del Cód. Com.).

Por lo tanto la doctrina del abuso del derecho es aplicable a la materia comercial, y no sólo en las relaciones entre comerciantes y no comerciantes, sino también entre comerciantes o empresas.

La jurisprudencia ha admitido en numerosos casos la aplicación del abuso del derecho, incluso en las relaciones existentes entre socios de sociedades mercantiles; así se ha dicho que media una conducta abusiva cuando se modifica el estatuto social de modo de impedir a los socios minoritarios la participación en el gobierno social²⁷; o cuando se aumenta el capital de la sociedad con la única finalidad de perjudicar a los socios minoritarios, disminuyendo la importancia de su participación en el capital social²⁸, y se admite la impugnación de las decisiones asamblearias que en ejercicio de previsiones estatutarias impiden la transmisión de las acciones, si esa decisión está fundada en propósitos persecutorios o de indebida discriminación, en beneficio de los integrantes de una mayoría o en detrimento de la minoría²⁹.

a) El "abuso de la posición dominante":

En otro ámbito del derecho comercial se desarrolla la doctrina del abuso de la posición dominante. La posición dominante es la que ejerce una empresa cuando tiene posibilidad de comportamiento independiente, que la pone en condiciones de actuar sin tener en cuenta los competidores, los compradores o los proveedores; existe abuso de esa posición

²⁷ Entre otros CNApel. Com., Sala B, 6/3/1990, L.L. 3/7/1990, fº nº 88.613.

²⁸ CNApel. Com., Sala D, 22/8/1989, E.D. 12/3/1990, fº nº 42.185; si bien esta sentencia predica que en principio la decisión societaria de aumentar el capital es una cuestión de política empresarial, admite que sea revisable por el órgano judicial cuando es de arbitrariedad extrema y dañosa para otro sujeto. Esto es, cuando resulte abusiva.

²⁹ CNApel. Com., Sala C, 20/11/1989, L.L. 2/7/1990, fº nº 88.611.

cuando la empresa pretende falsear la competencia o llevar perjuicio a los usuarios o los proveedores. Esta derivación de la doctrina del abuso del derecho en el derecho empresario moderno aparece consagrada, expresamente, en los artículos 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea firmado en Roma en 1957.

b) El abuso de la posición dominante en la legislación argentina:

En nuestro derecho positivo el abuso de la posición dominante puede constituir una conducta delictiva. Así aparece tipificado en la denominada Ley de Defensa de la Competencia, 22.262, sancionada y promulgada el 1/8/1980.

De acuerdo con el artículo 1º de esa ley, están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la misma, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia, o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

El artículo 2º define qué se entiende por posición dominante, de la manera que sigue:

— una persona goza de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial;

— dos o más personas gozan de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio, no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él.

La noción de abuso de posición dominante definida por la ley 22.262, puede tener repercusiones en el ámbito del derecho privado, en tanto la misma ley afirma que los damnificados por los actos prohibidos por esta ley podrán ejercer acciones de resarcimiento de daños y perjuicios ante la justicia con competencia en lo comercial (art. 4º).

296. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

El Proyecto mantiene el texto actual del artículo 1071 agregando un párrafo que dice: *“El tribunal debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y, según las circunstancias procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”* (art. 396).

Se trata de reglamentar los efectos del acto abusivo.

El art. 397 del Proyecto de 1998, inspirado en el proyecto del PEN de 1993 redactado por la Comisión designada por decreto 468/1992, establecía que lo dispuesto en materia de abuso del derecho se aplicaría cuando se abusare de una posición dominante.

Este último tema ha dado lugar a alguna crítica ³⁰ que, en resumen, se sostiene en que el abuso de la posición dominante es materia propia del derecho de la competencia y no del más general "Derecho civil". Sin embargo, el abuso de la posición de poder es un concepto acogido en legislaciones muy modernas, como la ley francesa del 15 de mayo de 2001 sobre "nuevas regulaciones económicas" ³¹ y en el derecho australiano de las garantías ³².

³⁰ V. STRATTA, Alicia Josefina, *Apuntes sobre el proyecto de Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, 2001, n° 4, 2, 3, 2, pág. 146.

³¹ La ley del 15/5/2001 es identificada como "*relative aux nouvelles régulations économiques*" y contiene numerosas e importantes disposiciones. En lo que concierne al tema del abuso de poder se señala por los comentaristas de la ley del 15/5/2001 que, si bien había sido visto tradicionalmente como un aspecto del derecho de la competencia y, por lo tanto, como un medio de defensa de específicos intereses colectivos, ya en la ley "Galland" del 1 de julio de 1996 sobre la "lealtad y el equilibrio en las relaciones contractuales" se preveía la sanción a ciertos comportamientos independientemente de su impacto anticompetitivo, por lo que esa ley constituyó un punto de inflexión en tanto la legislación se aproxima al abuso de poder en defensa de los intereses de los contratantes débiles aun profesionales (v. GHESTIN, J. - FONTAINE, M., *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, 1996). En esta orientación, la ley del 15 de mayo de 2001 persigue reforzar la lucha contra el abuso de la dependencia económica, dándose como ejemplo *el abuso del poder de compra*. Se dice entonces que la nueva ley de 2001 se ve como una etapa complementaria en la lucha contra el abuso, lucha que se lleva a cabo contra prácticas restrictivas de la competencia pero que no exigen, para ser sancionadas, la demostración de un efecto anticompetitivo. Se trata del restablecimiento de un equilibrio en las relaciones de partes en posición de negociación desiguales y adopta una óptica civilista independiente de una apreciación de los efectos anticompetitivos: v. BELLIVIER, Florence - ROCHFELD, Judith, "Législation française en matire de droit civil", *RTDC*, 2001-3-671 y sigs. La ley del 15 de mayo de 2001 trata de los efectos de la ruptura intempestiva de las relaciones de duración, la obtención de ventajas sin contrapartida, la obtención de condiciones y obligaciones injustificadas cuando es el resultado del abuso de la dependencia económica entre lo cual se encuentra el abuso de poder de compra, etcétera.

³² V. WALLACE, A.E., "Presente y futuro de las garantías reales y personales. La posición en Australia", a publicarse en *Revista de Derecho Comparado*, Buenos Aires, n° 7 (en prensa), n° 9.3.

SEGUNDA PARTE
EL SUJETO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO VII

LAS PERSONAS ¹

I. CONCEPTO DE PERSONA

297. PERSONA Y HOMBRE; PLANTEO DE LA CUESTIÓN

Desde antaño, las distintas concepciones del término persona, enfocada la idea desde el punto de vista jurídico, pueden clasificarse en dos corrientes.

Por un lado están aquellos para quienes la persona es el hombre, y todo hombre por el solo hecho de serlo es una persona en el mundo del Derecho.

Por otro, están quienes consideran que el hombre es persona para el Derecho siempre que reúna algunos recaudos accidentales, otorgados por el mismo ordenamiento jurídico: capacidad, ciudadanía, nacionalidad, *status*. En consecuencia piensan que persona es un concepto ju-

¹ Bibliografía general: ORGAZ, Alfredo, *Personas individuales*, Buenos Aires, 1946; KROTOSCHIN, *Ensayo sobre la persona como concepto de valor en el derecho privado actual*, Santa Fe, 1960; LEÓN, Pedro, "La persona y los derechos subjetivos", *Rev. Jur. Córdoba*, oct-dic. 1947, págs. 511 y sigs.; DEMOGUE, "La notion de sujet de droit", *RTDC* 1909-631; BORREL MACIA, *La persona humana*, Barcelona, 1960; DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, París, 1960; COSSIO, "Evolución del concepto de personalidad", *RDP* 1942/749, 1943/1; GUASP, "El individuo y la persona", *RDP* 1959-3; BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976; DORAL GARCÍA, "La personalidad jurídica", *RDP* 1977/104; DE CUPIS, Adriano, "La persona humana en el derecho privado", *RDP* 1957-863; DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1939; GANGI, *Personne fisiche e persone giuridiche*, 2^a ed., Milano, 1948; FERRARA, Francesco, *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*, Lima, 1984; VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, "Algunas observaciones acerca del concepto de persona y de los derechos que le son inherentes (art. 10-1 Constitución española) desde la óptica del Derecho civil", separata de *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, Valencia, 1989; PÉREZ ALONSO, "Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el Derecho civil de España", *ADC* 1983-1121; HOYOS CASTAÑEDA, I. M., *El concepto jurídico de persona*, Pamplona, 1989; MARTIN, Raymond, "Personne et sujet de droit", *RTDC* 1981-785; HOOFT, Pedro F., "Persona y Derecho en la sociedad contemporánea", *E.D.* 9/1/1987; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Protección jurídica de la persona*, Lima, 1992; *Derecho y persona*, Lima, 1992; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Estudios de derecho de las personas*, Lima, 1990; varios autores, *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrièmes Journées René Savatier, París, 1994.

rídico, mientras que hombre es un concepto de la naturaleza. De allí que para el Derecho no todos los hombres son necesariamente "persona".

Seguidamente analizaremos con una perspectiva histórica cómo se han desarrollado las ideas sobre este punto, para luego tratar los criterios vigentes más generalizados.

Más allá de estos planteos básicos, está también la cuestión de si, además del hombre, pueden existir otras personas: colectividades de personas (asociaciones, sociedades, etc.), los seres humanos muertos, los animales; a todo lo cual nos hemos de referir más adelante.

298. EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS

a) El Derecho Romano:

En el Derecho Romano para ser considerado persona, era necesario reunir un triple *status: libertatis, civitatis y familiae*, de donde sólo era persona quien era libre, ciudadano y sujeto *sui iuris*, esto es el *pater familiae* no sujeto a la potestad de otro.

Otros eran "menos" persona, como los extranjeros o los *alieni iuris* (sujetos a la potestad del *pater*); algunos no eran persona, como los esclavos.

De todos modos esta concepción había implicado un avance: hasta las enseñanzas de los profetas de Israel y del Cristianismo, la humanidad no había entendido que el extranjero era también persona; antes de ello no era un crimen matar a quien no pertenecía a la misma comunidad. Y aun entre los bárbaros que disolvieron el Imperio romano, esta idea no tuvo una caída fácil.

b) Iusnaturalismo:

Fue la Escuela del Derecho Natural (siglos XVI - XVII) la que revitalizó la noción de persona, identificándola con el hombre. Más adelante hemos de volver sobre las ideas del iusnaturalismo, pues son las que hoy dan contenido a los criterios más aceptados.

c) La persona como concepto técnico jurídico:

Las concepciones del Derecho Romano nunca desaparecieron de los ordenamientos jurídicos. Así, en el siglo XVIII, Pothier clasificaba las personas en eclesiásticos, nobles, personas del tercer estado, siervos, nacionales y extranjeros, legítimos y bastardos, etcétera; con la colonización se distinguía entre europeos e indígenas, y aun algunos códigos civiles del siglo XIX no garantizaban a los extranjeros idéntico trato que a los nacionales (arts. 11 a 14 del Código Napoleón), (Martin).

No es extraño entonces que los siglos XVIII/XIX asistieran a un proceso de devaluación del concepto de persona, haciendo de él un instrumento técnico jurídico (Hattenhauer), y a la distinción teórica entre personas y sujetos de derecho (Martin).

Así, para Thibaut persona no era sino aquel a quien se considere sujeto de un Derecho civil; para Savigny las personas (en plural) no eran sino un elemento de la relación jurídica.

De allí al positivismo y al normativismo no hay más que un paso.

Ya hemos visto en esta obra que para el positivismo la persona no es más que un centro de imputación de normas.

Para las posiciones normativistas, la persona existe sólo en el ordenamiento jurídico. Así, entre nosotros, Orgaz dice que el hombre es ciertamente una realidad natural, mas no la persona; ésta es una categoría jurídica. Hombre y persona, sigue diciendo Orgaz, no son en consecuencia términos sinónimos, como que ambos expresan conceptos con validez dentro de campos diferentes; el hombre existe en la naturaleza, la persona sólo en el Derecho.

Es lógico entonces que el mismo Orgaz concluya en que el hombre es persona en el Derecho sólo cuando es capaz de adquirir derechos y deberes, y que esa aptitud, por ser jurídica, no le viene de la naturaleza sino del ordenamiento jurídico.

Muchos autores nacionales han estado enrolados en estas concepciones normativistas de la persona.

Se advierte enseguida que habían transcurrido más de veinte siglos para seguir concluyendo en que el hombre es persona sólo cuando se dan en él ciertos *status* (o capacidades o aptitudes), que son dadas por el ordenamiento. De allí que estas corrientes de pensamiento deban aceptar que el Derecho conozca la existencia de seres no personas (esclavos, muertos civiles, extranjeros, judíos, etc.).

d) Las desviaciones del siglo xx:

El proceso de desvalorización de la persona y su desvinculación del hombre han tenido y tienen reflejos notables en los ordenamientos jurídicos del siglo xx.

Prueba de ello son los Derechos de la Alemania nacionalsocialista y de los países comunistas.

En el régimen nacionalsocialista, la ley de ciudadanía restableció el sistema de capacidades jurídicas escalonadas, de donde se derivaba la existencia de ciudadanos de segunda clase (los nacionales alemanes de origen judío eran los principales destinatarios). Y como dice Hattenhauer, el ámbito de las no-personas se amplió considerablemente al quedar sometidos al dominio de Hitler gran cantidad de extranjeros como consecuencia de los avances territoriales de los primeros años de guerra.

No extrañaba en aquel ambiente, que el Proyecto de Código Nacional preparado por la Academia del Derecho Alemán, sustituyera la palabra persona por "el camarada"; y la noción de capacidad jurídica por la de posición jurídica. La "interdicción de la posición jurídica del camarada" era el modo de llevar a cabo el sistema de capacidades jurídicas escalonadas, pues el juez podía degradar la personalidad, declarando deshonorado a

un sujeto, y por lo tanto indigno de participar en la vida jurídica. El camarada deshonrado seguía viviendo como un simple animal de trabajo.

Los Derechos de los países comunistas tenían sobre el nacionalsozialista la ventaja de ser más embozados, pero predicaban ideas muy semejantes.

Prueba de ello son el artículo 4º del Código Civil soviético, conforme al cual “para el desarrollo de las fuerzas productivas de la tierra la república soviética *concede* la capacidad jurídica civil”, y el artículo 1º del Código Civil de la República Democrática Alemana de 1975, que decía: “La elevación del nivel cultural y material del pueblo y *la conversión de los ciudadanos en personalidades socialistas de amplia formación*, constituye una misión esencial de la sociedad socialista, misión que ha de cumplir también el Derecho civil de la República Democrática Alemana”.

299. CRITERIOS ACTUALES

a) *Todos los hombres son persona:*

A partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, se ha revitalizado la noción iusnaturalista de persona, identificada con el hombre.

La condición de humano es el único requisito necesario para ser persona; no hace falta ser nacional, ciudadano, varón o mujer, cristiano o musulmán, etcétera. Ninguna cualidad accidental puede variar la afirmación absoluta de que todo hombre es *persona*.

Esta idea se vincula directamente con la noción de igualdad que las constituciones consagran. No podría concebirse esa igualdad si pudiera el ordenamiento restringir a alguien su condición de persona.

Por lo tanto el Derecho se limita a reconocer una verdad impuesta por la naturaleza: el hombre es *la* persona, y es siempre persona.

Como consagración constitucional de esta corriente de pensamiento merece destacarse el artículo 10-1º de la Constitución española de 1978, conforme al cual: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social...*”, dispositivo al que se ha calificado de quintaesencia del orden público español (Vidal Martínez).

b) *El personalismo ético como fundamento ideológico del Derecho civil:*

Estas nociones se derivan del denominado personalismo ético al que ya hemos hecho referencia, que atribuye al hombre, precisamente porque es persona un sentido ético, un valor en sí mismo, y por ende una dignidad (Larenz). Remitimos a lo expuesto *supra*, punto 37.

300. DERIVACIONES DE LAS IDEAS PREDOMINANTES

Del reconocimiento de que todo hombre es necesariamente persona y de que éste es un concepto anterior al Derecho que el ordenamiento jurídico se limita a reconocer, se derivan determinadas consecuencias que analizaremos seguidamente:

a) Capacidad y personalidad:

De lo expuesto antes, surge que deben distinguirse ambos conceptos, para evitar la confusión en que cayeron los códigos del siglo XIX y muchos autores (entre nosotros, Orgaz).

b) Los atributos de la personalidad:

El Derecho moderno reconoce la existencia de atributos esenciales a toda persona; son el nombre, el estado, la capacidad, el domicilio y los denominados derechos de la personalidad. Su reglamentación constituye el material legislativo del derecho de las personas.

c) Los derechos de la personalidad:

Dentro de estos atributos es preciso destacar la construcción orgánica de los derechos de la personalidad (también llamados derechos personalísimos).

Se parte de la noción fundamental de la dignidad personal como valor máximo a respetar (así, el art. 10 de la Constitución española) y de él derivan los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. También la personalidad física está debidamente tutelada.

Esta materia constituirá el Capítulo XVIII de esta obra.

d) Comienzo y fin de la persona:

Numerosos ordenamientos decimonónicos dispusieron que la personalidad comienza con el nacimiento. Nuestro Código establece con sabiduría que la personalidad aparece con la concepción. Hoy la ciencia y el necesario respeto a la vida demuestran la clarividencia de nuestro codificador; pero la temática actual se centra en la protección de la vida de los sujetos concebidos y desarrollados fuera del seno materno y en la determinación de la licitud de ciertos manejos de la llamada ingeniería genética. También nos referiremos a estos temas en el Capítulo IX.

En cuanto a los muertos existe coincidencia casi generalizada en el sentido de que la personalidad concluye con la muerte; si se tutela la memoria de los fallecidos es —en principio— en orden a la protección de los derechos de sus descendientes que pueden verse afectados en su propia dignidad por la ofensa a su ascendiente, sin perjuicio del reconocimiento de un deber genérico de respeto a la memoria de los difuntos.

e) Voluntad y negocio jurídico:

Al considerar nosotros a la persona como fuente y finalidad del Derecho, destacaremos en su momento, el valor de la voluntad jurídica como fuente de derechos subjetivos y de obligaciones, esto es, su eficacia como productora de relaciones jurídicas a través de los negocios o actos jurídicos.

En cambio, los autores influenciados por las nociones positivistas, que distinguen entre persona y sujeto de derecho, amenguarán el valor de la voluntad jurídica, la que sólo tendrá eficacia como generadora de relaciones jurídicas en la medida en que el ordenamiento jurídico la autorice para ello. En este orden de ideas se dice que la voluntad jurídica tiene eficacia en la medida en que se aplique sobre un modelo jurídico, constituido a partir de reglas exteriores a la persona y que se imponen a ella; la persona se vuelve sujeto de derecho cuando la voluntad se mueve en el sentido del modelo jurídico (Martin).

Este tema se trata en el Capítulo XXV.

301. LAS PERSONAS JURÍDICAS

No sólo el hombre es persona. El Derecho ha debido reconocer que ciertas agrupaciones de hombres tienen aptitud para participar de la vida jurídica, aun cuando esa personalidad no la exige necesariamente la naturaleza de las cosas (Albaladejo).

Sobre la personalidad de las agrupaciones humanas trataremos en el Capítulo XX.

302. LOS ANIMALES

Los animales nunca son personas para el Derecho; son cosas por cuanto son irracionales, de modo que su conducta nunca puede serle imputada.

Cuando el Derecho se expresa en normas que tutelan a los animales, no los personifica, sino que impone deberes a los seres humanos en orden a los sentimientos generalizados de amor a los animales, de sensibilidad, de piedad. Y, si en algunos países, se concede acción a las organizaciones protectoras de animales, lo es en consideración a esos intereses difusos (v. *supra* n° 264), (conf. Weill - Terré).

II. EL CONCEPTO DE PERSONA EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO

303. DEFINICIÓN LEGAL. CRÍTICA

El artículo 30 dice que son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones.

La doctrina nacional en general ha criticado la inclusión de esta definición, por cuanto nada agrega al derecho positivo vigente.

304. ANÁLISIS DE LA DEFINICIÓN

La noción brindada por el artículo 30 alude al “ente” como concepto abarcativo de las personas físicas (también llamadas de existencia visible) y de las denominadas personas de existencia ideal o personas jurídicas.

Resalta la identificación de la personalidad con la idea de capacidad. En principio, el artículo 30 equipara ambas nociones: son personas quienes son capaces.

Naturalmente se está aludiendo a la capacidad jurídica, esto es, la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones.

Finalmente, algunos autores han destacado que la utilización del término “susceptibles” 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.

305. PERSONA Y HOMBRE EN EL CÓDIGO CIVIL

Lo expresado en el último párrafo del punto precedente responde a la concepción normativista que hemos desechado antes.

Cierto es que nuestra postura ha sido expresada al margen del ordenamiento positivo vigente; es más, hemos aceptado el criterio de quienes consideran que la noción de persona es un *prius* del ordenamiento, el que está al servicio del hombre.

Pero de todos modos, entendemos que nuestro Derecho en definitiva también acepta la idea de que todo hombre es persona.

Cabe partir de la Constitución Nacional, como presupuesto de todo el ordenamiento positivo. En ella, se consagra expresamente la igualdad ante la ley (art. 16), la que es extendida en favor de los extranjeros (art. 20), es abolida la esclavitud (art. 15) y se garantizan como derechos de primer rango todos los que hacen a la dignidad individual (arts. 14, 19, 18 y concordantes), los que se pueden hacer valer inclusive por vía de las garantías implícitas (art. 33).

El Pacto de San José de Costa Rica dispone expresamente que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 3º), y cabe recordar que ese documento internacional tiene jerarquía constitucional conforme al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

De allí que el resto del ordenamiento no podría, en ningún caso, desconocer la personalidad de todos los seres humanos; una solución de esa laya atentaría contra la dignidad individual y por ello sería manifiestamente inconstitucional.

Por lo demás, no puede predicarse que la solución del Código Civil sea distinta.

En efecto, en el Código Civil es persona de existencia visible todo ser nacido de madre humana (arg. art. 51), y por lo demás la capacidad es regla y la incapacidad excepción (art. 52). Por ende 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).

Cierto es que el “permitidos” del artículo 53 y el texto del artículo 31 darían la impresión de que la capacidad es *concedida* por el ordenamiento en forma más o menos arbitraria; pero ese artículo 31 proviene de una desafortunada expresión del artículo 17 del *Esboço* de Freitas, quien en los artículos 36 y 37 de ese mismo texto —fuentes del artículo 53 de nuestro Código— señala con toda claridad que la regla es que las personas son capaces y les son permitidos todos los actos y los derechos que no les fuesen expresamente prohibidos. Y en la nota al artículo 36 Freitas mismo dice: “he aquí toda 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”.

306. ANTEPROYECTO DE 1954

Es de justicia mencionar que el artículo 30 del *Anteproyecto de 1954*, respondiendo a las ideas provenientes del humanismo cristiano que inspiran las actuales concepciones, preveía el siguiente texto: “*Toda persona natural tiene aptitud para ser sujeto de derechos y de obligaciones. Sólo la ley puede privarla de capacidad jurídica, respecto de hechos determinados*”.

El *Proyecto de 1936* contenía sólo la segunda proposición (art. 22).

307. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

El referido *Proyecto* se limita a eliminar el artículo 30, como lo hacía también el Proyecto de Unificación Legislativa.

308. CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS

Nuestro Código distingue las personas de existencia visible (o personas físicas), de las personas de existencia ideal (o personas jurídicas), (art. 31).

A su vez las personas jurídicas son clasificadas en personas públicas y privadas (art. 33).

A cada categoría nos referiremos más adelante.

CAPÍTULO VIII

LAS PERSONAS FÍSICAS

I. COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE PERSONAS FÍSICAS ¹

309. *PLANTEO DEL PROBLEMA*

Éste es un tema que históricamente ha dividido la opinión de los juristas, amén de teólogos, filósofos y hombres de ciencias diversas, ya que el comienzo de la existencia de las personas físicas interesa no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también religioso, moral, ético, médico, etcétera.

Resultando evidente que la vida comienza en el seno materno, y que ese ser concebido pero no nacido reclama protección, la cuestión es determinar si ese feto puede ser concebido o no como una persona distinta a la madre que lo lleva en su cuerpo.

310. *SISTEMA DEL DERECHO ROMANO*

En el Derecho Romano se consideraba que la existencia de las personas comenzaba desde el momento del nacimiento.

Sin embargo, se protegía la vida concebida en el seno materno mediante ciertas medidas, como las autorizadas por nuestro Código Civil en su artículo 67; y por lo demás, si el niño nacía con vida, su existencia se computaba, en cuanto a sus derechos, desde el momento de la concepción.

311. *EVOLUCIÓN*

a) Criterio de Savigny:

Según este autor al proteger al concebido el Derecho está tutelando una ficción, ya que si bien ese sujeto carece de capacidad, la ley lo am-

¹ Bibliografía general: la citada en la nota 1 del Capítulo VII, También: CIFUENTES, Santos, "El *nasciturus*. La persona por nacer", E.D. 15-956; LLOVERAS DE RESK, M. E. - BERTOLDI DE FOURCADE, M. V. - BERGOGLIO, M. T., *Lecciones de Derecho civil*, Córdoba, 1987.

para concediéndole ciertos derechos en su exclusivo favor; por lo tanto, esa ficción, que ha sido creada en interés del *nasciturus*, sólo a él aprovecha.

b) Criterio de los códigos decimonónicos:

La mayor parte de los códigos decimonónicos, y aun los sancionados en este siglo, siguieron las enseñanzas de Savigny y la tradición que provenía del Derecho Romano. Por lo que consagraron la regla según la cual la existencia de la persona comienza con el nacimiento.

Sin embargo, al igual que sus modelos, han tenido que reconocer la adquisición de derechos y por ende una cierta capacidad jurídica en estos sujetos que se encuentran concebidos pero aún no nacidos (Código Napoleón, arts. 725 y 906; alemán, art. 1º; italiano, art. 1º; mejicano, art. 2º; venezolano, art. 17; español, art. 29).

Se ha achacado a esta concepción incurrir en una grave incoherencia, pues se otorgan derechos sin que exista sujeto, sin que exista una persona que sea soporte de ellos.

c) Criterio de Freitas:

Freitas se apartó de los modelos de la época, al establecer que la existencia comienza desde la concepción.

Antecedente de esta solución del jurista brasileño fue el artículo 10 de la primera parte del Título I del Código de Prusia, según el cual los derechos comunes a la humanidad pertenecen a los hijos aún no nacidos desde el momento de su concepción.

En cuanto al fundamento de su solución, es expresada por Freitas en la nota al artículo 221 del *Esboço*. Dice allí: "No se concibe que haya ente susceptible de adquirir derechos sin que haya persona. Se atribuyen derechos a las personas por nacer... si los que deben nacer son representados dándoseles curador, que se ha denominado curador al vientre, es forzoso concluir que existen ya y que son personas, pues la nada no se representa". Y más adelante continúa: "Si los que deben nacer no son personas, ¿por qué razón existen leyes penales y policiales que protegen su vida preparatoria?, ¿por qué motivo se pune el aborto?, ¿por qué motivo no se ejecuta la pena de muerte en la mujer embarazada y tampoco se la juzga en el caso de que merezca dicha pena sino cuarenta días después del parto?".

312. SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL

Nuestro Código, con una visión profunda y humanista, siguiendo en el tema el criterio de Freitas, establece en el artículo 70 que comienza la existencia de las personas desde su concepción en el seno materno.

Esta posición ha sido cuestionada por alguna doctrina, con fundamento en que ello importa confundir persona con vida humana (Orgaz).

La posición de Orgaz en esta materia resulta coherente con su noción normativista de personas a la que hemos hecho referencia (*supra*, n° 298 c).

Como nosotros nos hemos enrolado en la idea de que todo hombre es persona, consideramos que la solución del Código es la apropiada.

Cabe apuntar que en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003, la posición de Orgaz resurgió en algunas ponencias que de *lege ferenda* propusieron que la persona comience su existencia desde el momento del nacimiento, sin perjuicio de que existan medidas protectoras de la vida intrauterina; aunque no dejó de ser una posición marcadamente minoritaria.

313. PROYECTOS DE REFORMA

Los proyectos de reforma nacionales han seguido unánimemente el criterio del Código Civil. El Proyecto de Código Civil de 1998 dispone que “la existencia de las personas humanas comienza con la concepción” sin distinguir entre la concepción uterina o extrauterina.

314. PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por nuestro país, determina también que la existencia de las personas comienza desde la concepción (art. 4^º), y los países signatarios deben adecuar su derecho interno a lo previsto en la Convención (v. las conclusiones de la IX Conferencia Nacional de Abogados, Bariloche, 1989).

Por lo demás, algunas constituciones provinciales argentinas también han reconocido expresamente este principio.

314 BIS. LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ²

Uno de los temas más espinosos que abordó la Convención Constituyente de 1994 fue el del comienzo de la vida por la incidencia que una definición de la Constitución hubiese tenido sobre la cuestión del aborto.

De allí que finalmente se incorporó un texto que atribuye al Congreso de la Nación la competencia para: “*Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemen-*

² Bibliografía especial: BARRA, Rodolfo Carlos, *La protección constitucional del derecho a la vida*, Buenos Aires, 1996.

tal, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia” (inc. 23, art. 75 CN).

Se trata de un texto de compromiso en el que la idea de inicio de la vida y protección de la persona por nacer desde la concepción, ha sido sustituida por la tutela desde el embarazo, condición que obviamente es de la madre y no del *nasciturus*.

Ello no obsta a que ciertas interpretaciones tiendan a equiparar —a los efectos jurídicos— los términos concepción y embarazo (Barra) y se sostenga que de todos modos la protección constitucional de la vida desde la concepción encuentra fundamento en el ya citado Pacto de San José de Costa Rica, que tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

314. TER. LEY 23.849

La ley 23.849, que ratificó la Convención de Derechos del Niño, dispone en su art. 2º que “...debe interpretarse por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años”.

315. LA CUESTIÓN DE LA FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA

Es innegable que la redacción o interpretación literal del artículo 70 resulta insuficiente frente a los procesos de fecundación extracorpórea que se han transformado en una realidad incuestionable que, paulatinamente, va adquiriendo mayor extensión.

Ya la concepción no acaece necesariamente en el seno materno, sino que puede producirse con la ayuda de técnicas científicas cada vez más sofisticadas.

Ello plantea la cuestión del *status* jurídico del embrión hasta el momento de su implantación en el útero materno.

La respuesta que se dé a este interrogante adquiere enorme trascendencia por cuanto de ella dependerá que lo consideremos una cosa (art. 2311 del Cód. Civ.) o una persona física (arts. 30, 51 y 70 del Cód. Civ.), con la consecuencia de enormes diferencias que implica la subsunción de una u otra categoría; y aun podrían adoptarse soluciones intermedias.

Éste y otros temas vinculados con la influencia de la genética y el Derecho son tratados en el Capítulo IX, al que remitimos.

316. CONDICIÓN DEL NACIMIENTO CON VIDA

El artículo 70 luego de establecer que la existencia de las personas comienza con la concepción, y que antes de su nacimiento ellas pueden adquirir algunos derechos, puntualiza: “*Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre*”.

A esta condición del nacimiento con vida, nos referimos más adelante, punto 323.

317. DETERMINACIÓN DEL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN

Tal como lo dejamos expuesto precedentemente, según la doctrina del codificador —que sostiene y apoyamos como esencial en nuestro ordenamiento— la persona física o humana comienza a existir en el mismo momento de la concepción.

Para evitar conflictos sobre cuándo se ha producido la concepción, lo cual puede tener relevancia para resolver distintas cuestiones, la ley civil proporciona una regla.

En efecto, el artículo 76 dice que la época de la concepción de los nacidos vivos queda fijada entre el máximo y el mínimo de la duración del embarazo; para señalar a continuación en el artículo 77, que el máximo de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta días, excluido el día del nacimiento.

De tal forma, sin contabilizar el día del alumbramiento, se cuentan trescientos días hacia atrás y luego ciento ochenta días, también hacia atrás. En el período de ciento veinte días que hay entre uno y otro término, la ley presume que se ha producido la concepción.

a) Carácter de la presunción³:

Esta presunción que el Código Civil establecía como absoluta ha sido modificada por la ley 23.264, que la ha convertido en presunción relativa, o sea susceptible de quedar desvirtuada por prueba en contrario (art. 77). Ello puede encontrar justificación en que los avances científicos permiten hoy producir una prueba que era impensable en la época de la sanción del Código Civil.

b) Importancia:

La determinación del momento de la concepción resulta de suma importancia ya que de él depende no sólo la tutela de la persona, sino también —en forma específica— el estado de familia del nacido, la determinación de la paternidad, su vocación hereditaria, la suerte de las donaciones que puedan haberse hecho a su nombre antes del nacimiento, etcétera.

Algunas cuestiones aparecen expresamente resueltas en la ley.

Así, el artículo 243, reformado por la ley 23.264 dispone: “*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación, divorcio o a la separación de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio, salvo prueba en contrario*”.

³ Bibliografía especial: MEDINA, Graciela, “La ley 23.264: incidencia en la parte general del Derecho civil”, en RIVERA, Julio César, *Derecho Civil - Parte General - Temas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, págs. 248 y sigs.

Por su lado, el artículo 244, también reformado por la ley 23.264, establece: *“Si mediaren matrimonios sucesivos de la madre se presume que el hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y dentro de los ciento ochenta días de la celebración del segundo, tiene por padre al primer marido; y que el nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo tiene por padre al segundo marido. Las presunciones establecidas en este artículo admiten prueba en contrario”*.

Huelga resaltar entonces la importancia que ello tiene no sólo a fin de determinar la filiación del nacido, con la consecuente carga de derechos y obligaciones que la patria potestad impone a quien resulta ser el padre, sino también para determinar la consecuente vocación hereditaria del recién nacido.

Por otra parte, tal como veremos más adelante, la persona por nacer puede ser titular de derechos recibidos por herencia o donación, siempre y cuando que a la fecha de deferirse la herencia, o formalizarse la donación, aquél se encontrase ya concebido.

318. LEGISLACIÓN COMPARADA

Debemos acotar que este sistema de presunciones ha sido generalmente seguido por la legislación comparada, aunque con ligeras variaciones en más o menos, referidas esencialmente al término máximo del embarazo (el Código alemán fija en trescientos dos días mientras el peruano lo hacía en trescientos cuatro días), con lo que aumenta correlativamente el periodo presumido de la concepción.

318.1. LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO EN QUE SE PRODUCE LA CONCEPCIÓN

El régimen de las presunciones legales, universalmente aceptado como decíamos en el número precedente, se sostiene en la imposibilidad de determinar cuándo se produce efectivamente el comienzo de una nueva vida en el seno materno. Obviamente este sistema de presunciones tenía, además, una finalidad limitada: determinar la filiación del concebido y eventualmente sus derechos hereditarios (y excepcionalmente otros que puede adquirir durante la gestación).

Pero el desarrollo científico ha permitido avanzar notablemente en el conocimiento de los procesos que se desarrollan en el seno materno. Así hoy es claro para todos que desde que los gametos se unen comienza un “proceso”, de cuyos estadios fundamentales uno es la anidación (el óvulo fecundando “anida” en el útero materno), hecho que ocurre a los catorce días de aquella unión. Luego se produce la formación del surco neural y, según se afirma, a partir de allí existe un sujeto claramente diferenciado.

Todo ello genera dudas enormes en el mundo jurídico, respecto de dos grandes temas: cuándo existe realmente una vida distinta, individual; y desde cuándo esa vida reclama el reconocimiento como persona para el derecho.

a) *Sistematización de los criterios* ⁴:

Los criterios pueden ser expuestos de la manera siguiente

— *Fecundación*: considera que la concepción se produce una vez penetrado el óvulo por el espermatozoide pues a partir de ese momento surge una nueva vida, distinta a la de sus progenitores, titular de un patrimonio genético, inédito y distinto. Por lo tanto, desde este momento esa nueva vida merece la protección del derecho y el reconocimiento de la existencia de una persona, de acuerdo con el régimen legal argentino.

— *Anidación*: se afirma que existe un salto cualitativo en el desarrollo del cigoto o preembrión y que el mismo está dado por su fijación en el útero materno, hecho que se produce a los catorce días de la fecundación. Hasta ese momento el núcleo puede dividirse y formar gemelos monocigóticos o univitelinos, o bien fundirse con otro u otros y constituir quimeras o mosaicos genéticos. Por otra parte el 50% de los óvulos fecundados no anidan, por lo cual no resulta lógico admitir que exista vida humana hasta ese momento. En esta orientación se dice que “la concepción se entiende hoy día como el momento en que el óvulo fecundado anida en el útero materno, dando lugar a la gestación y al proceso de diferenciación celular, significado este desconocido por Vélez... con el que deberá interpretarse ahora el citado artículo 63 del Código Civil”. De allí deriva la conclusión de que “el embrión carece de *status* legal y moral como persona o ser humano, por lo menos hasta los 14 días a contar de la fecundación en que concluye el proceso de anidación y comienza la diferenciación celular en el embrión ya que antes de este término puede no anidar, transformarse en una mola o tumor o subdividirse gemelariamente” ⁵. Hasta ese momento nos encontraríamos entonces con un preembrión que, si bien es “vida humana” y por ello debería tener un reconocimiento moral suficiente, no alcanza a ser una persona por nacer o persona física

— *Formación de los rudimentos del sistema nervioso central*: esta teoría expone que estamos ante un ser viviente que tiene una pauta selectiva específicamente humana, más allá de su composición genética, recién en el momento en que aparecen los rudimentos de lo que será la corteza cerebral, que se produce con la presentación del surco neural. Es

⁴ Seguimos la exposición de QUIAN ZAVALÍA, Santiago, “Sobre el comienzo de la existencia de las personas”, E.D., diario serie especial “Derecho penal y política criminal”, 7/5/2001.

⁵ ARRIBERE, Roberto, “El comienzo de la existencia de la persona humana ¿un tema sin solución en la República Argentina”, ponencia a las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003, *Libro de Ponencias*, pág. 50.

un proceso que comienza al décimo quinto día de la fecundación y dura hasta el cuadragésimo. Otra vertiente de esta idea es que recién con la emisión de impulsos eléctricos cerebrales verificables puede estimarse que se ha iniciado la vida específicamente humana lo que se produce a las ocho semanas de la evolución embrionaria. Esta tesis, como otras que postergan aun más la existencia de una persona propiamente dicha, son sostenidas en países abortistas y no tienen repercusión significativa en el derecho privado argentino.

b) Efectos prácticos de la distinción:

Los efectos prácticos de determinar cuándo se produce la concepción y por ende cuándo existe un ser humano diferenciado, tiene algunas connotaciones prácticas muy importantes. Una de ellas se vincula a los embriones gestados fuera del seno materno, esto es, en un mecanismo de fecundación extracorpórea; este tema lo tratamos en el capítulo siguiente.

Otra cuestión obviamente es la utilización de dispositivos (como el DIU) o medicamentos que impiden la anidación del huevo fecundado (la "píldora del día después". Esta cuestión la tratamos en el número que sigue.

318.2. *DISPOSITIVOS O MEDICAMENTOS QUE IMPIDEN LA ANIDACIÓN*

Se han desarrollado algunas drogas que impiden la anidación del huevo en el útero materno; son conocidas en general bajo la denominación vulgar de "píldora del día después", pues se usan en un momento posterior a haber tenido relaciones sexuales "sin protección contra el embarazo".

Si se considerara que la concepción se produce en el momento mismo de la fusión de los gametos, podría llegar a afirmarse que el impedir la anidación sería una forma de provocar la muerte del ser concebido.

En nuestro país la cuestión llegó a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia en el caso "El Portal de Belén" ⁶, asociación civil que interpuso un amparo contra el Ministerio de Salud de la Nación para que se impidiera la venta de un fármaco llamado Inmediat, el cual actuaría según el prospecto que lo acompañaba "modificando el tejido endometrial produciéndose una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación (del óvulo)".

La sentencia de 1ª Instancia Federal de Córdoba había hecho lugar al amparo, pronunciamiento que había sido revocado por la Cámara ⁷.

⁶ CSN, 5/3/2002, L.L., 2002-B-520, E.D., 197-15 con nota de BADENI, Gregorio, "Derecho a la vida". Véase MEDINA, Graciela, "Bioética, libertad sexual y derecho", en *Revista de Derecho de Familia*, nº 21, pág. 91.

⁷ V. HERNÁNDEZ, Héctor, "Abortismo pretoriano", E.D., 190-589.

La Corte resolvió por mayoría anular la sentencia de la Cámara y admitir el amparo.

Sostuvo la Corte que ese efecto descripto... “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).

La sentencia ha dado lugar a debate. Bidart Campos, por ejemplo, ha señalado que se trata de una sentencia peculiar, en tanto tiene efectos *erga omnes*; en ella no se ha analizado la legitimación de la asociación civil que propone el amparo; y es dudosa la vía elegida por no existir realmente certeza acerca del carácter abortivo del medicamento ⁸.

Nosotros hemos sostenido que la sentencia da por ciertos hechos que son materia de discusión científica, como cuál es el momento en que existe un sujeto diferenciado (como vimos uno de los criterios propuestos es el de la anidación). En la segunda edición de esta obra decíamos: “Así, en el plano de las disciplinas médicas, la American Fertility Society a través de su comité de ética, emitió un informe en 1986; allí distingue el preembrión del embrión. La etapa preembrionaria se extiende —según este informe— hasta el día catorce contado desde la fertilización, momento en que se forma el surco neural. Recién habría un individuo humano después de transcurrido el tiempo mencionado. Se sostiene que antes de ese plazo la individualidad no se encuentra asegurada. Sigue un criterio semejante con respecto al plazo de los catorce días el informe de la Comisión Warnock (Inglaterra), el de la Comisión Waller en Australia, y la propuesta del Consejo de Europa.

Esta tesis parte de considerar el caso excepcional de gemelos monocigóticos, que se forman por la división de un solo embrión, la que puede suceder a los catorce días, de donde se desprende que antes de tal fecha no se puede predicar la característica de individualidad” ⁹.

De donde la Corte Suprema argentina ha dado como verdad científica lo que sin duda constituye un tema polémico, en el cual el Tribunal no puede optar por una u otra tesis. No parece posible zanjar por sentencia una discusión científica.

⁸ BIDART CAMPOS, Germán, “Un amparo exitoso que deja algunas dudas en un tema conflictivo: ¿porqué?”, *L.L.*, 7/5/2002. En contra: BADENI, *op. cit.* en la nota precedente; BARRA, Rodolfo, “La comercialización de medicamentos de efectos abortivos y la obligación del Estado de preservar la vida del por nacer”, *E.D.*, 197-591.

⁹ En el n° 351 de la 2ª ed. de esta obra.

Y además de las objeciones obvias y ostensibles a la vía elegida, que debieron haber conducido al rechazo del amparo, lo cierto es que la sentencia constituye una injerencia tremenda en la esfera de decisión de las parejas que tienen relaciones sexuales y pueden pretender legítimamente no concebir un hijo. Si lo que propiciamos es una comunidad liberal, el Estado no debe entrometerse en estas cuestiones, y menos limitando la libertad de las personas para elegir la vía más apropiada para el desarrollo de su personalidad.

En la misma idea, Graciela Medina afirma: "...las formas como los individuos organicen su *sexualidad*, y su *capacidad reproductiva*, son actos que no pueden ser motivo de ordenación jurídica porque son actos meramente internos que hacen a su vida privada los cuales no pueden ser ordenados por la justicia, y no trascienden de la interioridad de los sujetos, en tanto y en cuanto sean ejercidos libremente y por personas capaces... No se puede imponer coactivamente a toda la población el ordenamiento de su sexualidad, ni la utilización de los métodos de contracepción que una determinada religión (ni aún cuando esta fuera la mayoritariamente aceptada por la población) considera éticos, ya que una imposición de esta naturaleza sería violatoria del derecho a la vida privada de los individuos"¹⁰, así como del derecho a elegir las vías que consideren más apropiadas para el libre desarrollo de su personalidad.

Señalamos que con posterioridad, el mismo tribunal de 1ª Instancia Federal de Córdoba prohibió cautelarmente la comercialización del "dispositivo intrauterino" comúnmente conocido como DIU. Pero esa sentencia nunca llegó a ejecutarse pues aparentemente la asociación civil promotora de la acción no habría satisfecho la contracautela fijada por el tribunal.

319. EL EMBARAZO. SU VERIFICACIÓN

El embarazo es el período de gestación que corre entre la concepción y el nacimiento, y durante él pueden suscitarse cuestiones litigiosas referidas tanto a la protección e interés del feto, como a terceros.

Por ello el artículo 65 dispone que el embarazo se tendrá por reconocido con la sola denuncia que del mismo realice la madre embarazada, el padre de la criatura y las partes interesadas que el artículo 66 enuncia de la siguiente manera: "*Son partes interesadas para este fin: 1) Los parientes en general del no nacido, y todos aquellos a quienes los bienes hubiesen de pertenecer si no sucediere el parto, o si el hijo no naciera vivo, o si antes del nacimiento se verificare que el hijo no fuera concebido en tiempo propio; 2) los acreedores de la herencia; 3) el Ministerio de Menores*".

Así resuelve el codificador una materia que en la antigüedad hacía pasible a la mujer de una serie de medidas de contralor tendientes a

¹⁰ MEDINA, Graciela, *Bioética, libertad sexual y derecho*, citado.

comprobar la efectividad del embarazo, las que en nuestro ordenamiento quedan expresamente vedadas a tenor de lo dispuesto por los artículos 67, primera parte, y 78.

Resulta lógico que así sea, por cuanto el embarazo es el segmento visible del período de gestación cuya efectividad se apreciará no sólo por los cambios físicos de la madre, sino por el infalible hecho del nacimiento que permite conocer la realidad de la denuncia eventualmente realizada, así como fijar el momento de la concepción a través de las presunciones antes analizadas.

La madre, el padre y los parientes en general del recién nacido, son quienes en mejores condiciones están de conocer acerca de la gestación, y también de proveer lo necesario para el cuidado de los intereses de la persona por nacer.

El nacimiento de esa persona por nacer puede acarrear consecuencias patrimoniales para esos mismos parientes, que puedan verse postergados, y aun excluidos, de la herencia.

En efecto, por el juego de los artículos 3565, 3567, 3570, 3571 y 3585, el hijo del causante excluye de la sucesión a los ascendientes y parientes colaterales de aquél.

De allí, el interés de los mismos en la denuncia del embarazo a fin de evitar una suposición o sustitución de parto que pueda preterirlos en la herencia.

En cuanto a los acreedores de la herencia a que se refiere el artículo 66 inciso 2º del Código Civil, si bien su crédito no habrá de verse afectado por el nacimiento, su interés radica en no diferir el ejercicio de sus acciones hasta el alumbramiento, por lo que quedan legitimados para efectuar aquella denuncia, y provocar la asunción de los representantes de la persona por nacer, con quienes ventilará el pertinente reclamo, aun antes del nacimiento.

El artículo 66, inciso 3º, prevé la posibilidad de que dicha denuncia sea formulada por el Ministerio de Menores, por ser éste representante promiscuo de los incapaces (arts. 59 y 491).

320. MEDIDAS DE VERIFICACIÓN DEL PARTO

a) Origen de la cuestión:

En el Derecho Romano, y también en las Partidas, se autorizaba la adopción de una serie de medidas tendientes a evitar la simulación, supresión o sustitución de parto, las que tendían a someter a la parturienta a un riguroso contralor. Así, la embarazada podía ser depositada en casa de mujer honesta, ser revisada por tres parteras designadas por el marido; en el momento del parto debían estar encendidas tres luces y no podían estar presentes más de diez mujeres libres o esclavas.

Estas tenían por objeto evitar posibles fraudes, tales como:

— la simulación o suposición del embarazo y suposición de parto; la mujer puede aparentar un embarazo y simular un parto, haciendo aparecer como hijo propio a quien no lo es;

— la supresión del parto, consistente en ocultación del hijo nacido, o su eliminación por el aborto punible, infanticidio u homicidio;

— la sustitución de parto; el hijo nacido muerto es sustituido por otro niño que aparece como propio.

b) La cuestión en el Código Civil:

En el artículo 78, última parte, el legislador veda expresamente y en forma generalizada la adopción de este tipo de medidas o acciones tendientes a verificar el parto, pero luego introducía, a través de los artículos 247 y 249 una solución totalmente diversa, lo que provocaba posiciones encontradas en la doctrina.

En efecto: el artículo 67 dice que *“Las partes interesadas aunque teman suposición de parto, no pueden suscitar pleito alguno sobre la materia, salvo sin embargo el derecho que les compete para pedir las medidas policiales que sean necesarias”*.

Por su lado el artículo 247 expresaba: *“La mujer que, muerto el marido, se creyese embarazada, debe denunciarlo a los que, no existiendo hijo póstumo, serían llamados a suceder al difunto. Los interesados pueden pedir todas las medidas que fuesen necesarias para asegurar que el parto es efectivo y ha tenido lugar en el tiempo en que el hijo debe ser tenido por legítimo”*. El artículo 249 da la misma solución para el supuesto de la mujer recién divorciada que se creyese embarazada, atribuyendo a ésta la obligación de denunciar tal estado al juez o a su marido, pudiendo éste pedir las diligencias necesarias.

c) Diversidad de fuentes:

La disimilitud de soluciones para un mismo supuesto, surgía de la diversidad de fuentes tenidas a la vista por el codificador. El artículo 67 está tomado de Freitas, mientras que los artículos 247 y 249 seguían al Código Civil chileno.

d) Posibles soluciones:

Una parte de la doctrina, encabezada por Llambías, pregona que como principio general había de estarse al fijado por el artículo 78, admitiendo la solución de los artículos 247 y 249 del mismo Código únicamente para los casos en ellos previstos, habida cuenta de que de tal forma se seguía el sistema fijado por el propio legislador en una normativa que, más allá de las apariencias, no resultaba contradictoria.

Otra parte de la doctrina (Salvat, Orgaz y Spota, entre otros), opinaba que —lisa y llanamente— debían desestimarse las soluciones de los artículos 247 y 249, por resultar violatorias del principio sentado en el

artículo 78, que protege el decoro y la intimidad de la mujer en un momento tan particular y trascendente como el del parto.

Finalmente Busso, Lafaille y Borda, entre otros, sostenían que si bien el principio general está fijado en el artículo 78, debía dejarse al criterio de los jueces la posibilidad de adoptar las medidas autorizadas por los artículos 247 y 249 del Código Civil.

Ello así por cuanto, habida cuenta del ámbito asistencial donde se desarrolla el proceso del parto, no habría de resultar violento ni desdorado para la mujer el hecho de la presencia de un perito médico designado por el juez.

De tal forma, se conjugarian con la mayor amplitud las disposiciones legales citadas, especialmente en cuanto con ellas se tienda a impedir la comisión de delitos de estado o contra la persona por nacer.

e) Derogación de los artículos 247 y 249:

La ley 23.264 ha derogado las previsiones de los artículos 247 y 249.

Con ello se desembaraza al Código de la contradicción antes apuntada y despeja cualquier duda acerca de la imposibilidad de adoptar este tipo de medidas.

Ello sin perjuicio, naturalmente, de las medidas que puedan adoptarse para la prevención de delitos, como lo preveía el mismo Vélez Sarsfield en la última parte de la nota al artículo 65.

II. CONDICIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA POR NACER ¹¹

321. DERECHOS DE LOS QUE PUEDE SER TITULAR

La personalidad jurídica de los sujetos concebidos pero no nacidos, acarrea su consiguiente capacidad jurídica, que el codificador les reconoce en el artículo 64, conforme al cual "tiene lugar la representación de las personas por nacer siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia". Criterio robustecido por el artículo 70, que establece que las personas "antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido."

Del mencionado artículo 64 puede concluirse que el *nasciturus* tiene capacidad de derecho para adquirir bienes a título gratuito, por actos entre vivos o *mortis causae*.

Pero la doctrina considera, pacíficamente, que esa capacidad excede del marco impuesto por el artículo 64. A continuación enunciaremos algunos casos aducidos por los autores y la jurisprudencia.

¹¹ Bibliografía especial: MEMETAU, G., "La situation juridique de l'enfant conçu", *RTDC* 1990-617.

a) *Derechos adquiridos por donación o herencia:*

Esta fuente de derechos aparece admitida expresamente en el artículo 64. Al referirse a la herencia comprende a todo título de transmisión *mortis causae*, por lo que el sujeto por nacer puede ser heredero legítimo, testamentario o legatario.

Del mismo modo pueden considerarse comprendidos los derechos que le sean atribuidos en virtud de cargos impuestos a otros herederos o legatarios. La hipótesis se subsume también en el artículo 64 que interpretado con amplitud abarca todos los casos de adquisición a título gratuito (Borda, Llambías).

b) *Alimentos:*

El *nasciturus* puede reclamar alimentos a sus padres, lo que hará por vía de la representación prevista en el artículo 57 —conferida en principio a los padres— o del Ministerio de Menores (art. 59) (v. *infra*, n° 398).

c) *Acción de reconocimiento de filiación:*

Conforme al artículo 254, reformado por la ley 23.264, los hijos pueden reclamar judicialmente la filiación extramatrimonial contra aquel que consideren su padre o su madre. Durante el régimen anterior a la reforma se entendía que la ley autorizaba al concebido a ejercer la acción contra su padre extramatrimonial, representado por su madre. No existen razones para apartarse de ese criterio.

Asimismo el padre podrá reconocer al hijo durante la concepción (arg. art. 248, reformado por la ley 23.264).

d) *Derechos otorgados por leyes laborales y sociales:*

En los casos en que las leyes laborales prevén indemnizaciones en favor de los derechohabientes de un trabajador, como sucede en la Ley de Accidentes y en la Ley de Contrato de Trabajo, deben ser considerados como tales las personas concebidas al tiempo del fallecimiento.

e) *Acciones de daños y perjuicios:*

La persona por nacer es titular de una acción de daños y perjuicios si se comete un hecho ilícito del que resulta víctima una de las personas obligada a prestarle alimentos (Cifuentes, Orgaz, Borda, Llambías), siempre que pueda invocar un daño personal. La solución es admitida de manera semejante en otros ordenamientos jurídicos ¹².

Naturalmente también puede reclamar daños y perjuicios si ha sufrido un daño como consecuencia de un ilícito cometido contra su madre

¹² Conf. CHARTIER, Yves, *La réparation du préjudice*, Paris, 1983, n° 197.

durante la gestación. Así se ha resuelto en otros países ¹³. Y una corte australiana admitió una acción contra la madre promovida por el hijo nacido minusválido como consecuencia de un accidente de tránsito en que el daño se produjo, seguramente entre otras causas, porque la madre embarazada no llevaba ajustado el cinturón de seguridad ¹⁴. También en algunos precedentes europeos y en la doctrina se ha planteado la posibilidad de que los hijos puedan demandar a los padres por enfermedades o discapacidades causadas por enfermedades o taras conocidas por los padres al tiempo de la concepción.

f) Seguro:

Las personas por nacer pueden ser beneficiarias de un contrato de seguro de vida, así como de cualquier otro derecho que emane de estipulaciones hechas por terceros.

g) Acciones judiciales:

A todos los derechos corresponde una acción para hacerlos valer en justicia (v. *supra*, n° 274). Por lo tanto, el concebido tiene derecho a demandar judicialmente para hacer efectivos los derechos de que resulte titular. Así se ha admitido en nuestros tribunales que la persona por nacer puede promover el juicio sucesorio de su padre extramatrimonial ¹⁵.

322. OBLIGACIONES

En punto a su capacidad para obligarse, la opinión mayoritaria la limita a las obligaciones que hagan a los derechos de que aquélla sea titular, tal por ejemplo, la obligación de pagar los impuestos que graven el inmueble recibido.

Sin embargo, Llamás adopta una posición más amplia sobre la base de lo dispuesto por el artículo 53, que permite a las personas físicas todos los actos y derechos que no le sean prohibidos por la ley.

A partir de allí, siendo la persona por nacer incapaz absoluto de hecho (art. 54, inc. 1°), la cuestión se resuelve a través de las facultades de que disponen sus representantes para suplir tal incapacidad.

Actuando el representante dentro de las facultades que le son propias en el marco de la ley, las obligaciones que en tal virtud haya contraído, comprometen la responsabilidad del incapaz.

¹³ Bibliografía especial: EDER, P. J. - UÑO, F. D., "Responsabilidad civil por daños prenatales en el Derecho de los Estados Unidos y comparado", *L.L.* 67-878.

¹⁴ Sentencia del 1/8/1991 de la cual se da noticia en *RTDC* 1991-706.

¹⁵ *Cam. 1ª Civ.*, 21/7/1937, *J.A.* 59-144.

323. *CONDICIÓN A QUE SE HALLAN SUJETOS LOS DERECHOS DE LA PERSONA POR NACER*

Hemos visto que el sujeto concebido es una persona (art. 70), y goza por ello de capacidad de derecho, la que no reconoce otros límites que los ordinarios que correspondan a cualquier persona.

Sin embargo, tanto esa personalidad, como los derechos de que es titular el *nasciturus* no son perfectos sino que se encuentran sometidos a la condición resolutoria de su nacimiento con vida (art. 70).

De allí que el artículo 74, disponga que “...*si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido*”.

Es decir que si el feto es expulsado sin vida o muriese durante el parto, se reputará que la persona nunca ha existido.

324. *EFFECTOS DE LA CONDICIÓN*

Si la persona nunca ha existido, no puede operarse por su intermedio ninguna transmisión de derechos, ni se producirán los efectos relativos a la filiación, al estado civil, a la herencia, etcétera.

324.1. *PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998*

El Proyecto conserva el sistema del Código, de modo que los derechos y obligaciones que el concebido adquiere quedan irrevocables al nacer con vida, y si esto no sucede, se considera que la persona nunca ha existido. El Proyecto agrega: “el nacimiento con vida se presume” (art. 17).

325. *EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE QUE ES TITULAR LA PERSONA POR NACER*

Existe una total imposibilidad material para que la persona por nacer asuma por sí misma el ejercicio o cumplimiento de aquéllos. Por ello es que el artículo 54, inciso 1º, lo incluye entre los incapaces de hecho absoluto.

Según el artículo 57, inciso 1º, los padres son sus representantes y, en su defecto, lo son los curadores que judicialmente se le nombre.

Serán entonces tales representantes quienes realicen la gestión de los derechos y obligaciones de que sea titular el incapaz, aplicándose las normas fijadas en los artículos 264 y siguientes y 485 y siguientes del Código Civil (v. *infra*, nº 391).

326. *CONDICIÓN JURÍDICA DEL EMBRIÓN. REMISIÓN*

Remitimos a lo expuesto en el Capítulo IX.

III. EL NACIMIENTO

327. CUÁNDO SE CONSIDERA PRODUCIDO EL NACIMIENTO

A partir del nacimiento con vida se computan los plazos del embarazo, lo que a su vez permite determinar el momento de la concepción. Asimismo, se produce la adquisición irrevocable de los derechos causados durante la gestación.

De allí la importancia de la determinación del momento del nacimiento.

Éste se produce en el momento en que el nuevo ser es naturalmente expulsado, o quirúrgicamente extraído de la matriz de la madre (art. 71), sin importar —por ahora— si se encuentra o no totalmente separado de aquélla.

Ahora bien, para que ese nacimiento adquiera trascendencia desde el punto de vista jurídico, habrá de apreciarse si ha habido vida o no en ese momento.

Conforme a lo que pareciera surgir de los artículos 70 *in fine* y 74, nuestro codificador ha adoptado el criterio de que la vida se ha de dar en el nacido luego de estar separado de la madre.

Sin embargo, entendemos que no debe darse al texto legal tal interpretación, por cuanto la vida propia del recién nacido se da cuando inhala su primera bocanada de aire fuera del seno materno.

Hasta ese momento, el feto ha vivido de su madre y por ella, a través del cordón umbilical; pero al inhalar el aire del medio ambiente, realizando por sí mismo la oxigenación de su torrente sanguíneo, independizando así sus funciones vitales de quien —hasta allí— las había sustentado por medio de aquel cordón, debe entenderse que se ha producido el nacimiento.

De tal forma no es necesario que el recién nacido esté “completamente separado” del seno materno para que se haya producido el nacimiento con vida de la consecuente cadena de efectos jurídicos. Bastará con que se encuentre fuera del seno materno y que haya respirado por sí mismo para considerar que el nacimiento se produjo con vida, aun cuando el cordón umbilical no haya sido cortado.

328. PRESUNCIÓN DE NACIMIENTO CON VIDA

El artículo 73 establece la presunción de la existencia de vida siempre que quienes asistieron al parto hayan oído la respiración o la voz del recién nacido, o hubiesen observado otros signos de vida.

Tal presunción, *iuris tantum*, pone a cargo de quien pretenda lo contrario, la prueba en tal sentido.

329. LA CUESTIÓN DE VIABILIDAD ¹⁶

Viabilidad significa nacimiento con vida y con los elementos de conformación y desarrollo necesarios para seguir gozando de ella.

Numerosas legislaciones contemporáneas a nuestro Código, exigen la viabilidad como una condición para que el nacido adquiriera sus derechos en forma irrevocable.

Por ello, si el infante fallece por defectos orgánicos que hicieron imposible la continuidad de la vida o nace antes del período mínimo de gestación, se considera al sujeto como nacido muerto o abortivo.

Nuestro Código no exige la viabilidad. El artículo 72 dispone que no *"...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"*.

En la nota al artículo 72 Vélez Sarsfield explica las razones de tal solución, unánimemente compartidas por la doctrina nacional.

330. NACIMIENTOS MÚLTIPLES

Desde antiguo, el nacimiento de varios hijos en un solo parto planteaba inconvenientes, especialmente en lo referido a cuestiones hereditarias, en razón del peculiar régimen del mayorazgo.

La evolución cultural y legal acaecida con el devenir de los tiempos hizo que esta institución fuera cayendo en desuso, hasta llegarse a la sanción de nuestra Constitución Nacional, la que a través de la disposición del artículo 16, la torna inviable.

De allí entonces que el artículo 88 establezca la igualdad absoluta entre los varios hijos que eventualmente nazcan vivos de un solo parto.

¹⁶ Bibliografía especial: PHILIPPE, C., *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, D-1995-Ch 29.

CAPÍTULO IX
**LA PERSONA FÍSICA Y LOS AVANCES CIENTÍFICOS
(GENÉTICA Y DERECHO)**

I. INTRODUCCIÓN ¹

331. JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO

En el capítulo precedente hemos tratado de la condición jurídica de la persona por nacer, exponiendo las soluciones del Código Civil.

¹ Bibliografía general: ANDRUET, Armando S., "La eticidad en las ciencias médicas en general y en la fecundación *in vitro* en particular", *E.D.* 127-801; BARBERO, Omar U., "Aspectos éticos de la biotecnología y manipulación de la vida humana", *L.L.* 1988-D-914; BELLUSCIO, Augusto C., "Aspectos jurídicos de la fecundación extracorporal", *L.L.* 1978-C-930; BOSSERT, Gustavo, "Fecundación asistida", *J.A.* 1988-IV-871; HOOFT, Pedro Federico, "Los derechos humanos ante el desarrollo de la ciencia y la técnica: la protección de la vida humana naciente", *E.D.* 124-685; "Bioética y derecho", *E.D.* 132-877; KAYSER, Pierre, *Documents sur l'embryon humain et la procréation médicalement assistés*, D 1989-Ch 32; LLEDO YAGÜE, Francisco, "La ley sobre las técnicas de reproducción asistida", *ADC* 1988-IV-1246; MELDERS KLEIN, Marie Thérèse, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistés", *RTDC* 1988-645; NERSON, Roger, "L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil", *RTDC* 1970-661; SILVA RUIZ, Pedro, "El derecho de familia y la inseminación artificial *in vivo* e *in vitro*", *RDP* 1987-323; TERRE, François, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, París, 1987; VELAZCO, Jorge Raúl, "Presupuestos a los cuales debe ajustarse una futura legislación que regule los procedimientos de investigación genética y de inseminación artificial", *J.A.* 28/6/1989; VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Madrid, 1988; "La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos", *L.L.* 1986-D-1013; ZANNONI, Eduardo *La genética actual y el derecho de familia*, Tapia 47, diciembre de 1987; *Inseminación artificial y fecundación extrauterina (proyecciones jurídicas)*, Buenos Aires, 1978; "La genética actual y el derecho de familia", *Lecciones y Ensayos* n° 49 (1988), pág. 78; *Atti del Convegno del 14/10/1985, Modificazione genetica e diritti dell'uomo*, a cura de GERIN, Guido, Padova, 1987; *Atti del Convegno de Verona, 1986, Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Padova, 1987; "Jurisprudence française en matière de droit civil - Personnes et famille", por NERSON, Roger y RUBELLIN DEVICHI, Jacqueline, *RTDC* 1984-703; BOSSERT, Gustavo, "Fecundación asistida", *J.A.* 1988-IV-87; YEH, John - ULINE YEH, Molly, *Legal aspects of infertility*, London, 1991; Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *Éthique et recherche biomédicale*, París, 1990; Institut Suisse de Droit Comparé, *International Survey of Laws on Assisted Procreation*, Lausanne, 1990; Varios autores, *Biologie, personne et droit, Droits*, Revue Française de Théorie Juridique, París, 1991; MARTÍN MATEO, Ramón, *Bioética y Derecho*, Madrid, 1987; CUSINE, Douglas J., *New reproductives techniques. A legal perspective*, Aldershot (England), 1990; TEMPLETON, A. A. - CUSINE, D. J., *Reproductive medicine and the law*, London,

Pero anticipamos que la legislación vigente en nuestro país no se ha hecho cargo aún de nuevas realidades, impuestas por el desarrollo científico, como lo son todas las relacionadas con la fecundación asistida, que dan lugar a nuevos problemas jurídicos.

Es obvio destacar la notable importancia que tienen estas cuestiones, que enfrentan a los juristas a problemas que no son sólo de Derecho, puesto que presentan facetas morales, religiosas y sociológicas altamente complejas.

La doctrina comparada, y en muchos países la legislación positiva abordan ya de pleno estas nuevas realidades que han superado las previsiones de códigos como el nuestro.

Por ello hemos entendido que corresponde tratarlos en esta obra, como un nuevo capítulo del Derecho de las Personas, materia propia del Derecho civil.

332. PROBLEMÁTICA

Desde la más remota antigüedad, la concepción y el nacimiento enfrentaron a los juristas a la necesidad de dar respuesta a diversos interrogantes. Así en la antigua Roma se discutía la naturaleza de la persona por nacer (v. *supra*, nº 310), como también se teorizaba acerca de la propiedad del hijo de la esclava, ya que mientras algunos consideraban que por ser la madre una cosa, su hijo seguía la suerte de lo principal, Cicerón se oponía a tal solución por considerarlo como un ser humano único e irrepetible.

Ya hemos dicho que las nociones sobre el concepto de persona han ido evolucionando, y nuestro criterio es que todo ser humano es, por esa sola circunstancia y sin consideración de calidades o accidentes, una persona (v. *supra*, nº 299), lo que se extiende a las personas que se encuentran concebidas aunque no nacidas.

Mas, como decíamos, los avances biogénéticos vuelven a poner la temática sobre el tapete, y los conceptos que siempre fueron aceptados como verdades, son hoy sujetos a revisión.

El hito en la materia se encuentra en el año 1978, en que nace Luisa Brown, el "primer bebé de probeta"; de allí en más el avance constante en este campo de la ciencia, determinó la existencia de bancos de semen y de óvulos y la posibilidad de congelarlos. Situaciones estas que plantean diversos interrogantes; entre ellos: propiedad de los gametos, identificación de los dadores, paternidad de quien aportó el esperma, naturaleza de los gametos, posibilidad de su comercialización, etcétera.

1990; DRAI, Raphaël - HARICHAUX, Michele, *Bioéthique et Droit, Etudes rassemblés par*, Paris, 1988; LOYARTE, Dolores - ROTONDA, Adriana, *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, Buenos Aires, 1995; ANDORNO, Roberto, *La bioéthique et la dignité de la personne*, Paris, 1997.

Desde el año 1984, la difícil problemática jurídica se ve agudizada por un nuevo avance científico consistente en la posibilidad de congelar embriones humanos, lo que nos enfrenta ante la naturaleza jurídica de los embriones congelados no implantados, la eticidad de su empleo para experimentación, y la posibilidad de su destrucción.

Por otra parte, el tema de la maternidad por sustitución origina una nueva serie de interrogantes, como la validez del contrato, su exigibilidad y fundamentalmente la determinación de la maternidad.

Nuestro derecho positivo no se ha encargado de dar una normativa sobre el particular; al momento de discutirse la ley 23.264 se pensó en la posibilidad de legislar sobre el tema, pero en aquella oportunidad se consideró que cualquier normativa que se dictara habría de quedar rápidamente superada por las realidades científicas, y por lo tanto se soslayó la cuestión.

El vacío legislativo argentino nos obliga a dar respuesta de acuerdo con los principios generales del Derecho, y en algunos casos a hacer referencia a la legislación comparada.

II. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA ²

333. INTRODUCCIÓN

Las técnicas de reproducción humana asistida son todos aquellos medios por los cuales el hombre interviene artificialmente en el acto de la procreación.

Entre ellas encontramos dos grandes grupos: aquellas que se basan en la inseminación artificial y las que se realizan a partir de la fecundación extracorpórea o *in vitro*.

334. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Por inseminación artificial se entiende la intervención médica mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través del acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación.

a) Inseminación artificial homóloga:

Es la que se practica con semen del marido, y que se reconoce con la sigla IAH.

² HERRERA CAMPOS, Ramón, *La inseminación artificial. Aspectos doctrinales y regulación legal española*, Granada, 1991; MORO ALMARAZ, María Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Barcelona, 1988; MORGAN, Derek - LEE, Robert G., *Human Fertilisation & Embriology Act, 1990, London*, 1991; FERRER, Francisco A. M., *Procreación asistida. Panorama jurídico*, Santa Fe, 1995.

b) Inseminación artificial heteróloga:

Se practica con semen de un dador no vinculado a la mujer receptora por vínculo matrimonial.

En algunas legislaciones se considera equiparada a la inseminación homóloga la hecha por el concubino.

335. FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA O IN VITRO

Es el conjunto de intervenciones médicas que van desde la obtención del óvulo y el esperma, hasta la implantación del óvulo fecundado en el útero propio o adoptivo para el ulterior desarrollo del mismo, pasando por la fecundación y primer desarrollo de la célula germinal fuera del seno materno.

Se conocen distintos métodos.

a) F.I.V.:

En este caso el semen, que se obtiene por la masturbación, manual o mecánica, o mediante un preservativo adaptado, se coloca con los óvulos obtenidos mediante aspiración, en una plaqueta especial que permanece en una incubadora durante 48 horas hasta lograr la fertilización.

Producida ésta se transfieren algunos embriones a la madre, pudiendo congelarse los restantes.

b) G.I.F.T. (transferencia de los gametos en las trompas de Falopio):

Consiste en colocar en cada una de las trompas dos óvulos, también extraídos mediante laparoscopia, y espermatozoides para que fecunden a aquéllos en las propias trompas, es decir, en el ámbito en que normalmente se produce la fecundación.

En estos casos la fecundación puede también lograrse con semen del marido, del concubino o de un dador que no tiene ningún vínculo con la dadora del óvulo.

Asimismo, la implantación puede hacerse en el vientre de la persona cuyo óvulo se fecunda, o en el de otra mujer (madre portadora).

336. DESARROLLO DE ESTAS TÉCNICAS Y CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

Estas técnicas están cada día más desarrolladas, y en particular la fecundación extracorpórea ha logrado notables avances por haberse podido congelar los embriones obtenidos.

Toda esta materia genera —como se ha dicho— una serie de cuestiones: naturaleza de los óvulos y espermatozoides (gametos humanos); dación de los gametos, donde se debate la necesidad o no de preservar el

anonimato del dador en la fecundación heteróloga; naturaleza jurídica del embrión, congelación, manipulación y destrucción de los embriones supernumerarios; la legitimidad o no de la denominada maternidad por sustitución.

A éstas y otras cuestiones dedicamos los párrafos que siguen.

III. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA MATERIA

336 BIS. LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SU INTERÉS SUPERIOR

Marie-Thérèse Meulders-Klein dice que a todo lo largo de la historia de la humanidad, ésta no se interrogó sobre los derechos del niño. No eligiendo nacer, procreado al azar y recibido con gratitud o resignación, el niño aparecía como un *objeto* de propiedad, de poder, de perpetuación, de culto, de amor, de rechazo o de explotación. Es el siglo xx que hace de él un *sujeto* de derecho, y en la tendencia más reciente, un sujeto de derecho *igual*, sean cuales fueren las circunstancias de su nacimiento.

Y a partir de allí la profesora belga comienza a enumerar los documentos internacionales y la jurisprudencia europea que reconoce la existencia de derechos del niño, en particular *el derecho de todo niño de tener un padre y una madre*³; así como *a tener una vida familiar normal*, lo cual fue reconocido en la sentencia de la Corte Europea de Derechos del Hombre del 13/6/1979 en la causa "Marck c/Bélgica", con fundamento en el artículo 8º, # 1 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, implicando correlativamente la obligación positiva para los Estados que han ratificado la Convención de reformar su legislación de tal manera que ella no implique trabas para el establecimiento de vínculos jurídicos entre el niño y sus parientes.

En el mismo sentido se han pronunciado algunas propuestas nacionales, como las italianas, sobre procedimientos no naturales para la fecundación con semen del marido y sobre fecundación artificial humana y tratamiento de gametos y embriones, que han afirmado *el derecho del niño a nacer a una vida familiar en una familia completa*.

Estos derechos aparecen reflejados en la Convención Internacional de Derechos del Niño que nuestro país ha ratificado y más aún, constitucionalizado, por su incorporación al artículo 75, inciso 22, de la Constitución en la reforma de 1994.

En efecto, esa Convención dispone en las partes pertinentes de su Preámbulo:

³ Este derecho fue proclamado en el art. 1º del Proyecto de Principios Generales de las Naciones Unidas concernientes a la igualdad de las personas nacidas fuera del matrimonio; lo mismo en la Convención Europea relativa a la situación de los niños nacidos fuera del matrimonio, en vigor desde 1978.

"Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

"Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión".

Y en el desarrollo del texto siempre se alude a los padres, al derecho de los niños a conocer y vivir con sus padres (art. 7º), todo lo cual demuestra que en esa Convención también se reconoce el derecho de los niños a nacer y vivir en el seno de una familia compuesta —como mínimo— por los padres y por el hijo.

Debiendo destacarse que la Convención también reconoce expresamente que la protección al niño debe acordarse tanto antes como después del nacimiento, como ya lo señalara la Declaración de Derechos del Niño ⁴.

Finalmente, la Convención asegura prioridad al *interés superior del niño*. Así lo dispone el artículo 3º, parágrafo 1, conforme al cual: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*.

336 TER. EL DERECHO A LA FECUNDACIÓN ASISTIDA ES UN DERECHO QUE ENCUENTRA SUS LÍMITES EN LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SU INTERÉS SUPERIOR

La existencia de un *derecho a la procreación*, es reivindicada por algunos autores. La profesora Graciela Medina en su comunicación a un Coloquio Argentino - Chileno celebrado en Mendoza en mayo de 1996, resumió los argumentos de las distintas tesis, de la manera que sigue:

Quienes niegan la existencia de derecho a la procreación, se sustentan en los siguientes argumentos:

- la fecundación es un hecho de la naturaleza y, por lo tanto, excluido de la libertad del hombre;
- que no existe un derecho al niño;
- el niño no puede ser considerado un medio para obtener un fin por más importante que éste sea;

⁴ En el Preámbulo de la Convención se lee: *"Teniendo presente que, como se indica en la declaración de los Derechos del Niño, 'el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento'"*.

— entre los derechos-deberes del matrimonio no existe el de la procreación y sí el del cumplimiento del débito conyugal ⁵.

La tesis positiva, es decir, la que reconoce la existencia de un derecho a la procreación, parte de afirmar que el derecho a la procreación es el correlato de la libertad de no procrear y, en definitiva, consiste en la libertad de procrear cuando se quiera como se quiera y con quien se quiera.

Desde nuestro punto de vista, la tesis positiva es sustancialmente falsa, y parte de la confusión entre una libertad y un derecho subjetivo.

El hombre y la mujer tienen la libertad de procrear o de no hacerlo, y ello importa el derecho a la no injerencia del Estado o de terceros en esa determinación de los sujetos; en definitiva, de aquella libertad nace el derecho a la privacidad del o los sujetos comprometidos en esa decisión.

Pero estamos hablando de la procreación por métodos naturales; cuando esa procreación requiere la intervención de terceros (médicos, dadores) e importa por lo tanto la decisión consciente y deliberada de traer un niño al mundo con métodos que, en alguna medida, alteran el curso natural ⁶, ya no implica el ejercicio de una libertad individual, en la esfera íntima de la vida privada. Ya está comprometida la intervención de terceros, y porque un niño está en juego, también está comprometida la propia responsabilidad del Estado ⁷.

De modo que la utilización de las técnicas de reproducción asistida habrá de ser convalidada por el Derecho cuando la decisión de quienes pretendan utilizarla esté justificada y no cause un agravio a los derechos de los niños que hemos definido antes.

IV. NATURALEZA DE LOS GAMETOS ⁸

337. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

El primer problema a dilucidar —en orden a los modernos conflictos que la genética plantea al Derecho— es la naturaleza de los óvulos y el esperma humano (gametos). Es importante conceptualizarlos para poder determinar si es lícita su venta o comercialización.

⁵ En esta posición se enrola —entre nosotros— FERRER, Francisco A. M., *Procreación asistida. Panorama jurídico*, Santa Fe, 1995, págs. 21 y sigs.

⁶ La ley francesa 94-654 dice en su art. 152-1 que "Se entiende por asistencia médica a la procreación las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción *in vitro*, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que posibilite la procreación *fuera del proceso natural*" (el destacado en cursiva es para demostrar la coincidencia con el texto).

⁷ MEULDERS KLEIN, *op. cit.*, pág. 664.

⁸ Bibliografía especial: ANDORNO, Roberto, *La distinction juridique entre les personnes et les choses a l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, 1996.

No obstante las obvias diferencias que en el plano biológico presentan, cabe señalar que los espermatozoides contenidos en el líquido espermático y los óvulos son, en su materialidad, elementos regenerables, que tienen la característica absolutamente propia de llevar inscripto el código genético de un individuo determinado.

En la doctrina se los ha caracterizado de diferentes maneras, a saber:

a) Cosas:

Un sector de la doctrina considera que se trata de cosas. Así Zannoni expresa que: “Tanto el semen como los óvulos, una vez extraídos, son jurídicamente cosas. Esto no puede ofrecer dudas, pues si bien —como los órganos del cuerpo humano— antes de su extracción constituyen parte de la persona y son, por tanto, inescindibles de la consideración personal y existencial del sujeto, cuando se los ha separado del cuerpo, dejan de formar parte de él y son susceptibles de constituir el objeto de relaciones jurídicas”.

b) Bienes de la personalidad:

El distinguido jurista Vidal Martínez sostiene que las células germinales son elementos regenerables que como cualesquiera componentes del cuerpo humano, aun separados del mismo son en principio *cosas fuera del comercio*. Aunque cabría admitir que para fines tales como la investigación o la docencia fueran objeto de tráfico, pudiéndoseles aplicar por analogía las normas referidas a la dación de sangre (hemodonación).

Pero en cuanto los gametos humanos sean considerados en su funcionalidad, si se pretende aprovechar su “fuerza genética” (terminología de Cornu), ya no es posible la analogía con la sangre o los órganos que se dan para trasplante.

En ese supuesto la analogía ha de buscarse en el ámbito de los derechos de la personalidad, pues de alguna manera rasgos físicos y psíquicos se transmiten, mediante los genes, de padres a hijos.

Por ello, siguiendo la idea de Vidal Martínez, nos permitimos calificarlos como bienes de la personalidad, que están por regla general fuera del comercio, y cuya utilización sólo podrá hacerse dentro de los límites que impone la indisponibilidad sobre los derechos de la personalidad, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Aspectos todos que deberían ser tenidos en cuenta por la legislación a dictarse en esta materia.

V. DACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE GAMETOS

338. TERMINOLOGÍA

En estricto Derecho no corresponde hablar de donación sino de dación. El negocio jurídico entre benefactor y beneficiario no es emplazable

en la categoría de contrato, como lo es la donación, por cuanto el deber de aquél no es una obligación en sentido técnico, es revocable y no está gobernada por la fuerza obligatoria de los contratos (arts. 1197, 505 y 946, Cód. Civ.).

A más de ello, no podría ser un contrato porque el objeto —semen u óvulo— se encuentra fuera del comercio (art. 953, Cód. Civ.).

Como decíamos, por la inscripción del código genético se trata de elementos inalienables, que no pueden ser objeto del tráfico jurídico. Pero el consentimiento sobre su disponibilidad funciona como una causa de exclusión de la antijuridicidad, lo mismo que en el ámbito de otros derechos de la personalidad.

339. PROHIBICIÓN DE LA COMERCIALIZACIÓN

a) *En el plano internacional:*

Los documentos, informes y legislación que se conocen, se orientan hacia la prohibición de la comercialización de óvulos y espermias humanos. Al respecto cabe citar:

— *Proyecto del Consejo de Europa* (Estrasburgo, 17/10/1984). El artículo 12 dispone que: “no se permitirá la obtención de beneficio alguno por donaciones de óvulos, espermias, embriones o cualquier otro elemento proveniente de ellos”.

— Informe de la Comisión Warnock del Reino Unido, cuyo párrafo 25 señala que: “Debe tenderse hacia un sistema en que a los donantes de semen se les pague únicamente sus gastos”.

— Ley española sancionada en diciembre de 1988, cuyo artículo 5º establece “... estos actos nunca tendrán carácter lucrativo o comercial”.

b) *Legislación argentina:*

En nuestro sistema legislativo la dación de órganos se encuentra reglada por la ley 24.193.

El artículo 27 de la precitada ley establece: “*Queda prohibida: ... 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*”.

Es preciso puntualizar que la Ley de Trasplantes no es aplicable a la dación de gametos, por ser estos elementos regenerables (arg. art. 1º, ley 24.193).

Pero el principio de la prohibición de la onerosidad de las daciones constituye una regla general, que emana:

— de la referida ley 24.193 para los materiales anatómicos no regenerables;

— de la Ley de Hemodonación, para los actos de dación de sangre (ley 22.290);

— de la misma naturaleza atribuida a los gametos, que no son cosas en el comercio, y por ende no pueden ser objeto de un acto jurídico de contenido patrimonial.

En consecuencia, el principio es que la dación de gametos debe ser gratuita. Aunque todos sabemos que en la práctica, se retribuye a los dadores, particularmente de semen, con cuyo aporte se forman bancos.

340. GRATUIDAD Y REEMBOLSO DE GASTOS

Si bien el principio es el de la gratuidad, ha de admitirse el reembolso de los gastos a quien realiza la dación; en este sentido se han expedido el *Informe de la Comisión Warnock* y el *Proyecto del Consejo de Europa*.

341. REVOCABILIDAD

Zannoni enseña que “el consentimiento es revocable hasta el momento mismo de la extracción”, predicando en consecuencia la irrevocabilidad del consentimiento cuando el semen o el óvulo ya han sido entregados.

Nosotros pensamos que la dación es revocable hasta tanto no se hayan unido el óvulo con el esperma.

Es que si bien el acto de disposición relativo o parcial constituye una limitación voluntaria al ejercicio de los derechos de la personalidad —derecho a transmitir la vida y las características genéticas— ellos permanecen siempre dentro de la esfera de disposición del sujeto quien, por lo tanto, puede retrotraer las circunstancias al estado inicial irguiendo la valla que el Derecho le otorga para tutelar las manifestaciones de su personalidad física y espiritual.

Por lo demás, las consecuencias prácticas de sostener su irrevocabilidad después de la extracción pueden llegar a ser graves; la persona que descubre una tara, o una enfermedad congénita, o el síndrome de inmuno deficiencia adquirida (Sida) naturalmente debe tener derecho a revocar la dación de sus gametos. Y aun cuando no fuere enfermo, el transmitir su código genético entra en el marco de sus derechos más íntimos y, por lo tanto, siempre ha de tener la libertad de la revocación.

342. RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS

Quien revoca la dación intempestivamente deberá indemnizar los daños que cause, pudiendo discutirse el límite de dicha indemnización, por que para algunos él se encontrará en el daño al interés negativo mientras que para otros también debería indemnizar las legítimas expectativas.

Desde nuestro punto de vista, aplicando analógicamente las reglas que rigen en la materia de los derechos personalísimos, la reparación debe limitarse al daño al interés negativo (v. *infra*, n^o 736).

343. CAPACIDAD

Entendemos que los actos de disposición de los gametos sólo pueden ser consentidos por personas plenamente capaces, y que el consentimiento no puede ser suplido ni por autorización judicial.

Con ello se apunta a evitar la extracción de óvulos o gametos de enfermos para su posterior experimentación, entendiéndose que el acto de disposición de un óvulo o de un espermatozoide es tan personalísimo que ha de tenerse la certeza de que el sujeto que lo consiente es plenamente libre.

344. ANONIMATO

a) Soluciones posibles:

Un tema debatido es si debe o no mantenerse el anonimato del dador, ya que muy distintas son las consecuencias en uno u otro caso.

La necesidad del anonimato se predica en mérito a las siguientes consideraciones:

— facilita la dación, que sería prácticamente inexistente, si el dador supiera que por ese hecho pudiera contraer responsabilidades jurídicas derivadas de la paternidad;

— procura el mayor bienestar del niño, en el cual la revelación de ser producto de inseminación artificial podría producir traumas psíquicos importantes.

Pero, por otro lado, se encuentra el interés de todo ser humano en conocer su realidad biológica, que puede estar muy justificada en caso de impedimentos para contraer matrimonio o de necesidad de conocer su código genético.

Creemos que el derecho a la intimidad de los dadores debe ceder frente al derecho del hijo, sobre todo si con el anonimato lo que se quiere es evitar las posibles responsabilidades procreacionales. Ello, claro está, con la salvedad que se hace en el n° 345.

Resulta interesante la propuesta de Velazco, presentado en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, celebradas en 1989, quien postuló: "Una alternativa sería la de clasificar en dos niveles dicha información: 1) Historia médica y genética pero no identificación del donante. 2) Identidad real del donante". Al primero habrá libre acceso mientras que al segundo sólo si se demuestra la necesidad de conocer los datos.

b) Legislación comparada:

La ley sueca de 1985 establece la obligación de guardar los datos del donante por un término de setenta años con el fin de que el hijo pueda acceder a esos datos.

El informe de la *Comisión Warnock* predica el anonimato antes y después del nacimiento (art. 18).

Por su lado, el *Proyecto del Consejo de Europa* señala que “La legislación podrá prever que el niño a su mayoría de edad puede tener acceso a la información referente a las formas de su concepción y a las características del donante”.

345. ANONIMATO Y FILIACIÓN

La ley española sobre reproducción humana asistida dispone en su artículo 8.3 que: “*La revelación de la identidad del donante en los supuestos que proceda no implica en ningún caso determinación legal de filiación*”.

La norma española viene a dar solución a la cuestión de si el derecho del hijo a conocer su realidad biológica implica su legitimación para iniciar acciones de filiación en contra del donante, tema de relevancia en ese país porque la Constitución en su artículo 39 establece el derecho del hijo de investigar la paternidad genética.

La solución de la ley española es salomónica, porque satisface el interés del hijo de conocer su identidad biológica, y salvaguarda el derecho del dador, estableciéndose legalmente que de dicho conocimiento no se derivarán responsabilidades derivadas de la filiación ni patrimoniales ni extrapatrimoniales.

346. PROHIBICIÓN DE LA DACIÓN DE GAMETOS DE QUIENES TIENEN ENFERMEDADES HEREDITARIAS

En doctrina se ha sostenido que han de reputarse incapaces de realizar dación de sus gametos los sujetos que tengan enfermedades genéticas transmisibles hereditariamente. “Desde luego no se trata de seleccionar dadores con finalidad eugenésica o racial, pues esto repugna a principios elementales de ética, pero sí se trataría de evitar, pudiéndose hacer, la fertilización utilizando gametos, que previsiblemente, afecten en el futuro la salud del nacido” (Zannoni).

Disuadiendo la dación de gametos de quienes puedan transmitir malformaciones congénitas, no se busca mejorar la raza sino una mejor calidad de vida en el futuro *nasciturus*.

También se evitan problemas de descarte de embriones por malas formaciones, pues difícilmente se plantea el problema posterior de la posibilidad de optar en el caso de fecundaciones múltiples por los embriones sanos.

346 BIS. LOS DESTINATARIOS DE ESTAS TÉCNICAS

Una de las cuestiones debatidas es quiénes pueden ser beneficiarios de las técnicas de fecundación asistida. Y se dan las siguientes posibilidades: que se limiten a matrimonios o que se extiendan a parejas estables y a mujeres solas; desde otras perspectivas, se plantea si pue-

den ser destinatarias de la fecundación asistida mujeres que han pasado la edad de concebir; si pueden serlo parejas homosexuales y si es admisible la fecundación *post mortem*.

Decíamos poco más arriba que la utilización de las técnicas de reproducción asistida habrá de ser convalidada por el Derecho cuando la decisión de quienes pretendan utilizarla esté justificada y no cause un agravio a los derechos de los niños que hemos definido en el n° 336 bis.

Esto desde ya da la respuesta inicial a algunos de los interrogantes relativos a los destinatarios de las técnicas.

No parece dudoso que una pareja de personas de diverso sexo unida en matrimonio, en la cual alguno de los cónyuges sufre una esterilidad no superable por otros medios, está legitimada para usar las técnicas de fecundación asistida, pues asegura que el niño ha de nacer en el seno de una familia completa, con padre y madre.

Menos estable puede resultar la pareja concubinaria —siempre de personas de distinto sexo— pero de todos modos, dado que en definitiva el matrimonio tampoco asegura de manera definitiva la estabilidad de la pareja ni el concubinato la descarta absolutamente, en particular si ha mediado una cierta duración de la relación, no parecería *prima facie* contradictorio con los intereses de los niños la utilización de estas técnicas en estas parejas.

Por el contrario, resulta, a nuestro juicio, francamente contradictorio con el derecho del niño a nacer en una familia completa y a una vida familiar normal, que las técnicas de fecundación asistida sean usadas en mujeres solas y en parejas del mismo sexo.

347. INSEMINACIÓN POST MORTEM

En Francia se ha planteado el caso de una mujer que solicitó ser inseminada con el semen que se conservaba congelado de su marido premuerto.

El tribunal acogió la demanda, pero la doctrina no es pacífica sobre el tema, pues se plantea la cuestión de los derechos sucesorios del hijo así concebido. Demandas semejantes se han planteado en otros países, con soluciones diversas. Uno de los temas complejos que plantea la inseminación *post mortem* es la posibilidad de que con ella se modifique el orden sucesorio. Por ello algunos autores han propiciado lisa y llanamente la privación de derechos sucesorios del niño así gestado; y más aún, algunos lo consideran extramatrimonial si nace luego de los trescientos días del fallecimiento, aunque podría reclamar la filiación por vía de las acciones pertinentes (Vidal Martínez).

348. RECOMENDACIONES DE LA DOCTRINA NACIONAL

Es importante destacar que las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil dieron las siguientes conclusiones:

“Los gametos: 1) están fuera del comercio; 2) pueden ser objeto de dación gratuita, pura y simple sin perjuicio del reembolso de gastos; 3) esa dación es esencialmente revocable, sin perjuicio de la reparación de daños; 4) la dación debe ser hecha por persona capaz y su consentimiento no puede ser sustituido; 5) ha de prohibirse la dación por personas que pueden transmitir enfermedades; 6) debe garantizarse el anonimato del dador, salvo frente al derecho del hijo de conocer su realidad biológica”.

348.1. *SOBRE UNA POSIBLE REGULACIÓN LEGAL DE LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA*

a) Distintas posiciones:

Un tema polémico es si conviene o no legislar esta materia. Existen al menos tres posiciones:

— la que propicia lisa y llanamente la prohibición de estas técnicas; esta idea tuvo reflejo en varias ponencias presentadas a las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil ⁹;

— la que propicia regular las técnicas de manera restrictiva, estableciendo límites precisos; por ejemplo, que no puedan fecundarse más de tres óvulos y que todos los fecundados sean implantados, para de este modo evitar el problema de los embriones criopreservados ¹⁰;

— la más amplia, que entendiendo que las técnicas son una terapia para la infertilidad, propicia una regulación que no implique un freno innecesario a la aplicación de las técnicas a quienes estén en disposición de utilizarlas.

b) Proyecto de ley:

En la segunda edición de esta obra, comentamos un proyecto de ley de fecundación asistida que contaba con sanción del Senado de la Nación y estaba a consideración de la Cámara de Diputados.

El proyecto nunca fue aprobado por la Cámara de Diputados, pese a lo cual mantenemos el comentario para difundir sus líneas rectoras y así ayudar a descubrir por qué razón nuestro país todavía no cuenta con una ley en esta materia.

(i) Destinatarios de las técnicas:

El proyecto autoriza la utilización de las técnicas a favor de parejas de personas de distinto sexo, casadas o en unión de hecho con un mínimo de convivencia de tres años.

⁹ V. a título de ejemplo: BARBIERI, JAVIER H., “Fecundación *in vitro*. Transferencia embrionaria”, en XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003, *Libro de Ponencias*, t. I, págs. 60 y sigs.

¹⁰ V. a título de ejemplo: BITAR DE DURALDE, AMARA - CROCE, MARIANA B. - MARCONI, SOLEDAD, “El hombre: ¿desde cuándo es sujeto de derecho?”, XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003, *Libro de Ponencias*, t. I, págs. 71 y sigs.

(ii) Fecundación heteróloga:

El proyecto prohíbe la fecundación asistida heteróloga (art. 12) y sanciona con pena de prisión de tres meses a tres años (art. 29) a quien la realizare.

La prohibición de las técnicas de fecundación heteróloga deja sin respuesta a quienes no pueden lograr la fecundación médicamente asistida en el seno de la pareja, y por ello ha sido criticada por la doctrina especializada. Por lo demás esta solución contradice la tendencia uniforme del derecho comparado y omite considerar que las parejas que quieran recurrir a este procedimiento podrán hacerlo en otros países, y el derecho argentino deberá dar respuesta a las cuestiones que plantea el nacimiento de niños producto de una fecundación heteróloga.

(iii) Prohibición de la maternidad subrogada:

El artículo 14 dispone que el contrato de maternidad subrogada es nulo:

(iv) Inseminación *post mortem*:

En el caso de mujer viuda, no se admitirá la inseminación con material genético del marido (art. 15).

(v) Limitación del número de gametos a fecundar. Prohibición de la criopreservación:

El proyecto de ley dispone en su artículo 16 que sólo es admitida la fertilización de tres óvulos y prohíbe la criopreservación de ovocitos fecundados.

Estos aspectos del proyecto han sido severamente criticados por la comunidad científica, pues se considera que restringiría enormemente la posibilidad de éxito de las técnicas.

(vi) Adopción de embriones:

En caso de muerte de la madre antes de la transferencia de los óvulos fecundados o cuando fuere imposible la fecundación, se aplicarán las normas sobre adopción cuyas normas se prevé modificar en ese mismo proyecto de ley.

VI. NATURALEZA JURÍDICA DEL EMBRIÓN ¹¹

349. IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN

Es necesario determinar previo a todo, cuál es la naturaleza jurídica del embrión humano en los supuestos en que la fecundación se hace fue-

¹¹ Bibliografía especial: ANDORNO, Roberto, "El derecho a la vida ¿cuándo comienza?. A propósito de la fecundación *in vitro*", *E.D.* 131-904; ARRIBERE, Roberto, "La protección del derecho y el comienzo de la vida humana y de la personalidad", *Rev. Doctrina y Jurisprudencia*, abr./may. 1988, pág. 25; COCCA, Aldo Armando, "Nacer con dignidad (manipulación al embrión humano)", *L.L.* 1984-D-1127; COSSARI, Nelson G., *El embrión de probeta (Su derecho a la personalidad y la protección de su vida)*, *Zeus* 20/9/1985; BELLUSCIO, Augusto C.,

ra del útero materno, porque de la respuesta que a ello se dé, dependen las soluciones posibles a los problemas planteados por el destino de los embriones congelados que no fueran implantados, y la experimentación e investigación científica con los embriones humanos.

350. NATURALEZA JURÍDICA DEL EMBRIÓN EN EL ORDENAMIENTO CIVIL ARGENTINO

Para la ley civil argentina se es persona desde la concepción. Ello surge del artículo 70, que establece que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas (v. *supra*, n° 312).

Pero en la fecundación extra uterina no hay concepción en el seno materno, y lo cierto es que el Código Civil es del siglo pasado, cuando era impensable la fecundación *in vitro*.

Sin embargo, el hecho de que no haya concepción en el seno materno no es óbice para aplicar el artículo 70 por *analogía* en mérito a lo dispuesto por el artículo 16 del mismo cuerpo legal.

Por otra parte, el artículo 51 preceptúa que son personas de existencia visible todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades y accidentes.

Y el hecho de que las normas aplicadas fueran redactadas casi un siglo antes de la primera FIV, tampoco es impedimento para sostener que en el derecho positivo argentino el embrión es persona.

Cabe puntualizar que normas posteriores al Código Civil reafirman esa interpretación.

Así la ley 23.264 de filiación y patria potestad, sancionada en el año 1985, cuando en la Argentina se conocía y se practicaban las técnicas de fecundación asistida, ha mantenido el mismo criterio, ya que en el artículo 264 establece que la patria potestad existe desde la concepción, sin requerir que ella acaezca en el seno materno.

Por otra parte, el Pacto de San José de Costa Rica establece en su artículo 4º, inciso 1º, el derecho a la vida, a partir del momento de la concepción.

En consecuencia, en nuestro derecho positivo se es persona desde el momento de la concepción sin que incida sobre ello que ésta se haya producido en el seno materno o fuera de él ¹².

"Aspectos jurídicos de la fecundación extracorporal", *LL*. 1978-C-930; CARRANZA, Jorge A., "Acerca de la concepción extracorporal de la persona de existencia humana visible"; MASSINI CORREAS, Carlos, "Tecnociencia, eticidad y fecundación *in vitro*", *Rev. Sapientia*, 1989, vol. XLIV; MEDINA, Graciela, "Comercialización de óvulos, espermia y personalidad del embrión", *J.A.* 6/12/1989.

¹² La mayor parte de las ponencias presentadas a las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil propician esta interpretación. La CNCiv., Sala I, en autos "Rabinovich, Ricardo D.", *LL.*, 2001-C-824, *J.A.*, 2000-III-630, *E.D.*, 185-412, resolvió que "en el ordenamiento legal y constitucional argentino, la existencia de la persona comienza desde el momento de la concepción,

351. ¿CUÁNDO SE PRODUCE LA CONCEPCIÓN?

Claro es que lo expuesto en el número anterior es válido si se admite que la concepción se produce por la fusión de los gametos.

Pero cabe recordar que para otra tesis, la concepción es un proceso y que recién existe embrión al producirse la anidación, cabría reconocer la existencia de un “preembrión”, que como se señaló no tendría el mismo *status* que el embrión (v. el tratamiento *in extenso* de este tema en el nº 318.1).

Obviamente, el embrión no implantado no estaría en esta condición, con lo cual no gozaría de la misma protección. Por otra parte, al no existir actualmente legislación en esta materia, se propicia que ella sea sancionada, de modo de acordar efectivamente alguna tutela al preembrión, por cuando aun no siendo persona, de todos modos existe en él vida humana ¹³.

352. LAS SOLUCIONES DADAS EN LAS LEGISLACIONES ABORTIVAS

Existen legislaciones, como la francesa, que permiten el aborto voluntario en las primeras semanas de vida. Evidentemente, estas legislaciones no pueden considerar que el embrión sea una persona; por el contrario, en ellas se parte de la idea de que la persona humana es producto de una evolución y se distingue entre embrión y feto, señalándose que el feto es aquel que ya tiene completo su desarrollo cerebral. Algunas legislaciones establecen que este desarrollo se produce a las ocho semanas, algunas a las diez semanas, mientras que otras estiman que ello ocurre a las doce semanas. Es más, algunos exigen la viabilidad del feto, esto es, la posibilidad de que desarrolle autónomamente una vida extrauterina o que el feto tenga sensibilidad al dolor y al placer, lo que recién sucedería en el segundo trimestre del embarazo. Estos criterios inspiran la solución de la jurisprudencia de USA en materia de aborto (v., *infra*, nº 731 e).

En Francia la *Ley Voel*, del 17 de enero de 1975, estableció en diez semanas el momento hasta el cual la madre puede abortar voluntariamente.

353. NUESTRA OPINIÓN

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 científicos van estableciendo, ya que inclusive

sea en el seno materno o fuera de él, a partir del cual la persona es titular de derechos y obligaciones, entre ellos el derecho a la vida y la integridad física y psíquica”.

¹³ V. la ponencia de ARRIBERE, Roberto en las mismas Jornadas, *Libro de Ponencias*, pág. 44 y sigs.

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.

Hay que tener en cuenta que esa vida humana que existe en los primeros catorce días tiene *per se* todos los elementos necesarios y propios que constituyen al hombre, y es una realidad biológica que intrínsecamente tiene un proceso de continuidad para devenir persona. Este proceso de continuidad, ese devenir progresivo, no puede ser interrumpido por otro hombre.

354. EL PROBLEMA DE LOS EMBRIONES SUPERNUMERARIOS

a) El porqué de los embriones "supernumerarios":

La técnica para realizar la FIV (también conocida como *Fivete, fecondation in vitro et transfert d'embryon*) consiste en unir fuera del útero materno el óvulo de una mujer con el esperma del hombre, para luego implantarlo en el seno materno, según ha sido ya explicado.

La obtención del óvulo se logra, generalmente, mediante la laparoscopia, que exige la anestesia general.

Ante el peligro de que una primera fecundación no triunfe, y para evitar reiterar el riesgo de la anestesia, se extraen numerosos óvulos que se fecundan, dando así lugar al problema de los embriones supernumerarios.

En general no se implanta un solo embrión, sino un número que va de tres a cinco. Con la implantación múltiple se trata de evitar que la FIV fracase por un aborto natural. La cantidad máxima de embriones a implantar se regula con las posibilidades de viabilidad de un nacimiento múltiple.

b) Congelación de embriones:

Dentro de la técnica de fecundación *in vitro*, también tuvo enorme trascendencia la posibilidad de congelar embriones a 196 grados C. La primera noticia exitosa que se tiene al respecto es de 1984, cuando en Melbourne nace una niña llamada Zoe, gracias al equipo médico *de* Carl Wood. Se trataba de una pareja que llevaba doce años de casada, la madre era estéril por una obstrucción de las trompas que había tratado de superar mediante dos operaciones no exitosas. Por ello recurrió a la FIV, a cuyo fin se le extrajeron diez óvulos que fueron fecundados *in vitro*, tres de los cuales le fueron implantados inmediatamente y el resto congelados. La primera implantación no tuvo éxito, por lo cual dos meses después se descongelaron tres nuevos embriones y le fueron implantados, esta vez con resultado exitoso, que dieron origen a Zoe, la primera niña nacida de un embrión congelado.

355. DESTINO DE LOS EMBRIONES SUPERNUMERARIOS

La congelación de los embriones supernumerarios da lugar al espinoso tema de qué hacer con ellos.

En principio, el destino del embrión no implantado dependerá fundamentalmente de sus padres, pues si éstos deciden posteriormente implantarlo no existe problema. La dificultad se presenta cuando los padres se niegan o no pueden implantar embriones congelados.

Las respuestas posibles son tres: destrucción, experimentación y dación para su implantación.

Cabe analizar las tres respuestas dadas.

a) *Destrucción:*

La admisión de la posibilidad de destruir los embriones congelados proviene de la postura inicial que se tenga acerca de la naturaleza del embrión humano.

Como nosotros consideramos que se trata de una persona no cabe sino repudiar la posibilidad de su destrucción.

Aun admitiendo, por vía de hipótesis que no hay individualidad, hay vida humana y debe ser respetada.

b) *Experimentación:*

Para los científicos la experimentación con embriones humanos ofrece una riquísima posibilidad en torno a la investigación genética, porque permite conocer la evolución de las células humanas, su curso normal y sus desviaciones.

En principio, por respeto a la dignidad humana se deberían evitar las experimentaciones con embriones humanos, tal como ha sido recomendado por el *Consejo de Europa* en 1986 y por el Vaticano en 1987.

Cabe, sin embargo, preguntarse si ello no resultaría retardatorio del progreso de la ciencia, y si la posibilidad de la curación de los males que aquejan a la humanidad no es justificativo suficiente para permitir el mal menor, que es la experimentación con el embrión.

En este sentido, entendemos que se pueden realizar estudios sobre embriones humanos para su propio beneficio y aquellos que no le perjudiquen.

Por ese lado, Lledó Yagüe afirma que "los límites aludidos en cuanto a la experimentación biogenética deben señalarse en la inalterabilidad del proceso humano generativo, que no se manipule la ontológica configuración entitativa de esa vida humana naciente *in fieri*, inviabilizándose su nacimiento y el natural desarrollo y continuidad de aquélla, experimentándose sin intención de ayudar a cumplir su función vital".

c) *Dación:*

Partiendo de la premisa de que el embrión es una persona humana, no puede admitirse que él sea donado por sus padres genéticos, y por ello

no puede ser objeto de ningún tipo de contrato. Es más, en nuestra legislación positiva está sometido a la patria potestad.

Por ello cabría comenzar el estudio de algún instituto similar al de la adopción, admitiéndose que se tratara de embriones abandonados.

356. PROPUESTAS DE LA DOCTRINA NACIONAL

Las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil han recomendado lo siguiente:

“1. El embrión debe ser protegido desde la concepción *in vivo* o *in vitro*; por lo tanto es titular del derecho a la vida y del derecho a la dignidad, y no ser objeto de manipulaciones que alteren sus derechos; 2. se deben fecundar sólo los óvulos que se pueden implantar; 3. de existir embriones congelados, deben buscarse soluciones similares a la adopción”.

Por su lado la XI Conferencia Nacional de Abogados (1989) ha declarado que debería dictarse una legislación que contemplara, entre otras cuestiones “la regulación de la manipulación de embriones, teniendo en cuenta que la vida para nuestro ordenamiento jurídico comienza desde la concepción, condenando la manipulación con fines comerciales”.

356.1. SOLUCIÓN PRETORIANA. EL CENSO DE LOS EMBRIONES CRIOCONSERVADOS Y LA PROHIBICIÓN DE ACTUAR SOBRE ELLOS

La Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal¹⁴ ordenó al Secretario de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a realizar un censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados existentes en el ámbito de esta ciudad, y conservados artificialmente por instituciones públicas y privadas o por profesionales; procediendo a la individualización de esos embriones y ovocitos, de los dadores de los gametos masculinos y femeninos y de aquellas instituciones y profesionales...

Y todavía más, el Tribunal resolvió que “toda disposición material o jurídica de esos embriones y ovocitos por parte de los dadores de los gametos o de las instituciones o profesionales actuantes —excepción hecha de la implantación en la misma dadora de los gametos femeninos con autorización del dador de los gametos masculinos— se concrete con intervención del juez de la causa...”

Más allá de la buena intención del Tribunal, que no es otra que proteger a los embriones crioconservados y evitar su posible destrucción, lo cierto es que la sentencia es un disparate. Los jueces no legislan ni pueden dar instrucciones generales, y en concreto la pretensión de que se in-

¹⁴ En autos “Rabinovich, Ricardo C.”, citado: *L.L.*, 2001-C-824, *J.A.*, 2000-III-630, *E.D.*, 185-412.

dividualice a los dadores de gametos es una violación de su derecho a la intimidad, tutelado por el artículo 19, de la Constitución.

Hasta donde sabemos, esta decisión no ha sido todavía cumplida.

VII. MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN ¹⁵

357. CONCEPTO

Existe maternidad por otro (o maternidad por sustitución), cuando una mujer acepta que se le implante el embrión de otra pareja para lograr su desarrollo y darlo a luz, con el compromiso de entregar el niño a sus padres biológicos.

358. SUPUESTO EXCLUIDO

No hay maternidad por sustitución cuando la mujer acepta ser inseminada con el semen de un hombre, que no es su esposo, y procrear un hijo, el que, una vez nacido, es entregado al padre renunciando la madre a los derechos materno-filiales.

Decimos que en este caso no hay maternidad por otro porque la madre portadora coincide con la madre genética.

En cambio, en el primer supuesto, existe una disociación voluntaria entre la madre biológica y la gestante, que es lo característico en la hipótesis que ahora estudiamos.

359. SITUACIÓN MUNDIAL DE LA MATERNIDAD POR OTRO

Las primeras noticias que se tienen al respecto son del año 1975, cuando en California apareció un aviso en un periódico, solicitando una mujer para ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y con el fin de entregar el niño a la pareja, mediante remuneración.

A partir de allí y con el desarrollo de la fecundación *in vitro*, aumentaron las prácticas de la maternidad por otro, sobre todo en EE.UU. y Francia.

Los casos conocidos son múltiples y muy variados; así una hermana gemela aceptó ser portadora del embrión de su hermana, y una madre sudafricana dio a luz el hijo biológico de su hija.

En los últimos años se han desarrollado en Francia y EE.UU. numerosas asociaciones que tienen por fin proteger esta práctica. Así cabe referirse a *L'Association National d'Insémination Artificielle par Substitu-*

¹⁵ Bibliografía especial: MEDINA, Graciela - ERADES, Graciela, "Maternidad por otro y alquiler de úteros", *J.A.* 18/4/1990; GIRAUD, François, *Mères porteuses et droits de l'enfant*, Paris, 1987.

tion, (ANIAS), *Mères d'accueil* (1983), *Les Cigones* (1985) y *Alma Mater* (1987), y el programa de "Maternidad Subrogada" de Los Angeles.

La jurisprudencia francesa considera que esas asociaciones son nulas por ilicitud de su objeto; solución que deriva de la declarada ilicitud de los contratos celebrados en orden a una maternidad sustituta ¹⁶.

360. PROBLEMAS QUE PRESENTA

La utilización de esta técnica plantea numerosos interrogantes al Derecho: la determinación de la maternidad, el derecho a interrumpir el embarazo en aquellos países que lo permiten, el derecho de la madre gestante a no entregar el niño, el derecho a repetir lo pagado cuando la madre portadora se niega a entregar al niño, la revocabilidad del acto —momentos—, la aplicabilidad o no de las presunciones de paternidad, necesidad del consentimiento expreso del marido de la madre portadora, legitimación y resultado de las acciones de filiación, posibles derechos hereditarios del niño cuando sus padres biológicos mueren durante la gestación, etcétera.

361. ENCUADRE JURÍDICO: ACTO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL PROPIO CUERPO

En un primer avance en orden a la solución de los problemas que hemos planteado *supra*, tenemos que concluir en que en la maternidad por sustitución existe un acto de disposición del propio cuerpo, en tanto que la madre sustituta "da" su útero para que en él sea implantado un embrión.

Este acto no puede nunca ser calificado como contrato, por cuanto el cuerpo humano está fuera del comercio.

En consecuencia, el acto extrapatrimonial que importa la "dación" del útero debe ser encuadrado dentro de los actos de disposición del propio cuerpo, en los cuales —por regla general— el consentimiento del sujeto priva de ilicitud al acto, siempre que con ese acto no se vulnere la ley o la moral.

362. ES UN ACTO DE DISPOSICIÓN LÍCITO O ILÍCITO

De acuerdo con lo expuesto en el punto anterior, debemos determinar si ese acto de disposición del propio cuerpo es conforme o contrario a la moral (sobre el contenido moral de los actos jurídicos v. *infra*, Cap. XXV).

Algunos autores sostienen que lo inmoral sería pagar por la utilización del útero de una mujer.

¹⁶ COUR DE CASS, 1er. Ch. Civ., 13/12/1989, *Daloz* 1990-IR 29; allí citados: Trib. Adm. Strasbourg, 17/6/1986, *Daloz* 1988-304; Cons. d'Etat, 22/1/1988, *Daloz* 1988-IR-45.

Nosotros en cambio pensamos que, en este tipo de actos, hay una distorsión deshumanizadora de la maternidad, y que por ello resulta contraria a la moral. Y con mayor razón cuando no se funda en la imposibilidad de gestar, sino en la pretensión de la madre biológica de evitar los inconvenientes del embarazo y del parto.

Además, se hace pasible de las siguientes objeciones:

a) Prescendencia del interés del niño:

En este tipo de acuerdo se tiene en cuenta el interés de los padres biológicos, pero no se considera el interés del niño, y nadie puede asegurar que el ser separado de la madre gestante, con quien lo ha unido un nexo biosíquico durante nueve meses, contribuya al interés del menor. A quien por otra parte se lo privaría de una lactancia natural, ¡salvo que se acepte que la madre portadora lo amamante...!

Por otra parte se privilegia al nexo genético, sin tener en cuenta que son también importantes los nexos creados durante el embarazo, ya que si bien los códigos genéticos del niño son determinantes, también hacen a la futura personalidad del niño la salud física y psicológica de la madre durante el embarazo, influyendo, por ejemplo, una buena alimentación, o los trastornos emocionales de la gestante.

b) Disocia voluntariamente la maternidad:

Estas formas de reproducción plantean una doble maternidad, la de la madre gestante y la de la madre biológica.

Podría afirmarse que la duplicidad de la maternidad también se encuentra en el caso de la adopción, donde tenemos la madre biológica y la madre de adopción. La comparación no es aceptable:

— en la adopción hay una intervención judicial que tiene en cuenta el interés del menor, quien ya ha nacido;

— en la adopción hay abandono, generalmente, cosa que no se da en la maternidad por otro, cuando las dos madres lo reclaman.

c) Es contraria al orden público:

Porque genera inseguridades con respecto a la filiación. Ya que no se sabe si naturalmente hay que hacer prevalecer el lazo biológico o el vínculo de la gestación.

También porque dispone de derechos indisponibles e irrenunciables. Si bien puede admitirse como un derecho personalísimo el derecho a disponer del propio útero, lo que sí resulta indisponible e irrenunciable es la patria potestad; por ende, la madre gestante no puede renunciar por anticipado a sus derechos sobre el niño.

363. EFECTOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS RELATIVOS A LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN

a) Soluciones en el extranjero:

Ya se han planteado en algunos países cuestiones judiciales por el incumplimiento de estos acuerdos. A título ejemplificativo recordamos que un tribunal inglés en 1984 y un juez de Nueva Jersey (EE.UU.) en 1987, los consideraron válidos y obligaron a la madre portadora a entregar el niño a los padres genéticos.

Pero la legislación existente y algunos informes relacionados con el tema propician la invalidez de estos acuerdos y concluyen en que la maternidad se determina por el parto.

Así, el Código de Familia de Bulgaria (1985) establece que la maternidad se determina por el nacimiento aunque el hijo se haya concebido con material genético de otra mujer; la Ley de Nacionalidad Holandesa (1985) establece que madre es la mujer que pare al niño; la ley española (1988) considera nulos estos contratos y dispone que la maternidad se determina por el hecho del parto.

Ya hemos visto que en Francia la jurisprudencia considera que son nulas las convenciones que ponen a disposición de padres estériles las funciones reproductoras de una madre portadora (v. *supra*, n° 359).

b) En nuestro país:

En la Argentina no existe una reglamentación específica, por lo que podrían plantearse acuerdos en orden a la maternidad por subrogación. Consideramos que estos actos son nulos por violar la regla moral del artículo 953 del Código Civil, y por ende:

— no darán derecho a repetir lo pagado en caso de que la madre portadora se niegue a cumplir el acuerdo;

— si el acuerdo se cumple, la filiación queda determinada por el parto; sin perjuicio de ello, el padre biológico podría reconocer al niño como hijo suyo, y la madre genética podría reclamar la adopción;

— de no cumplirse el acuerdo, e intentarse las acciones de filiación, los resultados a los que se podría arribar son absurdos pues el niño tendría dos madres.

364. PROPUESTAS DE LA DOCTRINA NACIONAL

Las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil han recomendado:

“1. La disposición del propio útero en orden a la maternidad por otro es contraria a la moral y al orden público; 2. es nulo todo contrato cuyo objeto sea la maternidad por otro; 3. la maternidad se determina por el hecho del parto”.

364.1. PROYECTO DE UNIFICACIÓN LEGISLATIVA

El Proyecto de 1998 no trataba de las técnicas de reproducción asistida, por considerar que por su permanente evolución es preferible que esta materia esté fuera del Código ¹⁷. Sin embargo, es inexorable propiciar soluciones para casos que pueden plantearse más allá de que las técnicas de reproducción asistida estén o no reglamentadas, y aun cuando sean ilícitas o no, porque es obvio que si nace un niño de una práctica de esta especie la ley tiene que determinar su emplazamiento en el estado civil, proveyendo normas sobre filiación, patria potestad, etcétera.

En cuanto a la maternidad subrogada, el Proyecto de 1998 disponía: "La maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita".

VIII. CLONACIÓN

364 BIS. TRATAMIENTO JURÍDICO

La clonación ha generado en los últimos tiempos una gran expectativa en el mundo científico y un gran revuelo en el ambiente jurídico. En la Argentina el Poder Ejecutivo nacional dictó un decreto limitando esas prácticas (dec. 200/1997), y el proyecto de ley de fecundación asistida a que hacíamos referencia en el número precedente prohíbe la práctica de la clonación de células germinales humanas.

Por su lado, en Europa, está abierto a la firma de los Estados miembro de la Unión Europea el Protocolo Adicional a la Convención del Consejo de Europa sobre la biología y la medicina, estableciendo la prohibición de la clonación de seres humanos.

De todos modos, en materia de clonación se hacen hoy algunas distinciones, pues lo que todo el mundo coincide en condenar es la creación de personas por este medio; esto es la clonación reproductiva humana.

Pero en cambio la técnica de la clonación puede utilizarse para todo tipo de tejidos, lo que sirve al desarrollo de terapias aplicables al tratamiento de diversas enfermedades. Inclusive se sostiene que puede ser aceptada la clonación de células germinales, en tanto no esté dirigida a la creación de un embrión.

¹⁷ En Francia las normas sobre esta materia y sobre bioética han ido recibiendo reformas importantes cada cinco años, lo que refleja el acierto del Proyecto al omitir la inclusión del tema en el Código.

CAPÍTULO X

LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS

I. ATRIBUTOS DE LA PERSONA FÍSICA ¹

365. *CONCEPTOS. ENUMERACIÓN*

Desde el momento mismo de su nacimiento con vida, la persona tiene una serie de atributos que no vacilamos en calificar de inherentes a la personalidad, una serie de cualidades o circunstancias que hacen a la esencia de su personalidad y que la determinan en su individualidad.

Ellos son el nombre, el domicilio, la capacidad, el estado civil y los denominados derechos personalísimos; nociones inseparables de la persona a la que —a la inversa— no es posible imaginar sin ellos.

En resumen, esas circunstancias se dan en razón de la persona física y ésta no puede ser considerada tal sin ellos.

Debemos agregar que para parte de la doctrina, junto con los atributos precedentemente nombrados se incluye el patrimonio.

El criterio expuesto no resulta uniforme, por lo que queda para más adelante la exposición y el análisis de las razones que sustentan una y otra postura (v. *infra*, Cap. XXIII).

366. *CARACTERES*

Estos atributos presentan los caracteres siguientes:

— son *necesarios*, habida cuenta de que no se concibe persona que pueda carecer de ellos por cuanto la determinan en su individualidad;

— son *innatos*, pues el hecho del nacimiento con vida hace que adquieran su plenitud;

— son *vitalicios*, por cuanto se extinguen con la vida de la persona que los detenta;

— son *inalienables*, por tratarse de una materia que hace al orden público; los atributos de la persona no están en el comercio y, en principio, no pueden ser objeto de relación jurídica alguna; aunque algunos,

¹ Bibliografía general: la citada en las notas 1) de los caps. VII y VIII.

como los derechos personalísimos son relativamente disponibles (v. *infra*, n^o 723 h);

— son *imprescriptibles*, habida cuenta de que no se pierden ni se adquieren por el transcurso del tiempo.

367. LOS ATRIBUTOS EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS JURÍDICAS

En principio los atributos de la personalidad son emanaciones necesarias de la personalidad física.

Cierto es que las personas jurídicas tienen domicilio, nombre o denominación o razón social, y capacidad. También es exacto que tienen un cierto derecho a la privacidad de sus papeles y libros de comercio, y aun al respeto de su buen nombre.

Pero el sentido del reconocimiento es distinto cuando se trata de las personas jurídicas, pues esos "atributos" no son más que mecanismos tendientes a facilitar la vida de relación de las personas jurídicas y el desarrollo de su actividad.

Ello se advierte cuando se pondera que el nombre o denominación de la persona jurídica están en el comercio; o inclusive pueden carecer de denominación como sucede con la sociedad de hecho.

La privacidad de los papeles y libros de comercio se vincula con la propiedad industrial —que exige el secreto de los negocios—, y no con el respeto a la personalidad.

El respeto al buen nombre u honor de la persona jurídica, normalmente, tiene un contenido puramente patrimonial, pues el buen nombre hace a la penetración de la sociedad mercantil en la plaza o mercado en que actúa; esta idea merece excepcionarse cuando se trate de asociaciones civiles o fundaciones, a las que cabe reconocer un "derecho al buen nombre" de contenido extrapatrimonial.

Por ello, debe predicarse que los atributos de la personalidad son un elemento inalienable e imprescindible de las personas físicas; teniendo en las personas jurídicas otros caracteres habitualmente vinculados a la actividad desarrollada por ellas.

II. LA CAPACIDAD ²

368. CONCEPTO

a) Capacidad de derecho:

Los artículos 31 y 32 nos dan, esquemáticamente, el concepto de capacidad en cuanto aluden a la posibilidad de que las personas adquiera-

² Bibliografía general: ARAMBURO y MACHADO, Mariano, *Estudio de las causas que determinan*,

ran derechos o contraigan obligaciones en los casos, por el modo y en la forma que el propio Código determina.

Tal criterio es ratificado en el artículo 52 cuando dice: "Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones". Esto es lo que se denomina capacidad de derecho o de goce.

b) Capacidad de hecho:

Pero el concepto de capacidad no queda circunscripto solamente a la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir a la capacidad de derecho, ya que, si así fuera, veríamos sólo un aspecto de este atributo.

La capacidad, entonces, ha de incluir también la aptitud para ejercer esos derechos y cumplir aquellas obligaciones, o sea la llamada capacidad de hecho o de ejercicio.

En este sentido, resulta esclarecedora la nota al artículo 52 del Código Civil en cuanto a las fases y amplitud de cada una de ellas, que integran esa aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones.

369. CARACTERES

La capacidad, como atributo que es de las personas físicas, participa de los caracteres generales de los atributos que hemos enunciado precedentemente, aunque por sí misma tiene otros que la precisan.

Así es entonces:

— *Graduable*: todo sujeto tiene capacidad de derecho. En este sentido es clara la idea del codificador, expuesta en el artículo 103 y su nota, en cuanto rechaza la condena por muerte civil, institución por la cual, en la antigüedad, la persona perdía en vida la totalidad de sus derechos, defiriéndose su sucesión, tal como si hubiere fallecido.

Pero esa capacidad de goce puede limitarse para ciertos actos, supuestos que se denominan incapacidad de derecho.

En cambio existen sujetos que carecen absolutamente de capacidad de ejercicio; son los enumerados en el artículo 54. Al efecto de suplir esa incapacidad, la ley organiza la representación de esos sujetos (v. *infra*, n° 391). Además, los incapaces menores de edad van adquiriendo capacidad para ciertos actos de manera gradual, acorde con la edad que van alcanzando.

— Es asimismo *reglamentada por ley* y con *excepciones restrictivas*, tal como claramente resulta del juego de los artículos 31 y 53.

modifican y extinguen la capacidad civil, Madrid, 1894; LEÓN HURTADO, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 3ª. ed., Santiago de Chile, 1979; PORTAS, Néstor L., "Régimen general de la capacidad", en *Examen y crítica de la reforma al Código Civil*, vol. 1, La Plata, 1971; RISOLIA, Marco A., *Capacidad y contrato*, Buenos Aires, 1959.

— Es de *orden público*, por lo que es ajena a la posibilidad de modificaciones por la voluntad de los sujetos, salvo cuando la ley expresamente lo autoriza, como sucede en la emancipación dativa.

Resulta lógico que así sea, por cuanto la capacidad —a más de hacer a la esencia de la persona— implica también una forma de regulación de las relaciones jurídicas, sustentada esencialmente en el resguardo de la moral y de la buena fe a través de la protección del incapaz o de la propia sociedad, según se trate de atender a las incapacidades de hecho o de derecho, tal como lo veremos en detalle más adelante.

370. CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO

Son éstos dos conceptos diversos en cuanto a fundamento y consecuencias, bien que —frecuentemente— se los analice en forma conjunta.

Tal como lo expresamos anteriormente, la capacidad está referida a la aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones, y se sustenta en su madurez, que le permite distinguir lo conveniente de lo inconveniente a sus intereses, teniendo por contrapartida la incapacidad.

En cambio, el discernimiento es la aptitud de las personas para distinguir lo bueno de lo malo, también sustentada en su madurez o salud mental, pero cuya contrapartida es la falta de razón (Llambías).

De allí entonces que el artículo 921 establezca como actos realizados sin discernimiento los ilícitos cometidos por menores de diez años, los lícitos otorgados por menores de catorce años, así como los realizados por los dementes, salvo que se encuentren en intervalos lúcidos, y por quienes por cualquier otra circunstancia estén sin uso de razón.

La falta de discernimiento hará que el hecho resulte involuntario, habida cuenta de la caracterización que el artículo 897 hace de los hechos voluntarios. De allí que el acto obrado sin discernimiento, por regla general, no genera responsabilidad (arts. 900 y 907).

Así es entonces que, resumiendo, la capacidad o incapacidad de las personas hace a la aptitud para generar relaciones jurídicas, en tanto que el discernimiento hace a la voluntariedad de los actos de esa persona.

Un examen más detenido lo hacemos *infra*, Capítulo XXIV.

371. CAPACIDAD Y ESTADO

En nuestro Derecho la noción de estado se reduce a la de “estado de familia”, es decir, la posición del individuo en el grupo familiar a que pertenece. Tal es el sentido con que el Código utiliza la palabra estado en los artículos 845 y 1001 —que expresamente aluden al “estado de familia”— y en los artículos 846, 847 y 4019, inciso 9º, en que se refieren al estado en este sentido (v. *infra*, Cap. XV).

En punto a las relaciones entre capacidad y estado, debe apuntarse que éste influye sobre aquélla, ya que supone una determinada posición del sujeto en la familia, que incide sobre sus derechos y obligaciones. Así, los cónyuges no pueden otorgarse ciertos contratos entre sí; los padres no pueden contratar con sus hijos menores; quienes están en cierto grado de parentesco no pueden contraer matrimonio entre sí.

372. CAPACIDAD Y PODER

Mientras la capacidad implica la idoneidad del sujeto para ser titular de derechos o ejercerlos por sí mismos, el poder es la aptitud para gestionar negocios.

Existen diferencias entre estos conceptos que permiten diferenciarlos claramente.

La capacidad del sujeto está siempre dada por la ley. El poder puede ser legal o convencional.

El poder puede otorgar facultades más amplias que las que el sujeto goza en su propia esfera de capacidad. Por ejemplo, un menor emancipado no puede donar bienes recibidos a título gratuito (art. 134, inc. 2^o); pero sí podría recibir un mandato para donar bienes que su mandante ha recibido a título gratuito.

373. CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN ³

La realidad jurídica indica la existencia de casos en los que el titular de un derecho no puede disponer de él; por ejemplo, el heredero del presuntamente fallecido durante el período de prenotación. Y, también existen supuestos en los cuales, quien no es titular de un derecho puede disponer de él o ejercerlo con la mayor plenitud frente a terceros.

Para explicar estos casos, se recurre a la idea de legitimación, definida como la aptitud atribuida o integrada por la ley, o por la voluntad, para adquirir derechos, contraer obligaciones o para disponer de objetos concretos, por sí, por medio de otro o por otro (Alterini, J. H.).

Ejemplos de aplicación de la idea de legitimación se encuentran tanto en el Derecho civil cuanto en el derecho mercantil.

En el primero puede señalarse el caso del artículo 1277, 2^o párrafo, que dispone: *"...será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial"*.

³ Bibliografía especial: ALTERINI, Jorge H., "Capacidad y legitimación", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1966-III-251; GUASTAVINO, Elías P., "Naturaleza del requisito del asentimiento conyugal en el art. 1277 del Cód. Civ.", *L.L.* 153-632.

Es decir que el propietario del inmueble no puede venderlo o hipotecarlo si no es con la conformidad de su cónyuge. Esto no quiere decir que sea un incapaz de derecho, sino que respecto de ese bien, en el que está radicado el hogar conyugal existiendo hijos menores o incapaces, carece de legitimación completa para disponer. Esa legitimación se integra con la conformidad del cónyuge.

En el ámbito del derecho mercantil, se encuentran numerosos casos de legitimación sin titularidad de derecho. Por ejemplo, el portador de una letra de cambio, pagaré o cheque, en virtud de una cadena regular de endosos, puede ejecutar a todos los obligados, aun cuando esa letra, pagaré o cheque hubiese sido perdida por su verdadero propietario. Ese portador es el "portador legitimado", que no quiere decir "genuino o auténtico", sino legitimado para ejercer las acciones cambiarias.

374. *CAPACIDAD DE DERECHO. CONCEPTO*

La capacidad de derecho es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones.

Esta capacidad de derecho resulta esencial para apreciar la persona desde el punto de vista del Derecho, por cuanto no se concibe a aquélla totalmente privada de la titularidad de derechos u obligaciones.

La institución de la muerte civil, a la que se refiere nuestro codificador en la nota al artículo 103, en cuanto significa una equiparación a la muerte natural por la privación total de derechos, ha sido suprimida en la casi totalidad de las legislaciones modernas.

375. *INCAPACIDAD DE DERECHO*

Precisamente, porque la capacidad de derecho no puede desaparecer totalmente, es que el ordenamiento ha debido prever situaciones en las que tampoco puede admitirse la plena y total capacidad.

Es para estos supuestos entonces, que la normativa vigente establece las incapacidades de derecho. Tales incapacidades implican una limitación siempre parcial y excepcional de la aptitud general de ser titular de derechos y obligaciones.

376. *FINALIDAD Y FUNDAMENTO DE LAS INCAPACIDADES DE DERECHO*

Ahora bien, si tal es el principio general, cuando el ordenamiento se aparta de él, cercenando un atributo esencial de la persona, lo es por razones de tal importancia que así lo justifican.

En general, con las incapacidades de derecho se trata de proteger principios superiores, o sea de orden público, y especialmente la moral y la buena fe.

De allí entonces que las incapacidades de derecho no se establecen en beneficio del incapaz, sino en su contra, para evitar incorrecciones en las que pudiera incurrir con motivo del goce de ese derecho.

Así, por ejemplo, el artículo 1361 prohíbe a los padres comprar los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad; a los jueces, los que estuviesen en litigio en sus juzgados, etcétera.

377. SANCIÓN

En razón de la finalidad perseguida por la ley y del fundamento de la incapacidad de derecho es, entonces, que podemos esclarecer en un supuesto dado, si la incapacidad de que se trata es de derecho o no.

Tal distinción habrá de resultar fundamental para determinar la sanción que importará la violación de la regla legal que la establezca.

De acuerdo con lo prescripto por el artículo 1040, debiendo la persona ser capaz para cambiar el estado de sus derechos, el acto otorgado, precisamente por aquél a quien la ley le prohíbe el ejercicio del mismo, habrá de resultar nulo, según claramente surge del artículo 1043 y su nota.

Y en principio, esa nulidad habrá de ser absoluta, de forma tal que el acto no podrá ser confirmado a fin de preservar de tal manera el fundamento y la finalidad en que se asienta esta incapacidad.

378. INCAPACIDADES DE DERECHO

No hay propiamente incapaces de derecho, sino personas que tienen incapacidad de derecho con relación a ciertos actos.

Ahora bien, esa incapacidad para ciertos actos deviene, tal como lo explicamos anteriormente, más que del acto en sí mismo, de determinadas condiciones que habremos de sistematizar con relación a las personas que intervienen como partes del acto y —finalmente— con relación al propio acto, pasando previamente por las cosas involucradas en él.

a) Con relación a las personas:

El artículo 1160 prohíbe contratar a quienes están excluidos de hacerlo con personas determinadas. Ello así en razón de la contraposición de intereses que puede darse entre ambas partes del acto.

Así, por ejemplo, el artículo 1358 veda el contrato de compraventa entre marido y mujer, aunque hubiese separación judicial de bienes, lo que resulta lógico habida cuenta de la comunidad de intereses materiales o inmateriales que implica el matrimonio, lo que torna desaconsejable —para su propia preservación— la pugna de intereses económicos que supone la compraventa.

Razones de igual índole, son las que sustentan las prohibiciones fijadas en los artículos 279 y 450 del Código Civil, en cuanto hace a la contratación entre padres e hijos, o entre tutores y pupilos.

b) Con relación a las cosas:

Habremos de puntualizar, claramente, que no se trata en la especie de una prohibición en razón de la cosa en sí misma, supuesto en que nos encontraríamos ante un objeto prohibido (art. 953), sino en razón de la persona a quien pertenece la cosa objeto del acto.

Así surge con claridad del texto del artículo 1361 en materia de compraventa, y del artículo 1807, incisos 2º y 6º, en materia de donaciones.

De ellos se desprende que la incapacidad se decreta en razón de pertenecer los bienes a los hijos, pupilos, mandantes, etcétera, lo que obstaculiza la libre disposición de los mismos por sus padres, tutores o curadores.

c) Con relación a ciertos actos:

En estos supuestos, se prohíbe a un sujeto la realización de determinado acto o el ejercicio de una función, de tal forma que salvo el que resulta vedado, puede libremente realizar otros.

Tal el caso del artículo 398, que en sus incisos 2º, 4º, 5º y 6º, establece que no pueden ser tutores los mudos, los que no tienen domicilio en la república, los fallidos y el que hubiera sido privado de la patria potestad, sujetos que pueden realizar válidamente otros actos.

379. SUPUESTOS APARENTES DE INCAPACES DE DERECHO

La afirmación de que no existen incapaces sino incapacidades de derecho aparece, aparentemente contradicha por el artículo 1160, en el cual se lee que: *"No pueden contratar...los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordato con sus acreedores"*.

Examinaremos estos dos casos en los números que siguen.

380. RELIGIOSOS PROFESOS ⁴

a) Concepto:

Religioso profeso es el religioso regular, o sea, el que pertenece a una orden religiosa propiamente dicha, que son las que admiten votos solemnes. En cuanto a las religiosas, sólo las monjas quedan comprendidas en la norma *sub examine*, por cuanto también formulan votos solemnes.

⁴ Bibliografía especial: el tratamiento de este tema se encuentra en todas las obras que tratan la teoría general del contrato. Además, VALOTTA, Marcelo R., "Incapacidad de los religiosos profesos", *L.L.* 115-915; SARAVIA, José Manuel, "Capacidad de contratar", *Rev. Aequitas*, nº 6, 1965.

Por lo tanto, quedan excluidos de la disposición del artículo 1160 los religiosos que hacen votos simples y las hermanas (Saravia, Valotta), criterio que ha merecido acogimiento en antiguos fallos de los tribunales nacionales.

b) Naturaleza de la limitación:

Segovia afirmaba que la incapacidad de esos sujetos era de hecho, criterio contra el cual se ha alzado gran parte de la doctrina nacional, para la cual se trata de una incapacidad de derecho (Llambías, Borda, Spota, Saravia).

Para otro sector de los autores nacionales, se trata simplemente de una imposibilidad de contratar, derivada de los votos formulados (Lafaille, Mosset Iturraspe)

c) Inconstitucionalidad del precepto:

Spota sostiene con acierto que las mismas razones que llevaron al codificador a eliminar la muerte civil, expuestas en la nota al artículo 103, debieron conducirlo a no admitir esta incapacidad de derecho con un ámbito extendido a la contratación en general, que convierte a un sujeto en un verdadero incapaz de derecho para contratar.

Por lo demás, la aplicación de la incapacidad sólo a los religiosos católicos constituye una verdadera desigualdad jurídica no fundada en razón alguna.

De modo que compartimos el criterio de Spota, en el sentido de que esta disposición no armoniza con la Constitución Nacional (en el mismo sentido Bibiloni en las notas a su *Anteproyecto*).

d) Proyectos de reforma:

Todos los *Proyectos de Reforma* del Código Civil eliminan la referencia a los religiosos profesos.

e) Carácter de la nulidad:

Los autores disienten acerca del carácter de la nulidad del contrato celebrado por un religioso profeso en violación a la norma del artículo 1160.

Nosotros entendemos que siendo la disposición inconstitucional, el acto sería válido.

f) Incapacidad para celebrar el contrato de fianza:

Según el artículo 2011, inciso 6º, no pueden ser fiadores "...los que tengan órdenes sagradas cualquiera que sea su jerarquía, a no ser por sus iglesias, por otros clérigos o por personas desvalidas".

Esta limitación se aplica también a los sacerdotes seculares (Valotta), y siendo una incapacidad para celebrar un determinado acto es válida, y como tal, el contrato de fianza sería nulo de nulidad absoluta (conf. Spota).

g) Incapacidad para ejercer el comercio:

Según el artículo 22, inciso 2º, del Código de Comercio, no pueden ejercer el comercio "...los clérigos, de cualquier orden, mientras vistan el traje clerical".

La doctrina comercialista considera que esta prohibición no tiene un alcance absoluto. De modo que si el clérigo ejerce efectivamente el comercio por cuenta propia, adquiere la calidad de comerciante (arg. art. 1º, Cód. Com.), pudiendo incluso ser declarado en quiebra como tal (Siburú, Malagarriga, Fontanarrosa).

381. COMERCIANTES FALLIDOS ⁵

a) Concepto:

Fallido es el sujeto declarado en quiebra, situación jurídica en que puede hallarse no sólo el comerciante, sino también cualquier persona física o jurídica comerciante o no, conforme al régimen vigente de la ley 24.522.

b) Naturaleza de la incapacidad:

Nuevamente Segovia participaba del criterio de que aquí se trataba de una incapacidad de hecho; mientras que, aisladamente, Salvat sostuvo que es una incapacidad de derecho.

Sin embargo, la totalidad de la doctrina actual considera que el sujeto declarado en quiebra no es un incapaz. La prohibición de contratar sobre los bienes que constituyen su patrimonio es una consecuencia del principal efecto de la quiebra, esto es, el desapoderamiento, que impide al fallido ejercitar derechos de disposición y administración sobre los bienes comprendidos en él (art. 109, ley 24.522) (sobre el desapoderamiento v. *infra*, Cap. XXIII).

c) Sanción de los actos realizados por el fallido:

De acuerdo con el criterio expuesto, los actos realizados por el fallido no son nulos, sino ineficaces, y con mayor precisión, inoponibles a sus acreedores, como lo expresan los artículos 109, 118, 119 y concordantes de la ley 24.522 (respecto a la inoponibilidad de los actos del fallido sobre los bienes materia del desapoderamiento, v. *infra*, Cap. XXIII, sobre el concepto de inoponibilidad, v. *infra*, Cap. XXIV).

⁵ Bibliografía especial: este tema se trata en todas las obras generales sobre contratos y sobre concursos; además: FERNÁNDEZ, Raymundo L., "Desapoderamiento del fallido. Naturaleza jurídica. Distintas teorías...", *L.L.* 16-119; SATANOWSKY, Marcos, *Estudios de derecho comercial*, Buenos Aires, 1950, t. II; YADAROLA, Mauricio, "El problema dogmática de la falencia", en *Homenaje a Yadarola*, Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba, t. VII, pág. 312; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, "Influencia de la inhabilitación y del concurso o quiebra sobre la sociedad conyugal", *J.A. Doct.* 1973-31; DIEUZEIDE, Juan José, "Apuntes acerca de la incapacidad e inhabilitación del fallido", *E.D.* 121-793; AGUINIS, Ana María, DE CAPRARO, Graciela, "Consideraciones sobre la inhabilitación en la quiebra", *L.L.* 1975-C-733.

d) Otras incapacidades del fallido en el Código Civil:

El quebrado no puede ser tutor (art. 398, inc. 5º), ni curador (arg. art. 475), ni albacea (art. 3864); no puede ser administrador de los bienes de los hijos (art. 301), ni formar parte de sociedad civil (arts. 1735, inc. 4º; 1736). Tampoco puede ser testigo en instrumentos públicos (art. 990).

e) Otras incapacidades del fallido:

El artículo 238 de la ley 24.522 dispone que: "Además de los efectos previstos en esta ley o en leyes especiales, el inhabilitado no puede ejercer el comercio por sí o por interpósita persona, ser administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones. Tampoco podrá integrar sociedades o ser factor o apoderado con facultades generales de ellas".

Las leyes especiales a las que alude el texto legal son las que, a título de ejemplo, prohíben al fallido ejercer como despachante de aduana, corredor de bolsa, escribano o martillero.

f) Carácter de estas limitaciones:

Dieuzeide afirma que estas limitaciones, a que nos hemos referido en los dos apartados anteriores, no son propiamente incapacidades de derecho, sino meras inhabilidades.

Para ello distingue entre incapacidad e inhabilidad. Afirma que la capacidad se vincula a la validez de los negocios jurídicos; mientras que la inhabilidad se conecta con otras consecuencias (sanciones disciplinarias, por ejemplo).

Desde nuestro punto de vista, la capacidad no tiene por qué ser atada a un determinado tipo de consecuencias; ello importaría restarle su condición universalmente reconocida de concepto general aplicable a todas las personas sin distinción alguna.

Además, creemos que no agrega nada tratar de distinguir si el fallido es incapaz para ser tutor o inhábil para lo mismo.

La idea de que la inhabilitación dispuesta, como consecuencia de la quiebra, afecta la capacidad del fallido ha sido recogida por la jurisprudencia mercantil ⁶.

381.1. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

El Proyecto de Código Civil simplifica la materia de la capacidad. En lo que hace a la de derecho establece: "Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede pri-

⁶ V. el voto de los Dres. ALBERTI, ARECHA y CUARTERO en CNApel. Com., en pleno, 27/4/1988. L.L. 1988-C-309.

var o limitar esta capacidad respecto de hechos o actos jurídicos determinados”.

Por supuesto el Proyecto no menciona “incapaces” de derecho, como los fallidos y los religiosos profesos.

382. *CAPACIDAD DE HECHO. CONCEPTO*

El titular de un derecho tiene no sólo la capacidad de gozar de él, sino que habrá de tener también aptitud para ejercer por sí esos derechos y deberes.

Es este último —precisamente— el concepto de la capacidad de hecho: la aptitud de la persona para ejercer por sí los derechos de que es titular.

En algunos casos, el ejercicio es aparentemente efectuado por otro, cuando en realidad quien actúa es el mismo sujeto titular. Tal sucede cuando quien goza de un derecho da poder a otro para que éste lo ejerza en su representación. Los actos del representante convencional se imputan directamente al representado, por lo cual, quien ejerce realmente el derecho es el titular poderdante y no el apoderado.

En otros casos en cambio, el ejercicio es efectivamente realizado por otro. Tal como sucede en la representación legal, verbigracia la de los padres respecto de los hijos menores. En ese caso, el representante sustituye la voluntad del representado. Propiamente entonces, estamos ante un sujeto que carece de capacidad de hecho, pues quien manifiesta su voluntad es el representante legal.

383. *INCAPACES DE HECHO. PRINCIPIO GENERAL*

Hemos ya señalado que el principio básico y general es el de la capacidad plena de las personas, la que sólo se restringirá por disposición de la ley (art. 53), fundamentalmente, por razones de madurez o de enfermedad mental del titular.

Sin embargo, no sólo por tal circunstancia la ley priva a la persona de la aptitud para ejercer sus derechos.

Ya vimos anteriormente en el supuesto de las personas por nacer, la absoluta imposibilidad material en que naturalmente se encuentran para ello.

Similar situación se da en el supuesto previsto por el artículo 12 del Código Penal, al que nos referiremos más adelante.

384. *FUNDAMENTO Y FINALIDAD*

De tal forma, habremos de colegir que el fundamento para que la ley declare la incapacidad de hecho de una persona puede ser su falta de madurez o discernimiento, o bien la imposibilidad de efectivizar por sí misma el ejercicio de sus derechos.

Ello nos lleva entonces a apreciar que el legislador, frente a tales circunstancias, declara a la persona incapaz, a fin de protegerla en el ejercicio de sus derechos nombrándole a tal fin un representante, a fin de que éste y por la legitimación e investidura de la ley, ejerza aquellos derechos en nombre y por cuenta de su representado.

385. SANCIÓN

Frente a la expuesta finalidad de carácter tuitivo del incapaz, la sanción de la ley habrá de tener un rigor menor que el que anteriormente vimos en el supuesto de incapacidad de derecho.

En el presente, el acto realizado por el incapaz también será nulo, pero de nulidad relativa (sobre esta distinción, v. *infra*, Cap. XXXIV).

Resulta razonable tal solución, habida cuenta de que estando establecida la incapacidad en protección del incapaz de hecho, nada impide que resultándole el acto beneficioso, éste sea confirmado por su representante legal, o por él mismo cuando desaparezca la causa de la incapacidad.

386. FORMAS DE SUPLIRLA

El Código fija las pautas generales en esta materia en los artículos 57 y 59.

En el primero de ellos, se realiza una enumeración de los representantes legales y necesarios de los incapaces absolutos, enumerados en el artículo 54, mientras que en el segundo, se introduce la representación promiscua del Ministerio de Menores, o Asesor de Incapaces, como también se lo denomina habitualmente.

Sin perjuicio de estudiar la institución más adelante (v. *infra*, nros. 401 y sigs.), puntualizamos que el Ministerio de Menores es parte necesaria en todo acto en que se pongan en juego derechos de los incapaces de hecho frente a terceros o bien, con los representantes legales del artículo 57. La intervención de este Ministerio tiene por objeto no sólo el resguardo del interés del menor, sino además, el control de legitimidad de todos los actos y actuaciones judiciales o extrajudiciales.

Es preciso apuntar aquí que la posibilidad de suplir la incapacidad de hecho por vía de la representación es una de las diferencias más notables con las incapacidades de derecho, que no pueden subsanarse por vía de la representación. Es que no tendría sentido que el acto vedado pudiera realizarse válidamente con el solo subterfugio de realizarlo por otro.

387. INCAPACES DE HECHO ABSOLUTOS Y RELATIVOS

Tradicionalmente se ha sostenido la distinción entre incapaces de hecho absolutos y relativos, atendiendo básicamente a los preceptos de los artículos 54 y 55.

La ley designa incapaces de hecho absolutos a las personas por nacer; a los menores impúberes; a los dementes declarados tales en juicio y a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, según la enumeración del artículo 54.

En la categoría de los incapaces de hecho relativos, se incluye a los menores adultos; las mujeres casadas han sido excluidas a partir de la sanción de la ley 11.357.

388. IRRELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN

La clasificación que antecede ha perdido toda importancia a la luz de las sucesivas reformas legislativas.

Adelantamos ya que la ley 11.357 borró la incapacidad de la mujer en general, y especialmente de la casada, mencionada en el inciso 2° del artículo 55.

Por su parte, la ley 17.711 aclaró aún más la situación al modificar la redacción del artículo 55, sentando como regla básica la de la incapacidad de los menores adultos, los que sólo tienen aptitud para los actos que las leyes les autorizan.

Por otra parte, habrá de apreciarse que, inclusive algunos de los sujetos incapaces absolutos, tales como los menores, adquieren capacidad para ciertos actos antes de llegar a la mayoría de edad (v. *infra*, nros. 413 y sigs.).

De tal forma entonces, se aprecia que la clasificación sub examen ha perdido toda relevancia dentro de la sistemática de nuestro Código Civil. Es que, en ambas categorías, la incapacidad es la regla, y la capacidad para ciertos actos debe ser expresamente conferida por la ley (Borda).

388.1. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

El Proyecto elimina esta distinción, como lo habían hecho otros proyectos anteriores.

389. LA INHABILITACIÓN. CONCEPTO.

SITUACIÓN JURÍDICA DEL INHABILITADO

La inhabilitación es una institución introducida en nuestra legislación por la reforma de la ley 17.711.

Sin perjuicio de que su estudio ocupe un capítulo especial dentro de esta obra, debemos dejar sentado acá que el inhabilitado no es un incapaz, por lo que el curador que se le nombre no es su representante.

El inhabilitado, básicamente, es persona capaz requiriendo su voluntad —potencialmente menoscabada por las causas expuestas en el artículo 152 bis— de la *asistencia* del curador, el que la complementa sólo en los actos de disposición y los que la sentencia impida otorgar li-

bremente al inhabilitado. Fuera de ello, repetimos, el inhabilitado es plenamente capaz.

390. CAPACIDAD DE HECHO Y CAPACIDAD DE DISPONER ⁷

Algunos autores distinguen entre capacidad de obrar (o de hecho) y capacidad o poder de disponer.

Se dice que la capacidad de disponer es una subespecie de la capacidad de hecho, porque entra en la noción general de la aptitud para enajenar, como consecuencia de la posibilidad de discernir la conveniencia económica, o no, del acto que se realiza.

En este sentido se define la incapacidad de disponer como "el estado psíquico de aquel que, por razones de menor edad (síntoma de falta de madurez) o por su estado de enfermedad mental (síntoma de falta de discernimiento), el ordenamiento jurídico considera inepto para dar vida a los negocios de tanta gravedad como son actos de enajenación o sea de disminución del propio patrimonio" (Messineo).

Dentro de esta categoría de sujetos básicamente capaces de hecho, pero con ciertas restricciones a la capacidad de disposición se suele incluir a los emancipados y a los inhabilitados.

III. SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS INCAPACES ⁸

391. REPRESENTACIÓN Y ASISTENCIA

Ya hemos dicho que el Código organiza el régimen de representación de los incapaces en los artículos 57 y 59.

Asimismo al referirnos a la situación jurídica del inhabilitado, adelantamos que en el artículo 152 bis se establece un sistema de asistencia para el sujeto que sea declarado tal.

Nos encontramos entonces con dos conceptos que responden al grado de capacidad de aquel a quien están destinados: la *representación* y la *asistencia*.

Por el sistema de la *representación* (arts. 57 y 59), el incapaz no ejerce por sí sus prerrogativas jurídicas, sino que ellas son articuladas por su representante legal en todos los actos jurídicos que aquél deba otorgar.

⁷ Bibliografía especial: v. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Capacidad para aceptar y repudiar herencias*, Buenos Aires, 1972.

⁸ Bibliografía especial: RICO PÉREZ, Francisco, *La protección de los menores*, Madrid, 1980; D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Derecho de menores*, Buenos Aires, 1973; sobre la reforma de la ley 23.264 a esta materia v.: ZANNONI, Eduardo A. - BOSSERT, Gustavo, *Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264*, Buenos Aires, 1985; MEDINA, Graciela, "Leyes 23.264 y 23.515. Incidencia en la Parte General del Derecho Civil", en RIVERA, Julio César, *Derecho Civil - Parte General - Temas*, Buenos Aires, 1987, vol. I; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la minoridad", *ADC* 1992-1391; TIENA PLAZUELO, Isaac, "Instrumentos de la protección de menores en la ley aragonesa", *RDP* 1993-685.

En la *asistencia*, el inhabilitado sí ejerce personalmente sus derechos, pero la voluntad jurídica relevante para el otorgamiento de un acto jurídico, se integra con la del curador, quien expresa su asentimiento para la realización del acto.

392. REPRESENTANTES

El artículo 57 establece, en sus tres incisos, quiénes son los representantes de las personas por nacer, de los menores no emancipados y de los dementes y sordomudos. Las examinaremos a continuación.

a) Personas por nacer:

Para las personas por nacer, han de ser sus representantes los padres, en forma conjunta, de la manera y en las especificaciones que determina el artículo 264, modificado por la ley 23.264.

Para el supuesto de falta o incapacidad de los padres, el artículo 57, inciso 1º, atribuye la representación de las personas por nacer, a los curadores que se les nombre.

Algunos autores interpretan que esta última parte del precepto estaría modificada por el artículo 264 bis (ley 23.264), en cuanto dispone ahora este artículo que en el supuesto de que ambos padres sean incapaces o estén privados de la patria potestad, o suspendidos en su ejercicio, los hijos menores quedarán sujetos a tutela. La cuestión no parece sustancial. Una vez producido el nacimiento, el hijo de padres incapaces queda sometido a tutela (art. 264 bis).

b) Menores:

De acuerdo con el artículo 57, inciso 2º, son representantes de los menores no emancipados, sus padres; y en caso de falta, incapacidad, privación o suspensión de la patria potestad, lo serán los tutores que judicialmente se designen.

La tutela se discernirá conforme a lo dispuesto por los artículos 399 y siguientes, teniendo en cuenta que el artículo 398 hace una larga enumeración de las personas que no pueden ejercer tutela.

Con relación a este último precepto, debe tenerse en cuenta que la ley 23.647 (promulgada el 21/10/1988) ha eliminado a los ciegos de la enumeración de personas que no pueden ser tutores.

c) Dementes y sordomudos:

En el supuesto de los dementes y sordomudos incluidos en el inciso 3º del citado artículo 57 de nuestro Código, sus representantes serán los curadores que el juez designe, conforme a lo dispuesto concordantemente por los artículos 468 y 469.

Para la designación de éstos en los diferentes casos, habrá de estarse a las prescripciones de los artículos 476, 477 y 478; este último con la modificación que le introdujo la ley 23.264 en cuanto al carácter alternativo del ejercicio de la curatela por el padre o la madre del incapaz.

393. CARACTERES DE LA REPRESENTACIÓN

a) Legal:

La representación es legal, puesto que emana de la voluntad legislativa (art. 56 y 58) y no, de la voluntad del incapaz.

b) Necesaria:

Porque no puede prescindirse de ella (art. 56): no está sujeta a la voluntad del incapaz, sino que imperativamente la establece la ley, es decir, que se complementa con el carácter anterior.

c) Dual y conjunta:

Ello es así puesto que, por un lado, está el representante legal necesario del incapaz, según las reglas del artículo 57, pero éste, a su vez, es asistido por el Ministerio de Menores, representante promiscuo del incapaz (art. 59).

394. SUPUESTOS DE ASISTENCIA ⁹

El artículo 152 bis del Código Civil dispone que se nombrará un curador al inhabilitado, aplicándose en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia.

En consecuencia, el nombramiento de curador lo realizará el juez de la inhabilitación, en el momento de dictar sentencia, con aplicación de la normativa a la que remite el precepto.

395. OTROS CASOS DE ASISTENCIA

Existen otros supuestos en los cuales una persona incapaz o capaz puede resultar sujeto a un régimen de asistencia.

Así, en el régimen matrimonial impuesto por la ley 2393, los sordomudos que no se dan a entender por escrito podían contraer matrimonio con el consentimiento del curador o autorización del juez (art. 10). Ello significaba imponer un régimen de asistencia para la celebración del matrimonio de los sordomudos. Pero esta regla ha desaparecido con la reforma de la ley 23.515, al disponer ahora el artículo 166, inciso 9º, que

⁹ Bibliografía especial: LEMOULAND, Jean-Jacques, "L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation", *RTDC* 1991-1.

constituye impedimento para la celebración del matrimonio “...la sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera”.

Los emancipados, por regla general capaces (v. *infra*, nº 440), están sometidos a asistencia para la celebración de matrimonio (art. 168), así como para la realización de actos de disposición sobre bienes recibidos a título gratuito (art. 135). En el primero de los casos, la asistencia es ejercida por los padres o tutores, y en defecto de éstos, por el juez; en el segundo supuesto, es ejercida por el juez o por el cónyuge mayor de edad.

396. CONTROL JUDICIAL

Tanto la representación como la asistencia están potencialmente sujetas al control judicial de su ejercicio, ya que en todos los supuestos se trata —esencialmente— de proteger el interés del incapaz o del inhabilitado, resguardándolo de los perjuicios que pudieran ocasionársele a través del ejercicio de tales instituciones.

Si se analiza detenidamente el régimen sentado en nuestro Código Civil y su modificatoria ley 23.264, se aprecia que la patria potestad —sea ejercida en forma conjunta o alternativa por alguno de los progenitores— siempre queda expuesta al control judicial para dilucidar situaciones conflictivas (conf. art. 264 ter.), o para preservar el interés del menor (conf. arts. 297 *in fine* y 298 del Cód. Civ.).

Similar situación se reproduce en el caso de la tutela, según resulta de los artículos 414, 417, 443, 460 y concordantes. Lo mismo en materia de curatela.

Habida cuenta de que los supuestos de asistencia se encuentran previstos en la sentencia de inhabilitación, las controversias que se planteen, entre el inhabilitado y su curador asistente, habrán de dilucidarse por el juez competente.

397. CESACIÓN DE AMBOS SISTEMAS

La representación de los menores por sus padres o tutores cesa —lógicamente— al llegar el menor a la mayoría de edad (art. 129) o por la emancipación (art. 128), salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131 del Código Civil, respecto de aquellos casados sin autorización en lo atinente a la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito.

En el supuesto de los dementes o sordomudos declarados tales en juicio, la representación del incapaz cesa por la muerte de éste, o bien por su rehabilitación, que lo restituirá en el pleno ejercicio de su capacidad.

Igual situación habrá de repetirse en los casos de asistencia puesta a los inhabilitados.

398. SUSTITUCIÓN DE LOS REPRESENTANTES LEGALES

a) Texto legal:

El artículo 61 dispone que cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo, en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare.

b) Supuestos contemplados por la norma:

Contempla la norma la sustitución eventual de los representantes legales necesarios de los incapaces por mediar oposición de intereses entre aquéllos y el incapaz. Esta disposición se repite en el artículo 397, incisos 1º y 4º, del Código.

Debe advertirse, como punto de partida, que cuando aquellos a quienes se pretende sustituir son los padres del incapaz, no procede hacerlo sino en casos especialísimos, pues hay peligro en introducir personas extrañas, que miran más a su provecho, haciendo gastos, que al de los menores.

c) Oposición de intereses:

Los intereses contrapuestos entre el incapaz y el representante sólo pueden fundarse en un hecho real y determinado, sin que baste la mera posibilidad de que, por algún motivo, llegue a producirse dicha situación, sino que la incompatibilidad debe existir real y efectivamente. Por lo tanto, no puede presumirse la existencia de oposición de interés en ningún caso.

d) Carácter excepcional. Derechos y obligaciones del representante:

La tutela especial es un remedio de excepción frente a los derechos de los padres en el ejercicio de la patria potestad, y como dijimos en el párrafo b), ha de actuarse con mucho tino y prudencia.

La designación de tutor especial es una medida facultativa para los jueces, pero justamente, al ser una facultad privativa del juez, no puede quedar en manos del padre, que tiene intereses contrapuestos con el incapaz. Sin embargo, el padre es parte necesaria y, por lo mismo, debe ser oído en el procedimiento de designación de tutor *ad litem*, a fin de garantizar su derecho de defensa en la decisión de un asunto que para él tiene interés indudable, de manera que es nulo el procedimiento en que se omita su citación.

Si existe la oposición de intereses, el representante legal del incapaz está obligado a denunciarla; tanto es así que son nulos todos los actos realizados por el representante en ejercicio de su función cuando media esa contraposición.

Existiendo intereses contrapuestos con el padre, no corresponde designar tutor *ad litem* a su esposa y madre de los menores.

e) Casos especiales:

La doctrina judicial ha tenido oportunidad de expedirse en numerosas cuestiones en las cuales se ha decidido que corresponde el nombramiento de un tutor especial. Así lo ha hecho en materia de acción de desconocimiento de la filiación, cuando el padre acciona por nulidad del reconocimiento que había hecho del menor, pues hasta que obtenga lo que es motivo de su demanda, le corresponde el ejercicio de la patria potestad, y surge una evidente contradicción de intereses entre él y el menor ¹⁰.

Corresponde también la designación de tutor especial en el caso de que el menor demande al padre por alimentos ¹¹.

Si se renuncia o se desiste de una acción comprendida en el artículo 845, el juez puede, de oficio o a petición del Ministerio de Menores, designar al menor un tutor especial para que gestione sus derechos ¹².

Si el asesor de menores acciona para que se declare la pérdida de la patria potestad, corresponde la designación de un tutor *ad litem*, y así también si solicita la remoción del tutor ¹³.

Habiéndose realizado actos de disposición de bienes de la sucesión, violando disposiciones expresas de la ley, procede la designación de un tutor *ad litem* en reemplazo del cónyuge supérstite ¹⁴.

Para la realización de la cuenta particionaria en los casos en que existan intereses encontrados entre padres e hijos, debe intervenir un tutor especial ¹⁵.

También procede al solo efecto de que el tutor especial acepte una donación sin cargo efectuada por el padre, pero en este caso puede nombrarse al propuesto por el propio padre ¹⁶.

f) Facultades del tutor especial:

Si subsiste la patria potestad, las facultades del tutor especial se reducen exclusivamente a la atención del asunto para el cual fue designado; por tanto, no restringe ni altera el ejercicio de la patria potestad en las restantes cuestiones concernientes a ella.

¹⁰ Cám. Civ. y Com., Rosario, 2/9/1952, Dig. L.L., I, pág. 1520, n° 57.

¹¹ CNApel. Civ., Sala F, 5/4/1962, J.A. 1962-11-646.

¹² STSta. Fe. 19/6/1944, Dig. L.L., I, pág. 1520, n° 55.

¹³ Cám. 2ª Civ. Cap., 3/12/1923, J.A. 11-1268, Cám. 1ª Civ. Cap., 24/5/1926, J.A. 20-229; Cám. 2ª Civ. Cap., 22/4/1929, J.A. 29-474.

¹⁴ CFed. Bahía Blanca, 18/6/1939, L.L. 17-35.

¹⁵ Cám. 1ª Civ. Cap., 20/12/1944, L.L. 37-86.

¹⁶ Cám. 2ª Civ. Cap., 18/6/1949, L.L. 55-271.

g) Omisión de la designación de tutor especial:

Corresponde declarar de oficio la nulidad de las actuaciones si no fue designado un tutor especial para que representara a los menores, sin que baste para subsanar la exigencia de la ley la intervención del asesor de menores.

h) Procedimiento:

La designación de un tutor especial cuando media oposición de intereses entre padres e hijos puede efectuarse a petición del asesor de menores, y aun de oficio.

399. EXTENSIÓN DE LA REPRESENTACIÓN

a) Regla general:

Conforme al artículo 62, la representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados en este Código.

Es decir que, en principio, el representante puede obrar todos los actos jurídicos que resulten adecuados al interés del menor.

b) Excepciones:

Existen dos clases de excepciones.

La primera está constituida por ciertos actos "personalísimos", que por su propia naturaleza no pueden ser celebrados sino es con la voluntad expresada por el propio sujeto interesado.

Así, no se puede testar ni celebrar matrimonio por representación.

Tampoco es sustituible la voluntad del incapaz cuando se trata de una incapacidad de derecho, como la establecida por la ley 24.193 respecto de los menores de 18 años para dar órganos de su propio cuerpo; de allí que resulte criticable la doctrina de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que, durante la vigencia de la ley 21.541, autorizó la ablación del riñón de una persona de menor edad a pedido de los padres del mismo (un análisis de esta cuestión se hace en el n° 750 b). Acotamos que la ley vigente dispone que el consentimiento debe ser dado por persona capaz mayor de 18 años y que no puede ser sustituido ni completado (art. 15, 5° párr.).

La segunda excepción está dada por los actos que la ley elimina expresamente del ámbito de atribuciones del representante; verbigracia, la enumeración del artículo 450.

400. EXTENSIÓN DE LA ASISTENCIA

La asistencia se extiende a los casos previstos expresamente en la ley o la sentencia que la determina.

En el caso genérico de los inhabilitados, se extiende entonces a todos los actos de disposición y a los actos de administración que, expresamente, haya previsto el pronunciamiento judicial que declara la inhabilitación.

IV. LA REPRESENTACIÓN PROMISCUA ¹⁷

401. MARCO LEGAL

El artículo 59 dispone que: *“A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación”*.

402. CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN PROMISCUA

Es la intervención que con carácter complementario y necesario incumbe al órgano que asiste y controla la actuación judicial o extrajudicial de los representantes necesarios del incapaz (Busso, Borda).

El término “promiscua” pretende evidenciar que la actuación del Ministerio de Menores es conjunta con la de los representantes necesarios.

403. TITULAR DE ESTA REPRESENTACIÓN

La representación promiscua es ejercida por el Ministerio de Menores o Ministerio Pupilar, institución que es organizada por la Nación y por cada una de las provincias en el ámbito de su jurisdicción.

Así, en el ámbito nacional el Ministerio Pupilar, si bien actúa en la órbita judicial, forma parte del Poder Ejecutivo. En muchas provincias integra el Poder Judicial.

404. PERSONAS A LAS CUALES SE APLICA LA REPRESENTACIÓN PROMISCUA

La representación prevista en el artículo 58 se aplica a todos los incapaces, incluidos los menores sujetos a patria potestad (conf. Orgaz, Borda, Llambías, Arauz Castex).

¹⁷ ARGANARAZ, Manuel J., “La patria potestad y la representación promiscua del Ministerio Pupilar”, LL. 47-752; SPOTA, Alberto G., “Representación promiscua del menor bajo patria potestad”, J.A. 1955-111-167.

405. FUNCIONES DEL REPRESENTANTE PROMISCOUO

Las funciones del Ministerio Pupilar están expuestas en los artículos 491 a 494, y en las leyes especiales que prevean su intervención.

De modo general se puede reiterar que deben actuar en todos los actos —judiciales o extrajudiciales— en que sea parte un menor.

406. CRITERIO DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PUPILAR

La intervención del Ministerio Pupilar debe conjugar los intereses de los incapaces representados, con la observancia de las leyes y del orden público, como una de las finalidades del ordenamiento jurídico.

De allí que si la pretensión del incapaz fuere injusta, el Ministerio Pupilar no debe propiciarla, porque contraría el verdadero interés del incapaz, que no es su prosperidad, sino su conformidad con la justicia (conf. Borda, Llambías).

407. SANCIÓN POR LA NO INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PUPILAR

El artículo 59 establece la nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación; ello es ratificado por el artículo 494 que sanciona con la nulidad “...*todos los actos y contratos en que se interesen las personas o bienes de los menores, si en ellos no hubiese intervenido el Ministerio de Menores*”.

Esta nulidad es relativa y, como tal, saneable, de modo que el acto puede ser confirmado —expresa o tácitamente— si no se ha seguido perjuicio al incapaz (doctrina unánime).

407.1. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

El Proyecto de Código Civil contiene una breve, pero muy precisa regulación de la representación promiscua. Comienza por establecer que el Ministerio Público es parte esencial en los actos para cuya celebración los representantes necesarios (los padres o tutores) deben obtener autorización judicial, los que son inválidos sin su intervención (art. 47). Y en el artículo siguiente, establece cuáles son las atribuciones y deberes del Ministerio Público en juicio; entonces le atribuye el ejercicio de las acciones necesarias para proveer a los incapaces de representante legal; las que tengan por objeto vigilar o exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los padres, tutores y curadores; y lo declara parte esencial en todo proceso judicial en que intervenga un incapaz.

V. PATRONATO

408. *CONCEPTO*

Se denomina patronato del Estado la función social que el Estado asume y ejerce en cumplimiento de su deber de protección de los sectores más débiles, tutelando a los menores de edad por intermedio de funcionarios designados a tal fin (D'Antonio).

409. *REGLAMENTACIÓN LEGAL*

La reglamentación del patronato del Estado sobre los menores se encuentra reglamentada en la ley 10.903, conocida como Ley Agote.

En esa ley se atribuye el ejercicio del patronato a los jueces con competencia en lo criminal, y les concede facultades relativas a la disposición de los menores que hayan resultado autores o víctimas de un delito.

410. *OTROS ORGANISMOS DE PROTECCIÓN*

En nuestro Derecho existen otros organismos estatales que tienen por misión la protección de los menores.

En general su estudio es ajeno al Derecho Civil, pues no afectan al régimen ordinario de capacidad o incapacidad del sujeto ni a su representación, sino que se refieren a aspectos de asistencia social.

CAPÍTULO XI
LOS MENORES DE EDAD¹

I. MENORES DE EDAD

411. CONCEPTO

El artículo 126 dispone que son menores las personas que no hubieran cumplido la edad de 21 años.

Se trata de una pauta objetiva que tiene en mira tanto el desarrollo físico como intelectual de la persona y que es objeto de tratamiento diverso por las legislaciones.

a) Régimen del Código Civil:

Antes de la reforma introducida por la ley 17.711, el Código Civil consideraba menores a los individuos que no tuvieran la edad de 22 años cumplidos.

b) Proyecto de Código Civil de 1998:

El *Código Civil de 1998* preveía la mayoría de edad a los 18 años.

A fin de atender a una preocupación generalizada, disponía la subsistencia de la obligación alimentaria de los padres aun en la mayoría y hasta los 25 años de edad como máximo, en tanto la prosecución de sus estudios o preparación profesional les impidiera proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente. Esta solución estaba inspirada en los regímenes francés e italiano.

¹ Bibliografía general: además de la citada en las notas 1 de los capítulos VIII y IX: AGLIANO, Humberto, "La capacidad y la minoría de edad", *L.L.* 148-954; BELMONTE, Eduardo D., "Capacidad de los menores en materia civil, comercial y laboral", *Rev. Notarial de La Plata*, n° 802; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge D., "El nuevo régimen de incapacidades según la reforma del Código Civil", *L.L.* 130-1046; GÓMEZ MORÁN, Luis, *La posición jurídica del menor en el Derecho comparado*, Madrid, s/f; LLORENS, Luis y otros, "Capacidad de los menores en materia civil, comercial y laboral", *Rev. Notarial de La Plata*, n° 802; REZZÓNICO, Luis M., "El proyecto de ley sobre mayoría de edad, emancipación y habilitación de edad", *J.A.* 1965-IV-Doct. 105; JORDANO FRAGA, F., "La capacidad general del menor", *RDP* 1984-883; ZANNONI, Eduardo - BOSSERT, Gustavo, *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Buenos Aires, 1986.

c) Legislación comparada:

Incluso, tal diversidad de criterios referida al tope de la minoría de edad se aprecia en la legislación comparada, donde se fijan márgenes que van desde los 18 años en el Código Civil ruso, hasta los 24 años que consagra la legislación austríaca.

Sin perjuicio de ello, debe señalarse que existe hoy una clara tendencia a reducir la minoridad a los 18 años (v. *infra*, núm. 422).

412. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Desde siempre, y en todas las culturas y ordenamientos jurídicos y aun religiosos, se ha consagrado una primera distinción entre menores y mayores de edad, atendiendo básicamente a la protección de los primeros en razón de su incipiente desarrollo físico y psíquico, que les impide tanto una cabal apreciación de los alcances de los actos a realizar, cuanto la correcta concreción de los mismos.

Es precisamente por ello, que todas las legislaciones, van desplegando un abanico de aptitudes cada vez mayores a medida que el individuo se desarrolla.

Así los romanos tenían clasificados a los menores en tres categorías a saber:

— *Infantia*, abarcaba desde el nacimiento hasta los 7 años, período en el cual el menor carecía de toda capacidad para cualquier acto.

— *Infantia majoris*, que comprendía hasta la época de la pubertad fijada por Justiniano en 12 años, para la mujer, y 14 años para el hombre, etapa en que el menor podía realizar algunos actos siempre que le resultaran beneficiosos y no debiesen contraprestación alguna;

— *Los puberis*, hasta la edad de los 25 años, que si bien tenían una amplia capacidad, estaban sujetos a una tutela especial para determinados actos, particularmente gravosos.

En este sistema jurídico, la capacidad podía anticiparse por medio de la *venia aetatis*, antecedente de la emancipación dativa.

En lo sustancial todos los antecedentes históricos revelan categorías similares a las del Derecho Romano, sobre la base de etapas de desarrollo físico e intelectual de las personas. Así, por ejemplo, en las Partidas los menores se clasificaban en nueve categorías; y los mayores, en dos (v. Aramburo).

La legislación comparada más moderna muestra una tendencia a apartarse de tal criterio rígido.

En efecto, partiendo de una premisa básica de incapacidad, se concede a los menores aptitud en consideración a la naturaleza de los actos a realizar y en función de edades variables.

413. *MENORES IMPÚBERES Y ADULTOS. IRRELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN*

Vélez Sarsfield siguió el sistema romanista de la clasificación de los menores por edades.

Así fijó, en el artículo 127 del Código Civil, dos categorías: la de los menores impúberes, que se extiende hasta los 14 años de edad; y la de los menores adultos, que comprendía a los menores de 14 a 22 años, hasta que en 1968 se redujo este límite a 21 años de edad.

Esta distinción pareciera dar lugar a una diversa capacidad.

Sin embargo no es tan así, por cuanto el propio Código Civil se encarga de desvirtuar aquella clasificación admitiendo —por ejemplo— que, a partir de los 10 años, el menor puede tomar por sí la posesión (art. 2392) y realizar otros actos trascendentes; verbigracia, la mujer de 12 años podía contraer matrimonio, y el varón a los 14 (art. 9º inc. 4º, ley 2393), claro que con autorización paterna.

Por otra parte, como ya se explicó, la reforma de la ley 17.711 introdujo claridad en el artículo 55, por cuanto no resultaba aceptable la idea de que los menores adultos fueran básicamente capaces.

En efecto, la totalidad de la doctrina sostenía —tal como posteriormente fue receptado por dicha reforma— que el menor adulto es básicamente incapaz y sólo puede realizar los actos que la ley le autoriza expresamente.

En consecuencia, así como anteriormente hemos concluido en que resulta irrelevante la distinción entre incapaces absolutos y relativos, lo mismo cabe decir de la clasificación que aún mantiene el artículo 127 del Código Civil.

Valga repetirlo nuevamente: los menores hasta la edad de 21 años son incapaces; sólo que el ordenamiento les autoriza, conforme avanza su desarrollo físico e intelectual, a realizar determinados actos acordes con ese desarrollo.

414. *CONDICIÓN JURÍDICA. ACTOS QUE PUEDEN REALIZAR LOS MENORES*

Hemos dicho ya que en nuestro Derecho los menores se encuentran en una situación básica de incapacidad, sean impúberes o adultos.

Pero el propio ordenamiento amplía paulatinamente la capacidad de los menores a medida que avanzan en edad, facultándolos a realizar ciertos actos por sí solos o con la asistencia de sus padres o tutor.

Por lo demás, el régimen del Código Civil es, por lo menos, oscuro en lo que hace a la capacidad del menor adulto que trabaja, lo que será tratado especialmente.

a) Posesión de las cosas:

Los menores pueden a partir de los 10 años de edad adquirir posesión de las cosas (art. 2392), tratándose de una originaria, derivada o traslaticia; de donde se ha derivado que también pueden usucapir ².

b) Celebración del matrimonio:

En el régimen vigente, a partir de la sanción de la ley 23.515, pueden celebrar matrimonio las mujeres que hayan cumplido 16 años y los varones de 18 años (art. 166, inc. 5º), para lo cual requieren el asentimiento de los padres, aunque estuvieren emancipados por habilitación de edad (art. 168).

El artículo 167 autoriza a dispensar el requisito de la edad, lo que se otorgará con carácter excepcional y sólo si el interés de los menores lo exigiese previa audiencia personal del juez con quienes pretendan casarse y los padres o representantes legales del que fuera menor. De este modo se ha eliminado la enumeración de casos de dispensa, sustituyéndola por la fórmula genérica que acabamos de transcribir.

c) Contrato de mandato:

El artículo 1897 autoriza a los incapaces a actuar válidamente como mandatarios de otros respecto de terceros. Algunos autores sostienen que la norma se refiere sólo a los menores adultos (Machado, Segovia, Borda), mientras que otros consideran que la ley no hace distinción alguno por lo que comprenden también a los impúberes (Llambías).

d) Contratación de suministros indispensables:

El artículo 269 (reformado por la ley 23.264) dispone que “...si el menor de edad se hallare en urgente necesidad, que no pudiese ser atendida por sus padres, los suministros indispensables que se efectuaren se juzgarán hechos con autorización de ellos”.

Esta disposición comprende a los menores adultos e impúberes, dado su fundamento de protección del menor en situación de abandono.

e) Reconocimiento de hijos extramatrimoniales:

Conforme al artículo 286 (texto según ley 23.264), el menor adulto puede reconocer hijos sin necesidad de autorización paterna.

f) Capacidad procesal criminal:

El mismo precepto del artículo 286 dispone que el menor adulto no necesita autorización paterna para estar en juicio cuando fuere demandado criminalmente.

² CNCiv., Sala F, 6/9/1960, L.L. 100-715.

*g) Capacidad para testar*³:

Según el artículo 3614 “...no pueden testar los menores de dieciocho años de uno u otro sexo”.

La cuestión de la capacidad de los emancipados por matrimonio para testar antes de esa edad ha sido debatida en doctrina después de la reforma de 1968 (v. Quinteros), y será tratada al revisar la capacidad de los emancipados.

Ahora debe añadirse que el artículo 286 dispone que el menor adulto no necesitará autorización de sus padres para testar. Lo que obliga a la armonización de los textos vigentes, toda vez que este último precepto parecería autorizar a testar a los que tienen 14 años cumplidos.

La doctrina ha entendido que la modificación al artículo 286 no amplía el marco de capacidad para testar previsto por el artículo 3614; con lo que su alcance es sólo el de aclarar que el menor que ha cumplido 18 años puede testar sin necesidad de autorización de sus padres (Zannoni-Bossert).

h) Contratos de depósito y comodato:

A los 14 años el menor está capacitado para recibir depósito necesario y responder por él (art. 2228), así como también responde del comodato en caso de haberlo celebrado mediando dolo (art. 2259).

i) Contrato de donación:

El artículo 1807, inciso 7º dispone que los “hijos de familia” no pueden hacer donación sin licencia de sus padres; “...pueden sin embargo, hacer donaciones de lo que adquieren por el ejercicio de alguna profesión o industria”.

La cuestión se vincula a la capacidad del menor adulto que trabaja, tema que tratamos en el punto siguiente.

415. CAPACIDAD LABORAL DEL MENOR ADULTO

a) Exigencia de autorización paterna para trabajar:

El artículo 275, segundo párrafo (texto según ley 23.264), dispone que los hijos menores no pueden, antes de haber cumplido los 18 años, ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar sus personas de otra manera sin autorización de sus padres.

b) Reglas de la Ley de Contrato de Trabajo:

El artículo 32 de la Ley de Contrato de Trabajo autoriza a celebrar contrato de trabajo a los menores que tengan 18 años y a la mujer casada

³ Bibliografía especial: QUINTEROS, Federico D., “Los menores de dieciocho años emancipados y su capacidad para testar, después de la reforma introducida por la ley 17.711”, L.L. 150-1165.

sin necesidad de conformidad del marido. La misma regla legal dispone que los mayores de 14 años y menores de 18 años, que con conocimiento de sus padres o tutores vivan independientemente de ellos, gozan de la misma capacidad.

La ley añade que el menor emancipado por matrimonio goza de plena capacidad laboral (art. 35).

c) Capacidad procesal del menor que trabaja:

Según el artículo 33 de la Ley de Contrato de Trabajo “los menores, desde los catorce 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”.

416. CAPACIDAD PATRIMONIAL DEL MENOR QUE TRABAJA ENTRE LOS 14 Y 18 AÑOS DE EDAD ⁴

a) Reglas del Código Civil:

El artículo 283, reformado por la ley 23.264, establece que “...se presume que los menores adultos, si ejercieren algún empleo, profesión o industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 131. Las obligaciones que de estos actos nacieren, recaerán únicamente sobre los bienes cuya administración y usufructo, o sólo el usufructo, no tuvieren los padres”.

El artículo 287, inciso 1º, considera excluidos del usufructo paterno los bienes que los hijos adquieran con su empleo, profesión o industria, aunque vivan en casa de sus padres.

Y el artículo 1807, inciso 7º, ya visto, autoriza a los menores a hacer donación de lo que adquieran por el ejercicio de alguna profesión o industria.

b) Reglas de la Ley de Contrato de Trabajo:

En la materia la Ley de Contrato de Trabajo repite el principio del artículo 283 del Código Civil.

En efecto, el artículo 32, en su último párrafo, afirma que los menores mayores de 14 años y menores de 18 que vivan independientemente de sus padres y hayan celebrado contrato de trabajo, se presumen suficientemente autorizados por sus padres o representantes para todos los actos concernientes al mismo.

⁴ Bibliografía especial: LEZANA, Raquel, “Un aspecto poco recordado de la capacidad del menor entre los 14 y los 18 años”, L.L. 140-1269.

c) Situación del menor que trabaja entre los 14 y 18 años de edad:

Ya hemos visto que el menor que ha cumplido 14 años, y todavía no ha cumplido 18, puede celebrar contrato de trabajo con autorización de sus padres (art. 275, 2º párr.), y que se presume autorizado para ello si vive independientemente de ellos (art. 32, 2º párr., L.C.T.).

La circunstancia de que, en esos dos supuestos, hayan celebrado contrato de trabajo, da lugar a la presunción de que se encuentran autorizados *para todos los actos concernientes al mismo* (art. 32, 3º párr., L.C.T.), o en otras palabras, *para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria...* (art. 283).

Es decir que podrán celebrar todos los negocios jurídicos vinculados causalmente al contrato de empleo; verbigracia, podrán recibir el salario y expedir el recibo pertinente; asociarse a la organización gremial que corresponda, pagar la cuota de afiliación, ser beneficiario de los seguros que se contraten para los trabajadores, o contratar seguros individuales si corresponde; podrán ser mandatarios o mandantes para cuestiones relativas a la actividad que desarrolle, etcétera. Asimismo, como se prevé expresamente, podrán estar en juicio con la representación promiscua del Ministerio Público (art. 33 L.C.T.).

Esa presunción es absoluta, es decir, que no admite prueba en contrario.

Ahora bien; la cuestión que aparece como más dudosa es si el menor entre los 14 y 18 años puede administrar o disponer de los bienes que recibe o adquiere con su trabajo, o si éstos se hallan sometidos a la administración y disposición de quienes ejerzan la patria potestad.

Desde nuestro punto de vista, si los bienes que adquiere el menor entre los 14 y 18 años que trabaja —con el producido de ese trabajo— están excluidos del usufructo paterno (art. 287, inc. 1º), y además puede donarlos (art. 1807, inc. 7º), debe concluirse en que el menor puede también administrar esos bienes y disponer de ellos a título oneroso (conf. Lezana).

Por lo demás, esos bienes constituyen un patrimonio especial, sobre el cual podrán ejercer los acreedores del menor las acciones que emanen de los actos que ha realizado con motivo del contrato de trabajo (art. 283).

Es decir que cabe aceptar que el Código ha creado aquí un peculio —el denominado peculio profesional— aunque no haya sido dicho expresamente por Vélez Sarsfield.

Si bien en la doctrina nacional se señala que el artículo 1807, inciso 7º, es incongruente —al menos aparentemente con otras normas del Código—, también se apunta que constituye una suerte de homenaje a esa aptitud laboral (Spota), y se ha reconocido también que genera una cierta capacidad de administrar (Salvat).

Señalamos que esta interpretación no prescinde del artículo 128 del Código Civil, prevista para los menores que han cumplido 18 años. Estos últimos no necesitan autorización paterna para trabajar, lo que sí requieren los menores adultos que no tuvieren aún 18 años.

417. LA CAPACIDAD DEL MENOR QUE HA CUMPLIDO LOS 18 AÑOS ⁵

A partir de los 18 años, la capacidad del menor adulto se amplía notablemente.

En efecto, el artículo 128, reformado por la ley 17.711, dice en su párrafos segundo y tercero: *“Desde los 18 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”*.

Así la reforma ha ampliado la capacidad del menor adulto, que en los demás aspectos no contemplados en la norma, sigue sujeto a las previsiones generales en materia de capacidad y patria potestad.

De todos modos la disposición da lugar a algunas controversias, y por su importancia merece un análisis particular.

a) Fuente:

Es el apartado III de la *Recomendación 3ª del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil* (Córdoba, 1961). De todos modos, cuadra apuntar que la mentada *Recomendación* se limitaba a autorizar a los menores que hubieran cumplido 18 años a contratar su trabajo, ejercer los derechos y acciones que de ello resultara y estar en juicio. Pero no otorgaba expresamente, la tan amplia capacidad de administrar y disponer los bienes adquiridos que aparece en el artículo 128.

b) Distintos supuestos:

La ley prevé dos supuestos distintos.

Por un lado, el del menor que ha cumplido 18 años, que por esa circunstancia puede contratar su trabajo y administrar y disponer libremente de los bienes que adquiriera con el producido de su labor.

⁵ Bibliografía especial: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La capacidad civil del menor que trabaja*, Buenos Aires, 1976; MOLINARIO, Alberto D., “La capacidad de los menores de edad que ejercen profesión con título habilitante o que, siendo mayores de 18 años trabajan en actividad honesta”, *J.A. Doct.* 1972-669; RAFFO BENEGAS, Patricio - SASSOT, Rafael, “Capacidad de los menores para trabajar y ejercer profesiones”, *J.A. Doct.* 1969-554.

Por otro, el de quien, siendo menor, obtuviera título habilitante para ejercer una profesión. En este caso, la doctrina entendía que no era necesario que el menor hubiera cumplido los 18 años; el título profesional habilitaba, según este criterio, por sí solo, cualquiera sea la edad del menor.

c) Incidencia de la ley 23.264:

Pero a partir de la ley 23.264 el artículo 275 establece en su segundo párrafo que: *“Tampoco pueden, antes de haber cumplido los 18 años de edad, ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar a sus personas de otra manera sin autorización de sus padres”*.

Esto revela que, a partir de la reforma de la ley 23.264, es necesaria la edad de 18 años para poder ejercer profesión, y por lo tanto, para gozar de la capacidad prevista por el artículo 128, que ha sido así implícitamente modificado por la nueva legislación (conf. Zannoni - Bossert).

d) Debe tratarse de actividad honesta:

Si se tratare de una actividad que estuviese en peligro la integridad moral del menor debe requerirse la conformidad paterna. Así lo resolvió la Cámara Civil de la Capital Federal en un caso en que se había contratado a un menor para ser fotografiado en actitudes obscenas o impúdicas ⁶.

e) Capacidad patrimonial:

La ley autoriza al menor a administrar y disponer de los bienes que adquiera con su trabajo.

La fórmula, aparentemente simple, encierra una cuestión de difícil solución: en qué medida puede obligarse el menor que trabaja o ejerce profesión: ¿sólo puede comprar bienes de contado con lo ya ganado, o puede comprar bienes a plazos comprometiendo lo que piensa ganar en el futuro?

Las dos posibles soluciones han sido sostenidas en la doctrina nacional.

La primera con fundamento en la inexistencia de limitaciones expresas en la ley, y aun en el espíritu conservador que revela el menor que adquiere bienes (Borda, Kemelmajer de Carlucci).

En cambio, Molinario opina que la ley no otorga una amplia capacidad obligacional pasiva, pues sólo se refiere a lo ya adquirido con el producto de su actividad y no autoriza el compromiso del resultado futuro de su gestión. Por lo demás, si el menor no pudiese cumplir las obligaciones asumidas, comprometería todo su patrimonio, y no sólo lo adquirido con su trabajo.

Nosotros hemos adherido a la primera tesis.

⁶ CNCiv., Sala F, 2/12/1971, E.D. 41-481.

f) Especificación del origen de los bienes:

En la doctrina se apunta que, dado que la capacidad de disponer del menor que se encuentra en el supuesto de hecho del artículo 128 se limita a la disposición de lo que ha adquirido con su actividad profesional o laboral, será preciso identificar el origen de los bienes sobre los cuales realiza actos de disposición.

En este sentido, se afirma que, cuando un menor de 18 años que trabaja o ejerce profesión adquiere un inmueble, será preciso consignar en la escritura pública que el dinero que invierte proviene de su trabajo personal con indicación de los datos correspondientes (Raffo Benegas - Sassot).

g) Capacidad laboral:

Correlativamente con la capacidad patrimonial nace la capacidad procesal, pues se autoriza a estos menores a estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a su trabajo o a los bienes adquiridos con el producido del mismo. En el juicio, el menor debe actuar asistido por el Ministerio Pupilar según previsión del artículo 33 de la Ley de Contrato de Trabajo.

417.1. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

El Proyecto simplifica las reglas sobre capacidad. Es que atribuida la mayoría de edad a los 18 años, desaparece la necesidad de regulaciones sobre la capacidad de los menores entre los 18 y 21 años como las que contiene la legislación vigente.

Además, el Proyecto contiene un precepto que establece cuáles son los actos para los que tiene capacidad el menor que ha cumplido 14 años. Ellos son: estar en juicio penal seguido contra él, reconocer hijos, otorgar los actos y contratos concerniente al trabajo y estar en juicio relativo a él; promover juicio civil contra un tercero, con autorización de sus padres; administrar los bienes que adquiera con su trabajo.

Finalmente, el Proyecto prevé que los menores pueden concertar los actos usuales correspondientes a su edad y condición (art. 26), con lo cual se transa una vieja discusión doctrinaria sobre la capacidad de los menores para los denominados "pequeños contratos".

417.2. LA CAPACIDAD DEL MENOR PARA DISPONER DE SUS DERECHOS PERSONALÍSIMOS ⁷

a) Exposición del tema:

En el Capítulo XVIII, tratamos los denominados derechos personalísimos. Ellos comprenden dos especies: (i) los derechos de la personalidad física, y (ii) los de la personalidad espiritual.

La problemática de la primera especie radica fundamentalmente en el tema de la disposición del propio cuerpo; de modo que se examina la cuestión del consentimiento para los tratamientos médicos —clínicos o quirúrgicos— y otras prácticas que deban hacerse sobre el cuerpo (por ejemplo, las extracciones de sangre para ser utilizadas como prueba en un juicio).

La segunda especie comprende a los derechos a la intimidad, el honor, la imagen y la identidad.

Son muy pocas las reglas específicas que existen sobre el consentimiento cuando es un incapaz quien debe disponer de su cuerpo o de su intimidad o imagen. Por excepción, la Ley de Trasplantes, 24.193 contiene una disposición explícita (art. 15).

En principio, ese consentimiento debe ser prestado por sus representantes legales, pero existen situaciones en las cuales se admite que: (i) debe requerirse también el asentimiento del incapaz para los actos intrusivos en su cuerpo, siempre y cuando tenga discernimiento; (ii) pueden existir contradicciones entre los intereses del representante legal y el incapaz; (iii) el consentimiento para ciertos actos puede ser dado por menores a partir de cierta edad (por ejemplo, para recibir instrucción sexual o para utilizar procedimientos contraceptivos).

b) Reglas legales de anticipación de capacidad:

La Ley de Sangre, 22.290, dispone que el dador de sangre debe tener entre 16 y 65 años. El consentimiento de los padres es requerido sólo si el dador tiene menos de 18 años. Por lo tanto, el menor de 18 años cumplidos puede consentir el acto por sí mismo.

Como anticipamos, la Ley de Trasplantes, 24.193, en su artículo 15 dispone: "Sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de 18 años...". La exégesis de esta regla la hacemos en el n° 749 a).

c) Regla general:

Fuera de los casos en que no existe una expresa anticipación legal de capacidad, el consentimiento para los actos de disposición de los derechos de la personalidad debe ser prestado por el representante legal del menor.

Cuando se trata de actos médicos rige la ley 17.132 de Ejercicio Profesional de la Medicina que, en su art. 19, inc. 3°, establece esta regla. Si bien la ley 17.132 es local, esta disposición se encuentra en las leyes dictadas por las Provincias.

⁷ Bibliografía especial (además de la que se cita en la exposición): GIRARD, Nathalie, *Le consentement du mineur aux soins médicaux*, Cowansville, 1993.

d) Negativa de los representantes legales a prestar el consentimiento:

Esta cuestión se ha planteado entre nosotros con motivo de las transfusiones sanguíneas, pues personas pertenecientes a cierto grupo religioso rechazan ese tratamiento; la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que esa negativa es válida (v. *infra* n° 741 b). Pero el problema es si alguien perteneciente a ese credo puede extender la negativa al tratamiento que debe aplicársele a un menor al que representa. El criterio imperante es que el derecho a la salud e integridad física del menor prevalece sobre las convicciones religiosas de sus padres, por lo que el juez puede suplir el consentimiento que no prestan los padres ⁸.

Recientemente se ha resuelto otro caso en que una madre parturienta se negaba a recibir la transfusión; el Tribunal interviniente ordenó que se realizara si corría peligro la vida de la persona por nacer ⁹.

Estos criterios pueden generalizarse. Si la negativa a prestar el consentimiento para cualquier tratamiento médico, clínico o quirúrgico, no es legítima, el Tribunal puede suplirlo a pedido de los médicos o aun del mismo incapaz.

e) Negativa a autorizar la realización de extracciones para servir de prueba en juicio:

Una hipótesis particular se plantea cuando el representante legal se opone a que se haga una extracción de sangre del menor para servir de prueba en juicio. En una causa fallada por la Corte Suprema, se dijo que era legítima la oposición del padre ¹⁰. Hemos sostenido antes que debería hacerse una salvedad, en el sentido de que, si lo que se investiga es un delito, y fundamentalmente, delitos de supresión de estado civil, causados en el nacimiento de niños durante el cautiverio de su madre, no es legítimo que se invoque, frente a los posibles abuelos o parientes, la valla de la negativa del padre adoptivo ¹¹.

⁸ 1ª Inst. Civil Capital Federal, firme, 24/4/1985, E.D., 114-113, con nota de Bidart Campos; Juzgado Paz Letrada Ensenada (Buenos Aires), 9/3/1993, E.D., 153-264 con nota de Bidart Campos; v. RIVERA, Julio César, "Actos de disposición de los derechos de la personalidad", RDPC, 6-89, en particular n° 10 e), pág. 100.

⁹ CApel. Contencioso Administrativo y Tributario, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 13/11/2002, "Ciudad de Buenos Aires c/Cabaña", comentado por RIVERA, Julio C. y PERALTA MARISCAL, Leopoldo en RDPC, 2003-3.

¹⁰ CSN, 13/11/1990, LL., 1991-B-470 con nota de Mazzinghi; v. 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.

¹¹ V. RIVERA, "Actos de disposición sobre los derechos de la personalidad", cit., págs. 106 y 107.

f) Reconocimiento de cierta capacidad anticipada para recibir información sexual y tratamientos contraceptivos:

La Ley de Salud Reproductiva de la Ciudad de Buenos Aires (ley 418), autoriza a dar información sobre mecanismos contraceptivos a personas menores de edad.

En la misma orientación está la ley 25.673, que establece el Programa Nacional de Salud y Procreación Responsable.

Esto ha generado alguna polémica, particularmente porque algunos consideran que ello afecta el ejercicio de la patria potestad y constituiría una intromisión indebida del Estado en la educación de los hijos que está deferida, en primer lugar, a los padres.

Sin embargo los tribunales han aceptado la constitucionalidad de estas leyes. El Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires ha dicho que los fines que persigue la ley tienden a garantizar la salud de la población, no siendo irrazonable que el Estado implemente acciones encaminadas a evitar y prevenir enfermedades mortales como el SIDA, venéreas, etcétera. De donde no es irrazonable ni arbitraria esa acción ni requiere el consentimiento de los padres. Por el contrario, la negativa de los padres resultaría una discriminación irrazonable contra esos menores ¹².

h) Anticipación de la capacidad y asentimiento de los menores para ciertos actos de intrusión en su cuerpo. Derecho comparado:

Una corriente importante en la legislación comparada tiende a la anticipación de capacidad para dar el consentimiento a los actos médicos. Enseña Kemelmajer de Carlucci en una magistral monografía ¹³ que, en Inglaterra, se ha considerado legítimo que un médico prescriba anticonceptivos a una menor de 16 años de edad; de ese pronunciamiento se derivó una regla según la cual la capacidad médica se alcanza a los 16 años o aun antes si el menor ha alcanzado suficiente aptitud como para comprender, e inteligencia como para expresar su voluntad respec-

¹² TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14/10/2003, "Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad". En el mismo sentido: CCC San Isidro, Sala I, "M. De D.R. c/Municipalidad de Vicente López", 7/5/2002, L.L., 2002-E-324, L.L. BA, 2002-1003, E.D., 198-382, con primer voto de Graciela Medina; en este caso la sentencia argumentó que los menores que tienen 16 años están obligados a reconocer a sus descendientes y son responsables por no hacerlo. En contra, admitiendo una medida cautelar para impedir la ejecución de la ley 25.673, que establece el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable: Juzg. Federal n° 3, Córdoba, 30/12/2002, revocada por CNFed., Córdoba, 19/3/2003, ambas publicadas en L.L., *Suplemento de Derecho Constitucional*, 17/6/2003, con nota de Farná - Herrera - Revsin, "¿Las mujeres somos nuestras propias enemigas? Un fallo a favor de la ley de salud sexual y procreación responsable dictado por hombres".

¹³ KEMELMAJERDE CARLUCCI, Aída, "El derecho del menor a su propio cuerpo", en BORDA, Guillermo A. (director), *La persona humana*, Buenos Aires, 2001, págs. 249 y sigs.

to al tratamiento específicamente propuesto. Otros países se han dado reglas semejantes.

Por otro lado, se considera que, al menos para ciertos actos, sería prudente exigir el asentimiento del menor; por ejemplo, para los actos intrusivos en su propio cuerpo cuando tenga suficiente capacidad de comprensión para ello (es lo que Kemelmajer de Carlucci llama "competencia" por traducción directa del inglés *competence* y que, en realidad, parece indicar que el menor tenga discernimiento, esto es, pueda entender lo que es bueno o malo para su salud).

En nuestro país no existen reglas que impongan requerir el asentimiento de los menores para este tipo de actos.

418. IMPUTABILIDAD DE LOS MENORES

Imputar es atribuir las consecuencias de una conducta. Imputabilidad es, entonces, la cualidad de las personas que, basada en el discernimiento, las hace responsables por las consecuencias dañosas de los actos ilícitos voluntarios (arts. 1066-1067) o bien de los involuntarios en los términos y condiciones que determina el artículo 907 del mismo Código.

El discernimiento es la base de la imputabilidad. A raíz de ello, el Código considera como causas obstativas del discernimiento, la menor edad y la demencia (art. 921).

En tal virtud, al menor de edad sólo podrán imputársele las consecuencias de los *actos ilícitos* a partir de los 10 años, ya que recién a esa edad la ley le reconoce aquella cualidad.

En cuanto se trata de actos lícitos el menor adquiere discernimiento a los 14 años.

Consecuentemente con lo expuesto, el Código Civil en su artículo 1076 exime de la responsabilidad por los delitos cometidos a los menores de 10 años, en razón de no considerarlos producto de la libre determinación del autor.

Este tema se trata con mayor amplitud en el Capítulo XXIV.

II. LA CESACIÓN DE LA INCAPACIDAD POR MINORIDAD

419. CAUSAS

a) Mayoridad:

La incapacidad por minoridad cesa automáticamente cuanto el menor cumple la edad de 21 años, con lo que deja de ser tal, para pasar a ser mayor de edad y, por ende, plenamente capaz de hecho.

b) Emancipación:

Amén de ello, la incapacidad puede cesar por emancipación, la que a su vez reconoce dos supuestos:

— emancipación dativa o por habilitación de edad, que se produce por decisión de los padres, o del juez cuando el menor estuviese sometido a tutela, siempre que el menor tuviere la edad de, por lo menos, 18 años;

— emancipación por matrimonio, que opera automáticamente por el hecho de que el menor contraiga nupcias, con autorización paterna o sin ella.

Habremos de considerar separadamente, ambos tipos de causas.

420. LA MAYORÍA DE EDAD. MOMENTO EN QUE SE ADQUIERE

Conforme a lo que dispone el artículo 128 del Código Civil, la mayoría de edad se adquiere el día que los menores cumplieren 21 años de edad.

Sólo resta aclarar que este artículo introduce una excepción al modo de contar los tiempos en derecho.

Conforme a los artículos 24 y 27, primera parte, el día se computa desde la medianoche y hasta la medianoche, debiendo terminar los plazos en la del último día.

En virtud de ello, la incapacidad del menor de edad se prolongaría hasta las 24 horas del día del cumpleaños, cesando la misma recién a partir de la 0 hora del día inmediato posterior.

Sin embargo, la redacción del artículo 128 del Código Civil autoriza el cese de la incapacidad a partir de las 0 horas del día en que el menor cumple sus 21 años.

La prueba de tal circunstancia se realiza por medio de las partidas del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, o por los asientos o instrumentos en las condiciones que el legislador estableció en los artículos 79 y siguientes del Código Civil.

421. EFECTOS

Los efectos de la mayoría de edad son automáticos, es decir que se producen de pleno derecho sin necesidad de gestión alguna.

Básicamente produce el cese de la incapacidad, habilitando a la persona para el ejercicio de todos los actos de la vida civil, tal como lo establece el artículo 129.

Concordantemente, se produce la extinción de la patria potestad, conforme a lo que establece el artículo 306, inciso 3º, cesando los derechos y obligaciones que esta institución impone a los padres como al menor.

El mayor de edad adquiere la plena capacidad de administrar y disponer libremente de sus bienes.

422. *CONVENIENCIA DE REDUCIR LA MAYORÍA DE EDAD A LOS 18 AÑOS* ¹⁴

Señalábamos antes que muchos países han reducido la mayoría de edad a los 18 años (Francia, España, Italia, la mayoría de los países socialistas, Perú, etc.). En nuestro país se han presentado varios proyectos en este sentido y el Proyecto de Código Civil así lo establece.

Es opinable la conveniencia de tal reforma. Debe tenerse en cuenta que la extinción de la patria potestad importa la conclusión de los deberes de asistencia paterna, lo que sucedería en un momento en el cual no todos los jóvenes se encuentran en condiciones de subvenir adecuadamente a sus necesidades, particularmente por las dificultades crónicas para su inserción laboral (Moisset de Espanés). Aunque esto puede solucionarse manteniendo la obligación alimentaria aun extinguida la patria potestad, pues aquella obligación se causa en la filiación y no en la patria potestad; así lo prevé el Proyecto de Código Civil de 1998.

Del mismo modo, la anticipación de la capacidad a los 18 años importaría que a esa edad se extinguirían los beneficios de las leyes sociales, lo que también tiene que ser ponderado.

Por otro lado, los jóvenes que efectivamente trabajan o ejercen profesión tienen una amplia capacidad civil para administrar y disponer de lo producido con su trabajo.

Y finalmente, la habilitación de edad aparece como un remedio razonable para anticipar la capacidad a aquellos que la necesiten efectivamente y demuestren aptitudes para ejercerla.

Sin embargo la adopción, en el futuro, del límite de la minoridad en los 18 años aparece casi como inexorable, no siendo ajeno a ello la necesidad de uniformar nuestro régimen de capacidad con los de los países que integran el Mercosur.

III. CESACIÓN DE LA INCAPACIDAD. LA EMANCIPACIÓN ¹⁵

423. *CONCEPTO. DISTINTOS TIPOS DE EMANCIPACIÓN*

La cesación de la incapacidad de los menores también se produce por la emancipación.

¹⁴ Bibliografía especial: MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "¿Beneficia a los jóvenes que la mayoría de edad se fije en los 18 años?", *E.D.* 111-843; LEONFANTI, María Antonia, "Capacidad civil a los 18 años en Francia e Italia", *L.L.* 1975-D-487; BOLLINI, Jorge A., "Límite de la minoridad y emancipación", *Revista del Notariado*, n° 700; BOSSERT, Gustavo - GRAHAM, Marisa, "Mayoría de edad a los 18 años", *L.L.* 23/10/1991.

¹⁵ Bibliografía especial: RIVERA, Julio César, *Habilitación de edad*, Buenos Aires, 1978; "Habilitación de edad del menor sin padres ni tutor", *E.D.* 54-282; CLARIA, José O., "Emancipación", *E.D.* 59-741; DAVIDOVICH, Osias, "Emancipación por habilitación de edad. Art.

Reconoce dos tipos: la emancipación por matrimonio, originalmente legislada en el artículo 131, y la emancipación dativa o por habilitación de edad, que fue incorporada al citado artículo 131 por la reforma de la ley 17.711.

Esta institución, que reconoce sus orígenes en el Derecho Romano a través de la *emancipatio* y de la *venia actatis*, y en la legislación española desde el Fuero Juzgo en adelante, sustrae al menor de la patria potestad, confiriendo la capacidad con algunas limitaciones, que veremos más adelante.

Analizaremos a continuación, cada una de las dos formas que adquiere esta institución.

IV. LA EMANCIPACIÓN POR MATRIMONIO

424. CUÁNDO SE PRODUCE

Dispone el artículo 131 que los menores que contrajeran matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil con las limitaciones previstas en los artículos 134 y 135.

Celebrado válidamente el matrimonio, el menor de edad adquiere, en forma inmediata y sin más formalidad, la capacidad que en tal virtud le confiere el artículo 131.

425. FUNDAMENTO

Es lógico que así sea por cuanto, quien funda familia a través del matrimonio necesita su plena capacidad para desenvolverse con libertad desde el punto de vista personal y patrimonial, a fin de proveer por sí mismo al desenvolvimiento y mejoramiento de aquélla.

131 del Código Civil", E.D. 48-837; IBARLUCIA, Armando, "Emancipación por matrimonio y por habilitación de edad", L.L. 130-1141; MADRAZO, Francisco, "El porvenir de la emancipación dativa", L.L. 1976-D-769; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, "La emancipación por habilitación de edad como acto jurídico", J.A. Doct. 1972-486; "Régimen patrimonial matrimonial de los emancipados", *Rev. del Notariado*, n° 725; "Potestad jurisdiccional en la emancipación por habilitación de edad", J.A. 1974-21-163; MOISSET DE ESPANÈS, Luis, "Emancipación por matrimonio y habilitación de edad", *Rev. Notarial del Col. de Esc. de la Pcia. de Cdba.*, 1969, n° 17.118; ORELLE, José María, "La capacidad del menor emancipado luego de la reforma del Código Civil", *Rev. del Notariado*, n° 700; RAFFO BENEGAS, Patricio - SASSOT, Rafael, J.A. Doct. 1969-557; TAU ANZOATEGUI, Carlos A., "Algunas reflexiones sobre el instituto de la habilitación de edad", L.L. 137-893; UGARTE, Luis Alejandro, "Emancipación dativa: régimen legal. Revocabilidad. Efectos de la revocación", L.L. 1983-B-837; GETE - ALONSO CALERA, María del Carmen, "Emancipación y matrimonio", RDP 1985-331; PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *El menor emancipado*, Madrid, 1988.

426. EL MATRIMONIO SIN AUTORIZACIÓN. EFECTOS

Si bien la hipótesis del matrimonio de un menor sin la autorización respectiva para ello parece de difícil concreción, habida cuenta de los requisitos previos a cumplir según los artículos 186 y 189 del Código Civil, modificados por la ley 23.515, así como por la propia intervención personal del oficial público requerida en el artículo 188, no cabe tampoco descartarla ante una eventual adulteración del documento de identidad del incapaz.

Aun en este supuesto, el matrimonio produce sus efectos específicos y, entre ellos, el de emancipar al menor de edad.

Pero según lo prevé el artículo 131, en su segundo párrafo, la capacidad del menor, de esta forma emancipado, sufre una limitación adicional.

En efecto, el menor casado sin autorización no tendrá hasta el día que cumpla los 21 años de edad ni la administración ni la disposición de los bienes que tuviera, o en el futuro recibiere, a título gratuito, o sea, por herencia, legado o donación.

Dichos bienes quedarán bajo el régimen general de la patria potestad conforme a lo que disponen los artículos 306, inciso 4º *in fine*, y 264 *quater*, incisos 6º y 7º, modificados por la ley 23.264.

Resulta lógica esta limitación adicional a la capacidad, por cuanto habiéndose celebrado el matrimonio efectivamente, ello impone su irrevocabilidad aun en el supuesto anómalo que analizamos, el que por tal característica requiere un tratamiento diferenciado.

Tal resulta ser entonces, la privación del poder de disposición y administración de los bienes recibidos, o que reciba, a título gratuito.

427. IRREVOCABILIDAD

Una vez contraído el matrimonio por el menor, éste queda emancipado en forma irrevocable, de tal forma que los efectos de aquél y la nueva capacidad adquirida no se retrotraen por ningún concepto, quedando por ende, el menor plenamente habilitado para todos los actos de la vida civil, conforme a lo que establece el artículo 133 del Código Civil, sin perjuicio de las limitaciones que prevén los artículos 134 y 135.

428. SUPUESTOS DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

a) Efectos sobre la emancipación:

La irrevocabilidad que dejamos puntualizada se da —haya habido o no descendencia de la unión matrimonial— aun en los supuestos de disolución vincular.

Tal disolución se da en nuestro ordenamiento por la muerte de uno de los cónyuges y por el divorcio vincular, supuestos ambos en los que el cónyuge supérstite readquiere su aptitud nupcial, conforme a lo que dispone el artículo 213 (texto según ley 23.515).

En ambos casos, la emancipación del menor casado se mantiene, tal como lo establece el artículo 133.

b) Habilidad nupcial ¹⁶:

La ley 23.515 ha agregado un párrafo al artículo 133, del que resulta que si la disolución del matrimonio se produce durante la minoridad, la nueva habilidad nupcial se adquiere una vez alcanzada la mayoría de edad.

Es decir que, si el emancipado por matrimonio se divorcia vincularmente o queda viudo antes de llegar a los 21 años, seguirá siendo plenamente capaz con las limitaciones de los artículos 134 y 135, pero para contraer nuevo matrimonio antes de esa edad, deberá requerir la autorización judicial. No corresponde en cambio que la autorización para el nuevo matrimonio sea concedida por los padres, como sostuvimos en la primera edición de esta obra; es que, se nos ha señalado, la patria potestad está extinguida y ella no renace por el hecho de la disolución del matrimonio; de donde, la única solución es que la autorización sea otorgada judicialmente (Zannoni; Córdoba - Vanella).

429. EFECTOS DEL MATRIMONIO NULO

En su redacción original, el artículo 132 se limitaba a establecer la revocación de la emancipación a partir del día que quedara firme la sentencia de nulidad del matrimonio.

Ello había suscitado encendidas polémicas doctrinarias en cuanto a su alcance, en el supuesto de que el menor hubiera actuado de buena fe.

La reforma de la ley 17.711 introdujo un segundo párrafo al artículo 132, por el que quedó definida aquella cuestión, disponiendo que en el caso de matrimonio putativo —que es aquél contraído de buena fe pero inválido— los efectos de la emancipación persistirían para el menor contrayente de buena fe.

Resulta razonable tal solución, por cuánto obligar a éste a sumirse nuevamente en el régimen de la patria potestad implicaría una suerte de sanción hacia quien no tuvo conocimiento del vicio que afectaba el vínculo.

V. EMANCIPACIÓN POR HABILITACIÓN DE EDAD

430. CONCEPTO

Es la anticipación de la capacidad civil otorgada al menor que ha cumplido la edad de 18 años por decisión exclusiva de sus padres, o del

¹⁶ Bibliografía especial sobre la reforma de la ley 23.264: MEDINA, Graciela, "La ley 23.264: Incidencia en la Parte General del Derecho Civil", en RIVERA, Julio C., *Derecho Civil - Parte General - Temas*, Buenos Aires, 1987; CORDOBA, Marcos M. - VANELLA, Vilma, "Irrevocabilidad de la emancipación por matrimonio", *L.L.* 1/4/1997.

juez, a iniciativa del tutor o del mismo menor, que otorga plena capacidad, sin perjuicio de las limitaciones expresamente subsistentes en la ley.

431. EDAD A PARTIR DE LA CUAL SE PUEDE CONCEDER

Tal como lo adelantáramos previamente, esta forma de emancipación —también denominada dativa— fue introducida en el Código Civil por la reforma de la ley 17.711.

El legislador fijó en el artículo 131, segundo párrafo del Código Civil, la edad de 18 años como aquella a partir de la cual puede emanciparse dativamente a los menores de edad.

Téngase en cuenta que, a esa edad, el ordenamiento reconoce al menor una aptitud más amplia para desenvolverse en la vida jurídica (art. 128).

Resulta, entonces, coherente que sea también a partir de esa edad y conforme al criterio y apreciación de sus padres o tutor, que el menor pueda quedar fuera del régimen de la patria potestad, con plena capacidad para dirigir su vida, tanto personal como patrimonialmente, sin perjuicio de las limitaciones de los artículos 134 y 135, que también se le aplican.

432. QUIÉNES CONCEDEN LA EMANCIPACIÓN. MENOR BAJO TUTELA

El artículo 131 contempla distintos supuestos en lo que hace a quién está legitimado para conceder la emancipación.

a) Supuesto del menor sometido a patria potestad:

En primer término, quien ejerza sobre ellos la patria potestad, o sea el padre y la madre conforme al juego armónico de los artículos 131 y 264, reformado este último por la ley 23.264.

Es indudable que son ellos quienes tienen un exacto conocimiento del grado de madurez que haya adquirido el menor.

b) Menor sometido a tutela:

En segundo lugar, el artículo 131 se refiere al tutor a cuyo cargo se encuentre el menor, como la persona que —en defecto de los padres— puede requerir al juez que conceda la emancipación.

Finalmente, el menor sujeto a tutela puede por sí mismo solicitar al juez de la misma, su emancipación.

Se aprecia que los dos últimos casos, que en ellos es siempre necesaria la intervención judicial que será —en definitiva— la que resuelva la concesión, o no, de la emancipación.

433. *INEXISTENCIA DE INICIATIVA DEL MENOR SUJETO A PATRIA POTESTAD*

Es preciso subrayar que, en nuestro sistema jurídico, el menor sometido a patria potestad no puede reclamar la emancipación contra la voluntad de sus padres. La decisión de éstos es soberana y ni aun el juez podría suplirla mientras subsista la patria potestad.

434. *DESACUERDO DE LOS PADRES*

Hemos señalado ya que la emancipación dativa debe ser otorgada por decisión conjunta de ambos padres que ejerzan la patria potestad (art. 264 *quater*, inc. 2º).

En caso de desacuerdo entre los padres, o cuando uno de ellos no pudiese prestar su consentimiento, el juez resolverá lo que fuere más conveniente al interés familiar (art. 264 *quater*, *in fine*).

Naturalmente, tampoco podrá prescindirse de ponderar el interés del menor (criterio sentado por el art. 264 *ter*), aunque difícilmente ambos se contrapongan (Medina).

También en este caso se requerirá el consentimiento del menor (v. lo que decimos en el punto 436). Por lo tanto, se impone oír al menor aun oficiosamente, conforme a lo que dispone el artículo 264 *ter* (Medina).

435. *CASOS EN QUE NO ES NECESARIA LA INTERVENCIÓN DE AMBOS PROGENITORES*

No es necesario el consentimiento de ambos padres en los supuestos siguientes:

— obviamente, si uno de los padres ha fallecido, supuesto en el cual el otro ejerce con exclusividad la patria potestad; lo mismo en el caso de ausencia con presunción de fallecimiento;

— si sólo uno de los padres ha reconocido al hijo extramatrimonial, pues es el que ejerce la patria potestad (art. 264, inc. 4º);

— en los casos de suspensión o privación de la patria potestad, pues también el ejercicio de la función se traslada en forma exclusiva al otro padre.

436. *CONSENTIMIENTO DEL MENOR*

Aunque en la redacción original impuesta por la ley 17.711, no era exigido expresamente, era evidente que éste resultaba necesario. No es posible asignar al menor todas las responsabilidades de la mayoría si él no está conforme en asumirlas o no se siente capacitado para ello. Además, se evitan así las emancipaciones cuya finalidad es desembarazarse de las obligaciones nacidas de la patria potestad.

La omisión del legislador de 1968 ha venido a subsanarse por vía de la reforma introducida por la ley 23.264, que ha incorporado al artículo 131, expresamente, el requisito del consentimiento del menor.

437. FORMA

En su redacción original, el Código exigía la escritura pública para la emancipación dativa otorgada por los padres.

La ley 23.264 ha sustituido tal expresión por "instrumento público".

La cuestión motivó algún debate en el Congreso, decidiéndose finalmente la reforma aludida, con fundamento en que, de este modo, se permite acceder al instituto a quienes no tienen medios para pagar un escribano.

Entendemos que el texto vigente autoriza a formalizar la emancipación dativa por acta extendida directamente en el Registro Civil, en la medida en que ésta constituye instrumento público.

En doctrina se considera preferible la solución del Código Civil español que autoriza la habilitación por escritura o comparecencia ante el juez encargado del Registro (art. 317 de este Código) (Medina).

438. INSCRIPCIÓN

El instrumento público o la sentencia deben ser inscriptos en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

La referida inscripción tiene por único objeto hacer que la habilitación resulte oponible frente a terceros, pero no la priva de otros efectos.

439. REVOCABILIDAD DE LA EMANCIPACIÓN DATIVA

a) *Quiénes pueden solicitarla:*

La emancipación dativa es revocable por decisión judicial, a pedido de los padres, de quien ejercía la tutela al tiempo de acordarla o del Ministerio Pupilar.

Según algunos, también el mismo menor habilitado podría solicitar la revocación.

b) *Disenso de los padres:*

El artículo 264 *quater*, inciso 4º, alude sólo al otorgamiento de la habilitación de edad. Sin perjuicio de ello, resulta razonable entender que el consentimiento expreso de ambos padres es requerido también para la revocación.

Por lo que, si no mediare acuerdo entre ellos, deberá previamente el juez dirimir la cuestión conforme a los criterios de ponderación ya señalados (Medina).

c) Juicio crítico:

La revocabilidad de la emancipación por habilitación de edad ha sido calificada de odiosa, pues el afectado sufre una suerte de *capitis diminutio*, una amputación de su personalidad.

Por lo demás, se presta a fraudes respecto de terceros, que podrían ser evitados si se adoptasen soluciones como la del Registro Civil de Santa Fe, que dispuso solicitar al Poder Judicial que le sea comunicada la iniciación de causas tendientes a revocar la emancipación, a fin de efectuar una anotación preventiva que debe exteriorizarse en caso de expedición de certificados (Medina).

VI. EFECTOS DE LA EMANCIPACIÓN

440. SITUACIÓN JURÍDICA DEL EMANCIPADO ¹⁷

La emancipación hace cesar la incapacidad del menor, conforme a lo que preceptúa el artículo 128.

Concordante con ello, el artículo 131, que como principio general es aplicable tanto al emancipado por matrimonio como al emancipado dativamente, lo habilita para todos los actos de la vida civil, con excepción de lo dispuesto en los artículos 134 y 135 del Código Civil, que analizaremos más adelante.

De tal forma, podemos decir que el emancipado es —básicamente— capaz, estando sometido sólo a las incapacidades relativas que encierran los citados artículos 134 y 135.

441. EFECTOS SOBRE LA PATRIA POTESTAD

La emancipación produce la extinción de la patria potestad (art. 306, inc. 4º), por lo que cesan los derechos y obligaciones que recíprocamente ligan a padres e hijos, pudiendo éstos —a partir de entonces— dirigir y gobernar libremente a su persona.

A su vez, los menores emancipados ejercen la patria potestad sobre sus hijos matrimoniales y extramatrimoniales (arts. 264 y 264 bis).

442. ACTOS PROHIBIDOS

a) Enumeración:

El artículo 134 dispone: “Los emancipados no pueden ni con autorización judicial: 1º) aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito; 2º) hacer

¹⁷ Bibliografía especial: MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “Situación jurídica de los emancipados por matrimonio y por habilitación de edad”, J.A. Doct. 1969-409.

donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito; 3º) afianzar obligaciones”.

b) Sujetos a los que alcanza:

Existe consenso en la doctrina en el sentido de que las limitaciones del artículo 134, así como las del artículo 135, se aplican tanto a los emancipados por matrimonio, cuanto a los habilitados dativamente.

c) Aprobación y finiquito de las cuentas de los tutores:

Según lo dispuesto por los artículos 458 y 460, el tutor debe llevar cuenta fiel y documentada de su administración, así como efectuar debida rendición de cuentas al término de la misma.

El emancipado no puede aprobar esa cuenta ni darle finiquito, que resulta ser el acto por el que se satisface el saldo de aquélla.

d) Donación de bienes recibidos a título gratuito:

Esta prohibición tiene por objeto tutelar el patrimonio recibido a título gratuito y comprende todo tipo de bienes de cualquier especie y valor.

Por excepción debe admitirse que el emancipado realice dádivas remuneratorias y presentes de uso; puede otorgar las convenciones prematrimoniales, entre ellas las donaciones que el esposo hiciere a la esposa (art. 1222), pero para ello requiere el asentimiento paterno.

e) Afianzar obligaciones:

La prohibición se justifica, pues mediante la fianza, el emancipado podría llegar a asumir responsabilidades más extensas que las previsibles al momento de la contratación y, también, a incurrir en liberalidades que no le estén permitidas.

Como consecuencia de esta limitación, el emancipado no puede formar parte de sociedades que impongan a los socios responsabilidad solidaria e ilimitada por las deudas sociales, ni realizar otros actos de comercio que imponen la misma responsabilidad; para ello debería ser habilitado comercialmente conforme al régimen de los artículos 11 y 12 del Código de Comercio.

f) Naturaleza de estas incapacidades:

Algunos autores sostienen que son incapacidades de derecho, por ser actos que no pueden realizarse ni aun con autorización judicial y ser incapacidades legales.

Nosotros coincidimos con Llambías en que son incapacidades de hecho.

Ello se advierte en que salvo en el caso del inciso 1º, las incapacidades tienen por evidente finalidad la protección del patrimonio del eman-

cipado. No se persigue con esas incapacidades evitar actos inmorales, sino la preservación del interés del menor.

Cierto es que la ley no autoriza a suplir la incapacidad, tanto que prohíbe aun la autorización judicial, pero ello no convierte a estas limitaciones en incapacidades de derecho, pues la finalidad de la ley ha sido sólo hacer más férrea la protección del patrimonio del emancipado, evitando que por cualquier brecha se permitiese el otorgamiento de actos que objetivamente resultan ruinosos.

g) Sanción:

En los tres casos, la sanción es la nulidad relativa, pues siempre se persigue proteger el interés del menor.

No empece a ello aun la posible calificación de las limitaciones referidas como incapacidades de derecho. Es que si bien como principio las incapacidades de derecho vulneradas generan como sanción la nulidad absoluta, ello no es una regla inflexible. Por ejemplo, en materia de compraventa (art. 1361), la doctrina acepta que los primeros cinco casos mencionados generan nulidades meramente relativas (Salvat), y son justamente los supuestos de contratación de padres o tutores con hijos o pupilos. Es que si no ha habido perjuicio real para el menor no se justificaría sancionar el acto con la nulidad en aras de un interés puramente abstracto.

443. ACTOS SOMETIDOS A ASISTENCIA

a) Texto legal:

El artículo 135 dispone: *“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 entre ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad”.*

b) Naturaleza de la autorización:

La autorización judicial prevista en el artículo 135 constituye una aplicación del sistema de asistencia (v. *supra*, núm. 394).

Es decir que el incapaz no es sustituido para el ejercicio de sus derechos, sino que ha de manifestar su voluntad juntamente con otro (el asistente).

De modo que no se prescinde de su voluntad, sino que deben confluir ambas voluntades, la del asistido y la del asistente.

c) Personas que ejercen asistencia:

En este caso particular de los emancipados, la asistencia la ejerce el juez.

Excepcionalmente, puede hacerlo el cónyuge cuando fuere mayor de edad, lo que indudablemente se aplica a la emancipación por matrimonio.

d) Naturaleza de la incapacidad:

Estamos, sin duda, frente a una incapacidad de hecho; más concretamente, a una incapacidad de disponer como subespecie de la capacidad de obrar (v. *supra*, 390).

Se advierte ahora claramente no sólo por la finalidad tuitiva de la incapacidad, sino incluso, por la posibilidad de suplirla por vía de la asistencia.

e) Criterio para otorgar la autorización:

El artículo 136 establece que la autorización no será dada sino en caso de necesidad o ventaja evidente.

f) Forma de realización de la venta:

Si el acto autorizado fuere la venta de una cosa recibida a título gratuito, ella se realizará por subasta pública (art. 136).

No debe descartarse sin embargo, la aplicación del artículo 442, conforme al cual puede dispensarse la venta en pública subasta cuando la venta privada fuera más ventajosa por alguna circunstancia extraordinaria, o en la plaza no se pueda obtener mayor precio, con tal de que el que se ofrezca sea mayor que el de la tasación.

Es aplicable a la materia el plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal, conforme al cual la venta debe realizarse previa tasación efectuada por un perito designado de oficio por el juez ¹⁸.

444. CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO.

INCIDENCIA DE LA LEY 23.515 ¹⁹

Desde la sanción de la ley 17.711, se discutió si el emancipado por habilitación dativa podía contraer matrimonio por propia decisión o debía solicitar autorización conforme a lo dispuesto para los menores por el artículo 10 de la ley 2393.

Es preciso apuntar que, aun los sostenedores de la capacidad del emancipado dativamente para este acto, propiciaban que se sancionara un texto legal que restableciese el requisito del asentimiento paterno,

¹⁸ CNCiv., en pleno, 2/11/1954, J.A. 1955-1-166.

¹⁹ Bibliografía especial: CARRANZA, Jorge A., "Habilitación de edad y capacidad para contraer matrimonio", J.A. Doct. 1971-203; ROSENDE, Eduardo A., "El impedimento impediende de edad. El menor emancipado dativamente y la necesidad de la asistencia paterna para contraer matrimonio", E.D. 78-807.

fundándose para ello en la revocabilidad de la emancipación dativa, que se tornaría definitiva con el matrimonio celebrado sin consentimiento de los padres.

En definitiva la cuestión vino a quedar zanjada con la ley 23.515, que ha establecido en el artículo 168 que los emancipados por habilitación de edad no pueden contraer matrimonio sin autorización de sus padres, del tutor o del juez.

445. CAPACIDAD PARA OTROS ACTOS

La falta de adecuación de algunos textos a la incorporación de la habilitación de edad, ha dado lugar a algunas cuestiones.

a) Capacidad para ser tutor y curador:

El artículo 398, inciso 1º, dispone que no pueden ser tutores los menores de edad; y correlativamente el artículo 477 atribuye a los hijos mayores de edad la curaduría de los padres.

Advertimos que la cuestión se refiere tanto a los menores emancipados por matrimonio cuanto a los por habilitación de edad; y por ello la cuestión había sido ya tratada por la doctrina anterior a la reforma de 1968. En ella prevalecía el criterio según el cual si el menor emancipado puede ejercer la patria potestad sobre los hijos propios, no hay objeción para que puedan desempeñarse como curadores de sus padres o tutores de los hijos de otros (Segovia, Llambías, Borda; en contra Machado).

Luego de la ley 17.711, se ha sostenido que los emancipados dativamente no podrían ejercer tales funciones habida cuenta de la revocabilidad que le es propia (Portas). Nosotros creemos que tal objeción no es decisiva, sino que debe tenerse en cuenta que la regla general es la capacidad, que se extiende tanto en el ámbito patrimonial cuanto en el extrapatrimonial.

b) Capacidad para ser albacea:

El artículo 3846 dice que el testador no puede nombrar albacea sino a personas "capaces de obligarse" al tiempo de ejercer el albaceazgo aunque fueren incapaces al tiempo del nombramiento.

La amplitud de la capacidad patrimonial de los emancipados, que sólo encuentra las restricciones de los artículos 134 y 135, induce a que éstos pueden desempeñar el albaceazgo.

c) Capacidad para ser testigo en testamento:

Según el artículo 3705, los testigos de un testamento deben ser varones mayores de edad. Es obvio que la limitación de sexo debe estimarse derogada (v. *infra*, Cap. XIV).

También se considera actualmente que la regla enunciada no excluye a los emancipados (conf. Borda).

d) Patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales:

Los emancipados pueden ejercer la patria potestad sobre sus hijos matrimoniales y también, sobre los extramatrimoniales (conf. Méndez Costa).

e) Capacidad para testar de los emancipados por matrimonio:

Como ya se ha apuntado, los menores adquieren capacidad para testar a partir de los 18 años (art. 3614). Por lo tanto, se plantea la cuestión de si los emancipados por matrimonio que no hubieren llegado a esa edad tienen o no esa capacidad. Quinteros, en erudito trabajo, sostiene la tesis afirmativa con un valioso cortejo argumental.

f) Capacidad para efectuar transacciones

El artículo 841, inciso 7º, establece que los emancipados no pueden hacer transacciones. Esta disposición sólo puede considerarse subsistente como prohibición de hacer transacciones sobre bienes recibidos a título gratuito, en la medida en que implique disposición sobre esos bienes, por lo que en ese caso, requerirá la asistencia del juez o del cónyuge mayor de edad (art. 135).

g) Capacidad para vender bienes de sus hijos o cónyuge:

El artículo 1360 dice que los menores emancipados no pueden vender, sin licencia judicial, los bienes suyos ni los de sus mujeres o hijos.

En cuanto a los bienes propios, la regla sólo puede considerarse subsistente respecto de los adquiridos a título gratuito.

Respecto de los bienes de sus hijos y cónyuge se rigen por las reglas específicas previstas para esas situaciones, en las que cabe considerar que se encuentran equiparados a los padres o esposos mayores de edad.

h) Capacidad para ceder créditos:

El artículo 1440 dispone que los menores emancipados no pueden, sin expresa autorización judicial, ceder inscripciones de la deuda pública nacional o provincial, acciones de comercio o industria y créditos que pasen de 500 pesos.

La prohibición de ceder títulos de la deuda pública estaba prevista en el antiguo artículo 135, y ha sido entonces expresamente derogada por el nuevo texto de ese precepto.

En cuanto a la prohibición de ceder créditos que pasen de 500 pesos, debe considerarse limitada a los que hubieren ingresado al patrimonio del emancipado por título gratuito.

i) Partición de herencia:

Conforme al artículo 3456 “...a los menores emancipados se les nombrará un curador, sea para formar la demanda de partición, sea para responder a la que se entable contra ellos”; y el artículo 3465, inciso 1º, impone la partición judicial de la herencia “...cuando haya menores, aunque estén emancipados...”.

Con relación al artículo 3456, coincidimos con Méndez Costa en que se encuentra derogado, ya que se refiere más bien a la capacidad procesal del emancipado. El requisito de la designación del curador es anacrónico; además para los actos de la partición en sí, se requerirá la autorización judicial o el asentimiento del cónyuge mayor por estar comprometidos bienes recibidos a título gratuito.

En cuanto al artículo 3465, inciso 1º, deben tenerse en cuenta dos aspectos:

— el artículo 3462 dice, también a partir de la reforma de 1968: “...si todos los herederos están presentes y son capaces (antes decía mayores de edad), la partición puede hacerse por la forma y en el acto que por unanimidad juzguen convenientes”; tal expresión, “capaces”, comprende a los emancipados;

— si bien la partición es en nuestro sistema positivo, declarativa de derechos y no atributiva, constituye un acto de disposición sobre bienes recibidos a título gratuito (conf. Borda).

Dada esta última circunstancia y que, si bien se ha reformado el artículo 3462, subsiste la regla del inciso 1º del artículo 3465, que de manera expresa comprende a los emancipados, entendemos que la partición debe ser judicial conforme al texto de este último precepto (contra: Portas); solución que parece preferible, pues de otro modo un menor de 16 años de edad, emancipado por matrimonio, podría consentir una partición privada.

j) Usufructo:

Según lo previsto por el artículo 2847: “siendo las partes mayores de edad y capaces de ejercer sus derechos, el inventario y el estado de sus inmuebles pueden ser hechos en instrumento privado. En caso contrario, el inventario debe ser hecho ante escribano público y dos testigos...”.

Creemos que el recaudo del instrumento público se refiere al supuesto en que el usufructo es constituido por los representantes legales de un incapaz sea como dador o receptor del usufructo. Por ello, si el usufructo es constituido por un emancipado, sobre bienes que no sean recibidos a título gratuito, puede hacerlo por sí mismo sin necesidad de asistencia, y por ende, puede hacer el inventario por instrumento privado.

k) Capacidad para aceptar o repudiar herencias ²⁰;

El artículo 3333 dispone que pueden aceptar o repudiar la sucesión todos los que tienen la libre administración de sus bienes, lo que comprendería a los menores emancipados.

Sin embargo, la doctrina coincide en que la repudiación de la herencia constituye un acto de disposición sobre bienes recibidos a título gratuito, por lo que es necesario el asentimiento judicial o del cónyuge mayor de edad cuando el heredero es menor emancipado.

En cuanto a la aceptación de la herencia, es considerada también como un acto de disposición, pues ni aun la aceptación bajo beneficio de inventario excluye los riesgos de que el patrimonio del heredero quede comprometido si la herencia es deficitaria (conf. Borda, Méndez Costa).

l) Capacidad procesal:

El emancipado tiene plena capacidad para estar en juicio en relación con bienes que no sean recibidos a título gratuito, en tanto y en cuanto tiene capacidad para administrar y disponer de ellos.

Cuando se trata de juicios en que es parte un menor emancipado y están en juego bienes recibidos a título gratuito, se entiende que es parte el representante promiscuo, y que no puede realizar válidamente, sin asistencia, actos que impliquen una disposición expresa o velada (allanamiento, transacción, etcétera).

446. RESPONSABILIDAD DEL EMANCIPADO POR OBLIGACIONES CONTRAÍDAS

Dado que el patrimonio es prenda común de los acreedores, éstos pueden ejercer medidas de agresión contra todos los bienes que lo componen. De este modo, tratándose de menores emancipados podría incluso tratar de comprometerse a los bienes recibidos a título gratuito.

Sin embargo, nosotros pensamos que los bienes recibidos por el emancipado a título gratuito constituyen —hasta la mayoría de edad— un patrimonio especial o separado, que está excluido del poder de agresión de los acreedores (conf. Arauz Castex).

Ese patrimonio especial surge en forma implícita del régimen de los artículos 234 y 235, que prevén una regulación particular para los bienes recibidos a título gratuito, y cuya finalidad debe entenderse que es constituir con ellos un patrimonio de reserva que el menor no puede afectar hasta que llegue a la plena capacidad civil.

²⁰ Bibliografía especial: MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Capacidad para aceptar y para repudiar herencias*, Buenos Aires, 1972.

VII. LA HABILITACIÓN COMERCIAL ²¹447. RÉGIMEN DEL CÓDIGO DE COMERCIO.
REFORMA DE LA LEY 23.264

Esta materia está reglada por los artículos 10, 11 y 12 del Código de Comercio, que prevén la posibilidad de que toda persona mayor de 18 años ejerza el comercio con tal de que acredite estar emancipado o autorizado.

A tal fin, conforme a lo que dispone el artículo 11 del Código de Comercio, la emancipación debe contener la autorización del padre y de la madre, en su caso, la que debe ser inscripta y hecha pública en el Registro Público de Comercio (texto según ley 23.264).

También pueden, el padre o la madre, habilitar tácitamente a su hijo menor de 18 años, asociándolo a su comercio conforme a lo que dispone el artículo 12 del Código de Comercio (también según la ley 23.264).

Ambas formas de habilitación para ejercer el comercio pueden ser revocadas por decisión judicial a instancia de los progenitores o tutor y aun del Ministerio Pupilar, revocación que también debe ser inscripta y publicada en el mencionado registro.

448. EFECTOS DE LA EMANCIPACIÓN CIVIL SOBRE
LA CAPACIDAD PARA EJERCER EL COMERCIO

El tema que ha dividido a la doctrina es, si el emancipado por matrimonio o por habilitación de edad puede, por esa sola circunstancia, ejercer el comercio o requiere ser habilitado expresamente para actuar como mercader.

Pensamos, junto con gran parte de la doctrina, que el emancipado por matrimonio o por habilitación de edad requiere autorización judicial para ejercer el comercio (en el mismo sentido Fargosi) ²².

No sólo por que el artículo 131, cuarto párrafo, parece indicar que la emancipación civil es cuestión distinta de la mercantil, sino particularmente porque la capacidad limitada del emancipado es incompatible con la plena capacidad que exige el ejercicio del comercio.

Es que la prohibición de afianzar obligaciones impediría al emancipado participar de sociedades en las cuales los socios tienen responsabilidad solidaria e ilimitada, avalar letras o pagarés, transmitir acciones

²¹ Bibliografía especial: FARGOSI, Horacio P., "Ejercicio del comercio y habilitación de edad", *L.L.* 140-1147; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., "La capacidad de los menores emancipados para el ejercicio del comercio", *J.A.* 1957-IV-92.

²² Conf. CCiv. y Com. VIII, Córdoba, 15/3/1993, *J.A.* 10/11/1993. Pero con buen criterio, en este caso, se señaló que la emancipación civil otorga capacidad suficiente para celebrar contrato de cuenta corriente bancaria, por lo que en caso de existir saldo deudor el emancipado puede ser demandado por el Banco. Comentario de este fallo en *RDPC* n° 5, pág. 327.

de sociedades anónimas no integradas totalmente, y realizar en la práctica un cúmulo de operaciones que requieren el otorgamiento de fianzas y avales, como lo son los contratos bancarios (Fargosi).

Finalmente, es preciso puntualizar que los emancipados por matrimonio sólo pueden obtener esta autorización al llegar a los 18 años de edad, nunca antes.

VIII. CONDENADOS POR CAUSAS PENALES ²³

449. RÉGIMEN LEGAL

El artículo 12 del Código Penal establece para los condenados a penas de reclusión y prisión por más de tres años, y mientras dure la pena, la privación de la patria potestad, de la administración de sus bienes y del poder de disposición de los mismos por actos entre vivos, quedando el penado sujeto a la curatela del Código Civil para los incapaces.

450. SITUACIÓN JURÍDICA

De tal forma, la norma en cuestión impone una incapacidad al condenado a más de tres años de reclusión y prisión.

La situación jurídica del penado es entonces de plena capacidad, salvo en aquellos aspectos previstos por la norma sobre los que se hará efectiva —en forma taxativa— la incapacidad en ella prevista.

451. FUNDAMENTO

Nuestra doctrina civilista, en seguimiento de la opinión de Orgaz, considera que tal situación tiene como fundamento la necesidad de proveer a la protección del penado y su familia, tanto en el manejo de sus bienes como en las relaciones paterno-filiales, frente a la imposibilidad material en que se encuentra para atenderlo en forma personal y adecuada.

Sin embargo, otra corriente doctrinaria considera a esta medida como una verdadera interdicción, de carácter punitivo, lo que se revela por la circunstancia de que se impone de acuerdo con la gravedad de la condena (Dalla Via). Así, se afirma, no alcanza a condenados a penas menores, quienes teóricamente resultarían más merecedores de protección. Por lo demás, el penado podría tomar las medidas tendientes a la preservación de su patrimonio, mediante la designación de mandatarios, lo que no está autorizado (conf. en lo sustancial: Albaladejo).

²³ Bibliografía especial: ORGAZ, Alfredo, *Incapacidad civil de los penados*, Córdoba, 1939; DALLA VIA, Alberto Ricardo, "De la muerte civil a la incapacidad de los penados", *J.A.* 1986-II-780.

451 *BIS*. INCONSTITUCIONALIDAD

Un tribunal federal declaró oficiosamente la inconstitucionalidad del artículo 12 del Código Penal, considerando que la privación del ejercicio de ciertos derechos atenta contra la dignidad del ser humano y afecta su condición de hombre, la que no se pierde por estar privado de la libertad, produciendo un efecto estigmatizante e innecesariamente mortificante ²⁴.

452. CARÁCTER DE LA INCAPACIDAD

Es indudable que estamos frente a una incapacidad de hecho, habida cuenta de la representación que —para suplirla— prevé la norma penal en examen a través de su remisión a las normas civiles sobre la curatela de los incapaces.

En virtud del carácter de la incapacidad, que dejamos expresado, los actos que eventualmente el penado pueda realizar transgrediendo la misma, serán nulos (art. 1042) y de nulidad relativa (art. 1048).

453. LIMITACIONES A LA CAPACIDAD DE HECHO

Hemos adelantado ya que la incapacidad prevista en el artículo 12, del Código Penal, alcanza solamente los aspectos en ella contemplados:

a) Privación de la patria potestad:

Ha de tenerse presente que la privación a que alude el artículo subsiste mientras dure la condena.

De tal forma, no implica la pérdida de la patria potestad (art. 307) sino sólo la suspensión transitoria de su ejercicio (art. 309).

En este caso, el ejercicio de la patria potestad corresponde al otro progenitor (arg. art. 264, inc. 3º). Si ambos padres son incapaces o están suspendidos o privados del ejercicio de la patria potestad, los hijos menores quedan sujetos a tutela (art. 264 bis); en este caso, el curador del incapaz es tutor de sus hijos menores (art. 480).

b) Privación de la administración de sus bienes:

Quienes consideran que estamos frente a una medida de protección encuentran razonable que ante la imposibilidad material del recluso, la administración de sus bienes pase al curador, tal como en la curatela de otros incapaces.

²⁴ Trib. Crim. Fed., Mar del Plata, 9/5/1995, E.D. 23/8/1995, fallo nº 46.600, con nota de Germán Bidart Campos; comentario a este fallo en RDPC nº 10, pág. 308.

Lógicamente, el curador se encuentra obligado a rendir cuentas de su gestión.

c) *Privación del derecho a disponer de sus bienes por actos entre vivos:*

La incapacidad que importa la norma en cuestión se limita sólo a los actos de disposición entre vivos. Por lo tanto, el penado conserva intacta su capacidad para disponer de ellos *mortis causae* a través del testamento.

Salvo en los aspectos reseñados, el penado mantiene su capacidad, pudiendo entonces testar —tal como queda dicho—, contraer matrimonio, reconocer hijos extramatrimoniales y realizar todo otro acto que no tenga relación con las incapacidades referidas en la norma.

454. *CONVENIENCIA DE LA DEROGACIÓN*

La interdicción de los penados es un resabio de la muerte civil, y como tal, se ha propiciado su derogación (Proyecto de Cód. Pen. de Soler de 1960, Dalla Vía), criterio que compartimos.

455. *LIMITACIONES A LA CAPACIDAD DE DERECHO*

Las incapacidades de derecho que pueda sufrir el penado se encuentran previstas en la legislación general y no sólo en el Código Civil.

Éste establece la incapacidad para:

— ser tutor o curador a quienes hayan sido privados de ejercer la patria potestad o sean condenados a pena infamante (art. 398, inc. 10, y art. 475);

— ser testigos en instrumentos públicos a quienes por sentencia estén privados de serlo (art. 990);

— contraer matrimonio con quien haya sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges (art. 166, inc. 7º), entre otros supuestos.

456. *REHABILITACIÓN*

Tal como se expresa en el artículo 12 del Código Penal, las incapacidades en él previstas están limitadas al tiempo que dure la pena.

En tal situación habrá de considerarse no sólo el cumplimiento total de la pena impuesta (art. 16, Cód. Pen.), sino también todos aquellos casos en que la misma se tenga por cumplida por prescripción, amnistía o indulto, conforme a lo prescripto por los artículos 61, 65 y 68 del Código Penal.

Debatido es en doctrina, si igual criterio habrá de aplicarse en los casos de libertad condicional (art. 13, Cód. Pen.).

Un sector de la doctrina se inclina por la respuesta afirmativa por cuanto, aun cuando la pena no se encuentra extinguida, el cumplimiento por el penado de los recaudos prescriptos por el citado artículo 13, del Código Penal, autoriza a rehabilitarlo también en lo civil, aspecto del cual —además— necesitará para poder desenvolverse con propiedad en su nuevo ámbito de libertad.

Pero otros autores, ateniéndose al texto del artículo 12 del Código Penal, y considerando que él impone una interdicción accesoria a la pena, estiman que la libertad condicional no es causal de extinción de la curatela (Dalla Vía).

CAPÍTULO XII
DEMENTES Y SORDOMUDOS ¹

I. CONCEPTOS GENERALES

457. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

La materia en estudio exige, como cuestión previa, hacer algunas consideraciones, tanto acerca de la terminología utilizada por el codificador —habida cuenta de las críticas y propuestas formuladas al respecto— como a la utilizada en el tratamiento del tema, atento a la necesidad de contar con términos que, adecuados a las diferentes situaciones jurídico-legales en las que puede encontrarse el enfermo mental, permitan un análisis diferenciado de las mismas.

a) Terminología del Código Civil:

El empleo, por Vélez Sarsfield, del término dementes, en el Título X de la Sección I, del Libro I, del Código Civil, para predicar la incapacidad de obrar que les asiste a las personas afectadas por enfermedades mentales, ha sido criticada, con acierto, en razón de la inexactitud de dicho término para ser utilizado, con carácter genérico, como denominación común para todos los enfermos mentales, desde que la ciencia médica tiene tipificada a la demencia como una categoría más de tales enfermedades, resultando por ello impropio su uso como género *omni* comprensivo.

b) Proyectos de reforma:

Es por tal razón que las sucesivas iniciativas para la reforma del Código Civil, han coincidido en proponer la modificación de la terminología

¹ Bibliografía general: CIFUENTES, Santos; RIVAS MOLINA, Andrés y TISCORNIA, Bartolomé, *Juicio de insania y otros procesos sobre la capacidad*, Buenos Aires, 1990; MOLINAS, Alberto J., *Incapacidad civil de los insanos mentales*, Buenos Aires, 1948; MAZZINGHI (h), Jorge A., "Dementes, sordomudos incapaces, inhabilitados y enfermos internables", *E.D.* 59-759; YUNGAÑO, Arturo R., "Los dementes en el Código Civil y en la ley 17.711", *E.D.* 54-685; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Los dementes y las reformas introducidas por la ley 17.711", *J.A. Doct.* 1972-162.

en cuestión. Bibiloni en su *Anteproyecto* sugiere el término *insanos*; el *Proyecto* de 1936 —considerando que la anarquía de pareceres hace en extremo difícil designar con un solo término genérico las perturbaciones que dan origen a la respectiva incapacidad— prescinde de toda nominación para quienes padecen enfermedades mentales o debilidad de espíritu, limitándose a utilizar el término *interdicción* para denominar a la institución que trata la materia. Por su parte, el *Anteproyecto* de 1954 opta por *insanos* para referirse a todos los enfermos mentales sin distinción de clases o etiologías, e *interdictos* para nominar a los insanos declarados incapaces. El Proyecto de Código Civil de 1998 los denomina “interdictos por causas psíquicas”.

c) Nuestra terminología:

Más allá de la terminología legal, estimamos que las diferentes situaciones en las que, dentro del propio marco del Código Civil, puede encontrarse el enfermo mental, sugieren la conveniencia de utilizar el término *insano* para aquel al que no le ha sido declarada su incapacidad mediante la respectiva sentencia de interdicción, reservando la expresión *demente* para quien ha sido judicialmente declarado como tal.

Con el término *insano* se satisface, por una parte, la pretensión de utilizar una expresión que, por su generalidad, evite el riesgo de calificaciones específicas que pueden ser insuficientes a la luz de la ciencia médica; y por otra, permite aludir a quienes al margen de todo pronunciamiento judicial de interdicción, requieren, sin embargo, la atención de la ley, como así ocurre, por ejemplo, cuando ésta contempla la posibilidad de anular los actos celebrados por ellos.

A su vez, con el término *demente*, pese a la crítica que se le ha apuntado, se respeta una expresión que, además de ganada raigambre, cuenta con un preciso significado, aun en el contexto de la regulación del Código Civil, cual es el de referir el caso del insano al que le ha sido reconocida su enfermedad y consecuente incapacidad mediante la sentencia interdictoria. Además, cabe mitigar la crítica al término *dementes* recordando que, en todo caso, el mismo obedece a un concepto jurídico que no necesariamente, debe corresponderse con el significado médico.

En consecuencia de lo expuesto, el término *insania* referirá el estado de enfermedad mental y el de *demencia* el de la enfermedad judicialmente declarada.

458. FUNDAMENTO DE LA INTERDICCIÓN

Con el propósito de determinar el presupuesto fundamental que justifique la declaración de demencia de una persona y, en consecuencia, tenerla por interdicta, la doctrina ha sostenido distintos criterios.

a) *El criterio médico:*

Este criterio, conocido también como *biológico* u *objetivo*, reduce el fundamento único y excluyente para la declaración de la demencia a la comprobación de la insanidad mental de la persona, sin que para ello cuente la influencia que dicho estado puede tener o no en el comportamiento del sujeto que lo padece.

Conforme a este criterio, la falta de aptitud del enfermo para dirigir su persona y administrar su patrimonio, no es considerada presupuesto para la declaración de la demencia.

b) *El criterio médico jurídico:*

Según este criterio, también llamado mixto, para la declaración de la interdicción es necesaria la interrelación concurrente de la enfermedad mental y la ineptitud del sujeto afectado para gobernar su conducta en general. No es la enfermedad mental por sí, sino la comprobación de la virtualidad que ella tiene para determinar la conducta del enfermo, el presupuesto justificativo de la incapacidad que se declara.

Para este criterio, no basta la enfermedad como hecho sino que ella ha de ser causa de la inhabilidad del insano para conducir adecuadamente sus comportamientos. La mentada interrelación asegura así la razonabilidad de esa interdicción y justifica la finalidad perseguida con ella.

c) *El criterio económico social:*

Predica la interdicción respecto de la persona que, aun no padeciendo insanidad mental, se encuentra afectada por otras minusvalías o limitaciones psíquicas, intelectuales, volitivas o físicas, que tienen virtualidad para impedirle, ya el gobierno de sí misma, ya la administración de sus bienes.

Propiciado por Spota, sobre la base de una interpretación amplia del artículo 468 —en cuanto establece que se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes— pone énfasis en la falta de idoneidad del sujeto para dirigir su propia persona y gobernar su patrimonio.

Este aspecto subjetivo justificaría, de por sí, la interdicción, sea cual fuere la causa determinante de dicha inhabilidad, sin perjuicio de que ella sea objeto de valoración para graduar el alcance de la interdicción, que tendrá su máxima expresión si fuere la alienación mental, o más reducida si la afección sólo perjudicare la administración de los bienes.

En rigor de verdad este criterio exige, como el anterior, una relación de causalidad en la que, si bien la referida falta de idoneidad obedece a una merituación jurídica, es necesario que aparezca conjugada con una causa eficiente adecuada para provocarla. La diferencia con el criterio biológico-jurídico, radica en que la causa no se limita a la insanidad mental, sino que se admiten otras que, aun extrañas a tal insanidad restringen, en mayor o menor medida, la aptitud del sujeto para gobernar su conducta en el orden general o patrimonial.

459. *EL FUNDAMENTO EN EL CÓDIGO CIVIL*

La cuestión del fundamento para la interdicción por demencia en el Código Civil debe ser tratada, primero, conforme al texto original de aquél y luego, como consecuencia de las observaciones formuladas al criterio adoptado por Vélez Sarsfield, según la reforma introducida en la materia por la ley 17.711.

a) El criterio del Código Civil:

Al respecto, para determinar el criterio adoptado, la doctrina ha debido considerar los artículos 141, 468 y 469, los que diversamente interpretados han llevado a aquélla a sostener diferentes conclusiones.

En efecto, Molinas afirmaba que el codificador adoptó un criterio exclusivamente biológico. De donde bastaría comprobar la insanidad mental para que procediera la declaración de la demencia. La incapacidad para administrar los bienes será sólo una consecuencia de la constatación de la enfermedad y no un presupuesto para esa declaración.

Oportunamente, Salvat concluyó en que nuestro Código requería, para la declaración de la demencia, que la enfermedad de la persona la hiciera incapaz para administrar sus bienes, toda vez que la finalidad de la interdicción del demente sería proteger a quien, por su insanidad mental, carece de la idoneidad necesaria para cuidar su patrimonio.

Orgaz agregaba la ineptitud del sujeto, a causa de su insanidad, para dirigir su conducta general como otro presupuesto para declarar la incapacidad (conf. Spota).

Ahora bien, sean cuales fueren las interpretaciones respecto al criterio que habría adoptado el Código Civil para fundar la interdicción por insanidad mental, lo cierto es que el plexo normativo implicado en la cuestión daba lugar a un margen de incertidumbre.

b) El criterio de la ley 17.711:

Las críticas al texto del Código Civil condujeron a la reforma del artículo 141 el que, en su actual formulación, prescribe que: "*se declaran incapaces por demencia, las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes*".

El texto reformado viene a adoptar así el criterio médico-jurídico o mixto que es, a nuestro juicio, el más correcto y conveniente toda vez que permite conceptualizar y declarar una genuina incapacidad jurídica.

En efecto, no puede bastar la sola circunstancia de la enfermedad mental que padece la persona, desde que la razón y justificación de su interdicción para la vida jurídica radica en su ineptitud para ésta.

El Proyecto de Código Civil de 1998 mantiene el criterio proveniente de la ley 17.711 para la definición del interdicto por causas psíquicas.

460. LA DECLARACIÓN DE DEMENCIA

a) *Texto legal:*

El artículo 140, prescribe que: *“Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente”.*

b) *Efecto sobre la capacidad:*

De las incapacidades de hecho enumeradas en el artículo 54, algunas de ellas están dispuestas con carácter concreto y otras con carácter eventual.

En efecto, la incapacidad de las personas por nacer y de los menores responden a causas inherentes a la evolución natural del proceso biológico propio de la vida humana, de manera que, siendo ellas por esa razón comunes a todas las personas, pueden ser calificadas de incapacidades normales; existen concretamente en todos los casos y, por ello, se imponen a todos los sujetos que se encuentran en esa etapa de la vida.

Otras incapacidades, en cambio, se encuentran dispuestas con carácter eventual en tanto obedecen a causas que, aun biológicas, no son comunes a todas las personas y de ahí que pueda calificárselas de incapacidades anormales. Éstas, por revestir entidad excepcional imponen la necesidad de su constatación para declararlas e imputarles determinadas consecuencias. Así, tratándose de la demencia, es menester determinar suficientemente la existencia de una patología mental que, incidiendo en la conducta del enfermo, motiva la ineptitud de éste para dirigir su persona o administrar sus bienes, a fin de poder recién declarar judicialmente su incapacidad y consecuente interdicción.

Tal declaración viene así a tener por concreta, en el caso particular, la incapacidad eventual prevista en la norma.

Además la declaración de la demencia permite a terceros un conocimiento cierto de la situación legal del enfermo, contribuyendo ello a la seguridad jurídica al evitar la celebración de actos viciados de nulidad y, por lo tanto, susceptibles de impugnación judicial.

II. PERSONAS QUE PUEDEN SER DECLARADAS DEMENTES

A fin de determinar, con carácter general, qué personas pueden ser declaradas dementes, es necesario indicar y analizar los presupuestos sustantivos requeridos para ello.

Al respecto, consideramos con tal carácter a la enfermedad mental y la viabilidad procesal, temas que tratamos a continuación.

461. ENFERMEDAD MENTAL

a) Concepto previo:

La declaración de la demencia exige, como presupuesto, el padecimiento por el denunciado de una enfermedad mental cuya virtualidad para tal efecto debe ser juzgada, tanto desde el punto de vista médico como desde el jurídico, aun cuando el primero se encuentra subordinado al segundo.

El artículo 141 al prescribir que: “*se declaran incapaces por demencia, las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes*”, está traduciendo la relación de causalidad que exige el criterio mixto o biológico-jurídico que ha adoptado nuestro legislador.

No basta entonces la enfermedad —pese a que ella reúna los requisitos médicamente tipificantes de la demencia— sino que aquélla debe ser determinante de la ineptitud del enfermo para dirigir su persona o administrar sus bienes. La relación de causalidad que exige el criterio mixto le atribuye entidad jurídica al concepto de demencia y explica la acepción genérica con que el legislador ha empleado la expresión “*enfermedades mentales*”, desde que no interesa la tipicidad médica de la enfermedad sino la virtualidad de ella para provocar la ineptitud referida por la norma.

Al respecto, no corresponde al jurista efectuar consideraciones sobre las enfermedades mentales que son propias de la ciencia médica, tanto más cuando tales enfermedades pueden tener significación jurídica a los efectos de la demencia en unos casos y en otros no, razón por las que serán más bien las particularidades propias de cada caso las que determinarán si tienen o no dicha significación. Así, por ejemplo, conforme a los conocimientos de la ciencia médica, una arterioesclerosis no debe producir *necesariamente* un estado de demencia artereosclerótica², lo cual está indicando precisamente la potencialidad relativa, que ella tiene para producir un estado que no es inherente a todos los casos en que se padece esta enfermedad.

462. LA ANCIANIDAD³

Consideración aparte merece, en el orden jurídico, el caso de la ancianidad, en tanto representa un marco singular en el que especialmente se insinúan las peticiones y denuncias de demencia, no todas ellas inspiradas en una auténtica nobleza de sentimientos y propósitos.

² CNCiv., Sala B, 31/3/1975, E.D. 62-301.

³ Bibliografía especial: MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “Los ancianos en la legislación civil”, L.L. 1983-A-312.

Constituye un principio rector para el adecuado tratamiento de la materia, el distinguir entre senectud y senilidad, habida cuenta de las razones que siguen.

a) Senectud:

La senectud representa un estado biológico normal inherente al proceso mismo de la vida, en el que esa normalidad se traduce en declinaciones y cambios, tantos psíquicos como físicos, de carácter cuantitativo y armónico que, por ser propios de dicho estado, no pueden ser juzgados como síntomas patológicos.

Así, a título ilustrativo, se ha dicho que las limitaciones que se presentan en esta etapa comprenden la sensoperceptiva (visual y auditiva), de conciencia, de pensamiento lógico y conativo (son escasamente impulsivos e iniciativos); además, se exalta la autoafectividad. La senectud trae así un cuadro psicofísico de mutaciones que determinan manifestaciones de conducta inéditas, pero que son expresiones de un proceso biológico normal. Tanto es así que hasta podría decirse que lo anormal sería que no se manifestasen tales cambios.

En suma, la senectud no significa carencia de salud, sino salud con significado propio, y en este orden de ideas se ha sentenciado, con acierto, que los aspectos débiles del psiquismo de un anciano no son los indicios de desequilibrio mental, sino de la normalidad psíquica de una persona de edad avanzada ⁴.

Estas consideraciones llevan a advertir que si se permitiera la interdicción de simples senectos, la personalidad quedaría seriamente afectada en un aspecto de tanta importancia como lo es el de la capacidad. Así, 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 ⁵.

b) Senilidad:

La senilidad, en cambio, representa la expresión patológica de la ancianidad.

En algún caso relativamente reciente, la Cámara Civil resolvió que la senilidad no es igual a la demencia senil, ya que ésta a diferencia de aquélla, implica un menoscabo intelectual global o selectivo, que produce déficits en las actividades intelectivas del sujeto ⁶.

⁴ CNCiv., Sala B, 2/4/1951, L.L. 62-190.

⁵ CNCiv., Sala D, 22/6/1982, L.L. 1983-A-312.

⁶ CNCiv., Sala G, 5/6/1995, E.D. 24/8/1995, fallo n° 46.602; v. comentario de este fallo en RDPC n° 10, pág. 311.

Sin embargo, la senilidad es en sí una enfermedad, que se caracteriza por claudicaciones no sólo cuantitativas sino cualitativas, inarmónicas e irreversibles, de las facultades del enfermo. Como se señala en la psiquiatría forense, la senilidad es un estado mórbido, que si es referido a lo orgánico o clínico es decrepitud, y si es referido a lo psíquico constituye la senilidad propiamente dicha. Por ello, conforme al criterio médico, la senilidad pone de manifiesto la existencia de una enfermedad mental, que puede presentar diversas variantes, entre ellas, la denominada demencia senil.

La distinción entre la senectud y la senilidad no siempre será de fácil determinación, razón por la cual, el juez deberá obrar con la prudencia que exigen concurrentemente, por un lado, el respeto debido a un atributo de la persona que es expresión propia de la libertad, como lo es el de la capacidad y, por otro lado, el fin tuitivo con que la ley ha instituido las incapacidades de hecho.

Al respecto, el régimen de la inhabilitación previsto por el artículo 152 bis puede representar, para algunos casos, la fórmula adecuada para conciliar debidamente los intereses tanto individuales como sociales comprometidos en ellos.

463. REQUISITOS DE LA ENFERMEDAD MENTAL

Conforme se ha anticipado, la enfermedad mental debe reunir ciertos requisitos para ser causa válida de la interdicción. Tales requisitos son el de la gravedad, la actualidad y la habitualidad.

a) La gravedad:

Constituye el requisito dominante toda vez que a él se encuentran supeditados los demás.

La gravedad debe ser estimada en función de la incidencia que la enfermedad puede tener o no en el gobierno, por el enfermo, de sus propias conductas. Así podría ocurrir que siendo la enfermedad médicamente grave, resulte jurídicamente irrelevante a los efectos de declarar la demencia de quien la padece, aun cuando concurrieren los restantes requisitos. Es en razón de este concepto que el estado de una presunta insana, configurativo de delirio, psicosis parafrénica, alienación o "síndrome delirante crónico", no impone su interdicción si razona perfectamente en cuanto a la administración de bienes y los medios de vida que son necesarios para un desenvolvimiento normal ⁷.

b) La actualidad:

Exige que la enfermedad exista al momento de la declaración de la demencia. Un estado de insania anterior y superado carece de toda vir-

⁷ CNCiv., Sala F, 29/5/1974, E.D. 56-541.

tualidad para lograr la interdicción. En suma, la actualidad hace al requisito mismo de la enfermedad; pero una mera remisión transitoria no obsta a la interdicción, pues la enfermedad subsiste como tal.

c) La habitualidad:

Es el tercer requisito y respecto de él dos son las cuestiones a considerar en particular: su entidad temporal y el intervalo lúcido, tema este último que trataremos separadamente.

La habitualidad exige que la insanidad mental constituya el estado ordinario de salud del enfermo y no un estado accidental. Ese estado no significa identificarlo con la idea de continuidad, atento a que mientras la habitualidad está referida a la existencia y, principalmente, subsistencia intrínseca de la enfermedad, la continuidad está relacionada con las manifestaciones de la misma. Podría aquélla experimentar atenuaciones o aun remisiones que, por ser intermitentes, importarían discontinuidad y, sin embargo, la enfermedad seguir subsistiendo como tal.

La habitualidad tampoco supone un estado prolongado o irreversible de la enfermedad, sino, simplemente, que ella exista con gravedad suficiente y perspectivas ciertas de una razonable entidad temporal que permita descartar la posibilidad de un episodio patológico accidental.

Esta circunstancia indica que la habitualidad debe juzgarse no necesariamente en función del tiempo en que la enfermedad pueda haber preexistido a la fecha de la denuncia o de la sentencia, sino principalmente, en razón de la posible proyección temporal que la misma pueda tener en el futuro.

En efecto, podría ocurrir que una persona padezca el ataque de una enfermedad mental que exija, sin solución de continuidad, petitioner su interdicción habida cuenta de que así lo requieren las circunstancias patrimoniales del caso, en atención al diagnóstico y pronóstico médicos. En este supuesto, advierte Molinas, es indudable que la enfermedad no sería habitual ya que revestiría este carácter sólo en el futuro, pese a lo cual —concluye— resulta procedente dicha petición por así imponerlo tanto una razón de lógica como también los propios intereses de la persona.

464. EL INTERVALO LÚCIDO

a) Concepto:

Existe intervalo lúcido cuando el proceso psicopático evoluciona francamente hacia la curación, y la lucidez que sobreviene es la expresión del restablecimiento de la normalidad; la enfermedad ha cesado, aun cuando pueda reiterarse, luego de un tiempo, si volvieren a actuar las causas que le producen. En ese caso, el período de sanidad mental que se sucede entre uno y otro cuadro patológico configura el auténtico intervalo lúcido.

Entendido con este alcance, se explica entonces, la afirmación común de que el intervalo lúcido es un concepto extraño a la ciencia médica, desde que representando un estado de plena salud mental por curación de la enfermedad, deja de ser cuestión de su incumbencia.

Debe entonces ser considerado como un instituto jurídico; de donde resulta necesario determinar el significado con el que el concepto ha sido aprehendido por el legislador.

b) Supuestos en que no existe intervalo lúcido:

De acuerdo con el concepto que hemos dado, no existe intervalo lúcido cuando la lucidez coexiste con la enfermedad, como sucede en algunas patologías mentales en las que el sujeto conserva —de modo habitual— su lucidez.

Tampoco lo hay cuando el predominio de la psicopatía cede transitoriamente para dar lugar, por escaso tiempo, a la lucidez, aun cuando con persistencia latente o patente de la enfermedad. Trátase en este caso sólo de momentos, pero no de intervalos lúcidos.

En un tercer caso la sintomatología de la enfermedad revela signos de remisión de la misma; el enfermo mejora pero la enfermedad no desaparece. Se trata de periodos en los que la lucidez se presenta con la apariencia de salud mental y permite al enfermo la vida de relación, pese a lo cual no se configura el intervalo lúcido, pues el estado patológico subsiste, aunque atenuado.

c) Criterio del Código Civil:

El concepto legal de intervalo lúcido surge del artículo 3615, conforme al cual *“para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón. Los dementes sólo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces”*.

La noción aparece ratificada por el último párrafo de la nota puesta al pie de ese artículo, que concluye en que se trata de una *“vuelta completa a la razón”*, que *“no es una tranquilidad superficial, una remisión accidental y pasajera del mal”*.

El intervalo lúcido está también, mentado en los artículos 921 y 1070, y lo estaba en la redacción original del artículo 141. Pero en ninguno de ellos se definía el concepto, por lo que no era justificada la tesis de Busso según la cual en esos preceptos el intervalo lúcido era concebido como una lucidez momentánea o mejoría de la enfermedad (conf. Molinas).

d) Criterio para determinar la existencia del intervalo lúcido:

Si la determinación jurídica de la insanidad obedece a la aplicación del criterio mixto o biológico jurídico, igual criterio debe determinar si media, o no, intervalo lúcido.

Con mayor razón cuando el juzgamiento sobre el valor o la responsabilidad por un acto, que se pretenda actuado en ese intervalo, tiene lugar cuando él ya ha desaparecido, de manera que el juicio médico carece del marco fáctico necesario. En ese caso, como señala Orgaz, el juez deberá valorar las particularidades del acto mismo, de su racionalidad, de sus diversos antecedentes, de las demás circunstancias comprobadas, etcétera. Cuando de todo ello aparezca el acto como conforme con la probable o verosímil voluntad sana del otorgante, este acto deberá juzgarse, en el sentido de la ley, como realizado durante un intervalo lúcido.

Si el juzgamiento del acto, en cambio, fuere durante la vigencia misma del intervalo lúcido, consideramos que el juicio médico ha de tener especial predicamento desde que si médicamente el intervalo lúcido supone curación, no cabe mantener la interdicción porque la persona está sana, y ha desaparecido la enfermedad presupuesto de aquélla.

e) Efectos:

El intervalo lúcido es un concepto de carácter jurídico y, como tal, su significación se traduce en la virtualidad que tiene para que los actos otorgados por el insano durante el intervalo gocen de plena eficacia.

Tiene también importancia porque permite imputarle responsabilidad al enfermo —declarado o no— por los actos ilícitos practicados durante el intervalo lúcido de conformidad a los términos del artículo 1070, en cuanto dispone que *“no se reputa involuntario el acto ilícito practicado por dementes en lúcidos intervalos, aunque ellos hubiesen sido declarados tales en juicio...”*.

465. VIABILIDAD PROCESAL

Es la posibilidad de someter al presunto enfermo al juicio de interdicción por demencia; al respecto existen dos limitaciones: la edad y el haber sido anteriormente rechazada una denuncia de insania.

a) El impedimento de edad:

Al respecto, advierte el artículo 145 que: *“si el demente fuese menor de catorce años no podrá pedirse la declaración de demencia”*.

El fundamento de esta disposición obedece a una razón de interés práctico, desde que resulta innecesario declarar la incapacidad de quien ya lo es por su edad (art. 54, inc. 2º) y, consecuentemente, se encuentra sujeto a la misma representación que tendría por razón de la demencia (art. 57, inc. 2º).

Además, tal declaración prematura podría resultar perjudicial en cuanto, sin necesitarla, se estaría precipitando una interdicción socialmente desfavorable de quien, precisamente por su corta edad, quizá pudiera durante su vida recuperar la salud mental sin contar con el antecedente poco propicio que significa haber estado sometido a un juicio por insania.

b) Impedimento de demencia rechazada:

El artículo 146 dispone: “*Tampoco podrá solicitarse la declaración de demencia cuando una solicitud igual se hubiese declarado ya improbadamente, aunque sea otro el que la solicitase, salvo si expusiese hechos de demencia sobrevinientes a la declaración judicial*”.

Con ello se quiere evitar el menoscabo que para la salud de una persona puede significar la reiteración de denuncias que, por la propia gravedad que tienen, podrían llegar a lesionarla seriamente.

El texto del artículo 146, que alude a “la demencia improbadamente”, guarda correspondencia con el criterio médico que había adoptado el Código Civil.

El criterio mixto adoptado por la ley 17.711 exige interpretarlo hoy en día como aludiendo a una sentencia denegatoria de la solicitud.

Entonces, es el dictado de una sentencia desestimatoria de una denuncia de insania lo que constituye el impedimento previsto por el artículo 146, razón por la que el rechazo de una anterior en virtud de motivos formales carece de eficacia para impedir la formulación de una nueva ⁸, ocurriendo lo propio cuando, aun mediando la producción de una pericia médica, el juicio no concluyó en el dictado de la sentencia correspondiente ⁹. Tampoco impide tramitar una nueva denuncia el hecho de haberse discutido en un juicio anterior la nulidad de un acto en razón del estado de salud mental del otorgante, ya que en este caso la *litis* ha estado específicamente referida a la validez del acto y no a la capacidad misma de la persona.

Conforme al precepto en estudio, carece de relevancia el sujeto denunciante desde que, aun distinto al peticionante anterior, no por ello puede intentar una nueva declaración atento a que le alcanza el efecto *erga omnes* de la sentencia denegatoria.

Una nueva pretensión interdictoria sólo puede tener lugar en la medida en que acontezcan nuevos hechos reveladores de la posible enfermedad con posterioridad a dicha sentencia. En este caso, el juzgamiento de esos hechos y sus circunstancias exigirá del juez un criterio de rigurosa prudencia atento al antecedente que significa el rechazo de una solicitud similar anterior.

III. SITUACIÓN JURÍDICA DEL INSANO

466. IMPORTANCIA DEL CASO

La realidad de la vida demuestra que el caso de los insanos no declarados interdictos es muy común. Distintas razones y circunstancias

⁸ CCiv. 1º Cap., 23/7/1924, J.A. 13-423.

⁹ CNCiv., Sala A, 1/4/1965, E.D. 10-784.

de diversa índole, ya inherentes al propio enfermo o a las personas con quienes convive, determinan esa frecuencia y de ahí, entonces, la particular importancia que tiene tratar su situación jurídica.

Ésta debe ser considerada integralmente y, por ello, es que corresponde analizarla con relación a la capacidad del insano, su responsabilidad y el valor de los actos por él practicados durante su insanidad.

467. LA CAPACIDAD

a) Principio general. Capacidad:

Hemos dicho ya que la declaración de la demencia viene a concretar en cada caso particular, la incapacidad que con carácter eventual prevé la norma. Es por ello que, según la ley, toda persona mayor de edad es plenamente capaz hasta tanto no se dicte la respectiva sentencia de interdicción (art. 140).

b) Limitaciones al principio:

Ahora bien, tratándose de una persona enferma, se comprenderá que la regla legal de capacidad no goza de la intangibilidad o estabilidad que ella tiene cuando se trata de una persona mentalmente sana. Se presentan así situaciones particulares que demandan soluciones que se imponen al margen del principio legal y que se justifican porque, en definitiva, la capacidad y la incapacidad de hecho coinciden en cuanto la primera es reconocida y la segunda impuesta en beneficio de la propia persona.

c) Situación del insano al que se designa curador de bienes:

De estas soluciones, particular atención merece la afectación que sufre la capacidad del insano a propósito de la designación del curador a los bienes durante la tramitación del juicio de insania, prevista por el artículo 148.

Al respecto, la doctrina disiente acerca del grado de incidencia que tal medida tiene con relación a la capacidad.

Así, por aplicación rígida del principio de capacidad instituido a través de los artículos 52 y 140, un criterio concluye en que dicha medida carece de entidad para modificar el grado de capacidad que goza el insano.

Otra tesis propicia la interdicción provisional del insano denunciado desde la iniciación misma del juicio con la designación del curador *ad litem* o, por lo menos, tal efecto interdictivo debería ocurrir desde el nombramiento del curador a los bienes.

Entre una y otra tesis, diríamos extremas, una tercera, sostenida por Llambías, entiende que ese nombramiento trae consigo sólo una suspensión parcial de la capacidad limitada a los actos jurídicos de carácter patrimonial, atento ello a la naturaleza de las funciones del cura-

dor *ad bona*, y que, además, es condicional desde que si se declara la interdicción aquélla queda corroborada y convertida en definitiva. Si, en cambio, la denuncia es rechazada, la suspensión queda levantada retroactivamente, y válidos los actos obrados durante ella por el entonces presunto enfermo.

Este último temperamento concilia adecuadamente los intereses comprometidos en el caso, respetando el principio según el cual la capacidad es regla general, y la incapacidad una excepción de interpretación restricta.

Además la tesis expuesta se compadece con el razonamiento lógico, desde que es inconcebible que el legislador pueda atribuir la válida realización del mismo acto a dos personas diferentes, el insano y el curador a los bienes, por lo que cabe concluir en que la designación de este último importa automáticamente la suspensión parcial de la capacidad del denunciado como insano ¹⁰.

d) Otras limitaciones:

Naturalmente, si la denuncia de insania le impide al denunciado continuar con la administración de sus bienes, con mayor razón obsta para atender intereses ajenos y, de ahí, que no puede desempeñarse como administrador de una sucesión.

La internación de que puede ser objeto el insano, conforme a lo prescripto por el artículo 482 (2º y 3º párrs.) y la ley 22.914, es una expresión más de la limitación que puede experimentar su capacidad.

En el orden de las medidas procesales, la suspensión del juicio seguido por un insano, o del término para contestar la demanda dirigida contra él, o del apercibimiento de tener por reconocida la forma o configurada la rebeldía representan también, manifestaciones propias de dicha limitación.

En cuanto al ejercicio de la patria potestad, no compartimos la afirmación según la cual la denuncia de insania motiva la suspensión del mismo. En efecto, si el insano observare comportamientos lesivos a los intereses de sus hijos, la causa de la suspensión estará determinada por la calidad dañina de esos comportamientos, tal como ocurriría si ellos provinieren de una persona sana y no, por la razón de ser su autor un insano. La suspensión obedece así a efectos objetivos y no a causas subjetivas propias del sujeto agente. La tesis expuesta aparece sustentada en el nuevo texto del artículo 309 (ley 23.264), que dispone la suspensión del ejercicio de la autoridad de los padres en caso de interdicción de alguno de ellos ¹¹.

¹⁰ CNCiv., Sala C, 8/5/1980, E.D. 88-620.

¹¹ CPen. Rosario, Sala II, 8/7/1985, L.L.1986-D-665, nº 37425-S.

e) Criterios actuales ¹²:

Nuestro Código sólo distinguía entre personas capaces e incapaces absolutamente; los dementes declarados integran esta última categoría. En 1968 con la reforma al Código Civil, se incorporó la categoría de los inhabilitados (art. 152 bis), que son personas capaces con ciertas limitaciones a sus poderes de disposición.

La tendencia de la legislación contemporánea en materia de dementes es admitir graduaciones de la incapacidad, de modo que el juez pueda mantener cierto grado de capacidad de acuerdo con la menor o mayor gravedad del estado del demente.

468. LA RESPONSABILIDAD

La responsabilidad por los actos lícitos e ilícitos se vincula no a la capacidad, sino al discernimiento (sobre el concepto de discernimiento y relaciones con la capacidad, v. *supra* n° 370), el que constituye uno de los elementos internos del acto voluntario.

La cuestión se trata pues con mayor extensión en el Capítulo XXV, donde aludimos a todos los elementos internos de los actos voluntarios (discernimiento, intención y libertad) y a las consecuencias que emanan de su ausencia (actos involuntarios).

Sin perjuicio de ello, adelantamos que:

— se reputan actos involuntarios aquellos obrados con carencia de alguno de los elementos internos (discernimiento, intención o libertad);

— los dementes son reputados por la ley sujetos carentes de discernimiento (art. 921), con lo que se comprende a los declarados y a los no declarados tales;

— por lo tanto, son actos involuntarios tanto los actos lícitos como los ilícitos obrados por dementes declarados como por los no declarados;

— por regla general, los actos involuntarios no producen por sí obligación alguna (art. 900);

— excepcionalmente puede haber responsabilidad del insano cuando ha obrado un hecho ilícito en un intervalo lúcido (art. 1070). Naturalmente, la cuestión de la prueba varía según se trate de un demente declarado o de un insano de hecho; en la primera hipótesis, quien pretenda atribuirle responsabilidad deberá acreditar la existencia del intervalo lúcido; en la segunda, quien pretenda exonerarse probando la demencia existente, pero no declarada, deberá acreditar ese extremo y la existencia de aquélla al tiempo de la conducta antijurídica.

¹² Bibliografía especial: VENCHIARUTTI, Angelo, "Infermità di mente", *RDC* 1991 -2ª parte- 145; STANZIONE, Gabriela, "La protezione civilistica del disabile per infermità mentale nell'ordinamento francese", *RDC* 1991-1ª parte-523; CIFUENTES, Santos, "Tutela jurídica del enfermo mental", en *Tendencias del derecho privado*, Lima, 1990; sobre el Derecho alemán: WITZ, Claude - FURKEL, Françoise, "Chronique de Droit civil allemand", *RTDC* 1994-445.

A continuación hemos de referirnos a los actos lícitos obrados por los enfermos mentales, cuestión que merece a esta altura una consideración particular.

469. VALOR DE LOS ACTOS DEL INSANO. MÉTODO DE LA EXPOSICIÓN ¹³

Hemos de considerar primero, el valor que pueden tener los actos otorgados por quien no ha sido declarado interdicto, ni antes ni después del acto.

A su vez, el valor que tienen los actos celebrados por el insano puede ser objeto de juzgamiento ya en vida del mismo o bien después de ocurrida la muerte, lo cual exige también una consideración separada de ambos supuestos.

470. JUZGAMIENTO DE LOS ACTOS EN VIDA DEL INSANO

Los actos otorgados por el insano —o sea la persona enferma mental pero no declarada demente— son válidos, pero anulables y de nulidad relativa.

Para que tal nulidad pueda ser declarada, estando vivo el insano, es necesario que se conjuguen dos recaudos:

— que la demencia existiese al tiempo mismo de la celebración del acto;

— que ella fuese notoria si se trata de hacerla valer frente a terceros de buena fe y el acto fuere a título oneroso.

Examinaremos ambas cuestiones.

a) La demencia debía existir al tiempo del acto:

Conforme al artículo 473, los actos anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de interdicción declarada por el juez existía públicamente a la época en que los actos fueron ejecutados.

Se advierte que este precepto alude a los actos celebrados por quien ha sido declarado demente por sentencia.

De tal norma la doctrina ha inferido que, tratándose de quien no ha sido declarado demente por sentencia, debe exigirse una prueba más rigurosa; esto es, *que la falta de razón existía al momento mismo de la celebración del acto* ¹⁴.

¹³ Bibliografía especial: CIFUENTES, Santos, "Interpretación del agregado del artículo 473 del Código Civil por la ley 17.711", *J.A.*, Doct., 1987-I-767; RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael A., "Actos celebrados por dementes (arts. 473 y 474 del Cód. Civ.)", *J.A.*, Doct., 1971-807; ZANNONI, Eduardo A., "Anulabilidad de los actos celebrados por el insano anteriores a la declaración judicial de demencia (arts. 473 y 474, Cód. Civ., ley 17.711)", *L.L.* 149-943.

¹⁴ Conf. 13ª conclusión de *lege lata* del III Encuentro de Abogados Civilistas (Santa Fe, agosto 1989).

La distinción se funda en que se trata de invalidar un acto de una persona capaz, pero que habría obrado sin discernimiento, de donde la prueba debe ser rigurosa, de modo de conjugar la protección del insano con la de los terceros que han contratado con él.

b) Notoriedad de la demencia:

La ley 17.711 agregó al artículo 473 un segundo párrafo, conforme al cual: *“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”*.

Este precepto plantea una primera cuestión, cual es la de determinar quiénes son los “contratantes de buena fe” a que alude. Es que una doctrina, sostenida con valioso cortejo argumental, afirma que se trata no de quien haya contratado directamente con el insano, sino del tercero sucesor en los derechos de quien hubiera contratado con el demente (Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia).

Sin embargo, entendemos que la ley ha querido referirse a quien ha contratado con el insano. Es que la protección de los sucesores singulares está ya conferida por el artículo 1051 (v. *infra*, Cap. XXXIV) de donde la norma resultaría superabundante de darle la interpretación propiciada por los autores citados ¹⁵.

Por otro lado, el texto en cuestión ha sido objeto de críticas, por cuanto daría prevalencia a la seguridad jurídica por encima de la tutela de los intereses de quien ha obrado sin discernimiento, siendo que éste constituye requisito inexorable de la voluntariedad de los actos (conf. Raffo Benegas y Sassot).

Naturalmente, si quien contrató con el enfermo conocía la existencia de la insanidad, o si el acto fue a título gratuito, no se exige la prueba de la notoriedad de la demencia.

471. JUZGAMIENTO DE LOS ACTOS DEL INSANO YA FALLECIDO

a) Regla general:

El artículo 474 dispone que: *“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”*.

¹⁵ Conf. 9ª conclusión de *lege lata* del III Encuentro de Abogados Civilistas (Santa Fe, agosto 1989). *El contratante al que se refiere el artículo 473, es el cocontratante del insano y no el tercero subadquirente.*

Del artículo 474 resulta, como principio general, la estabilidad de los actos de quien ha fallecido no interdicto como medio de preservar los actos jurídicos en los que, si dudosa puede ser la genuinidad de la voluntad que los ha otorgado, también lo es la prueba que se pudiera producir al respecto. Ante el dilema así planteado, la solución del legislador se compadece con el principio que aconseja, en tales casos, mantener la validez del acto. Por otra parte, esa solución guarda correspondencia con la presunción de sano juicio que cabe atribuirle a quien nunca fue cuestionado en ese aspecto. Las excepciones del propio artículo confirman tal razonamiento.

En efecto, dos salvedades a ese principio admite la ley, a saber: cuando el propio acto es testimonio de la insania de su autor y cuando el acto se haya consumado con posterioridad a la interposición de la demanda de incapacidad.

b) Primera excepción. Acto que evidencia la insanidad:

En este caso, la excepción encuentra su razón en el hecho de constituir el acto a impugnar la prueba misma de la irrazonabilidad invocada, lo que resulta del carácter absurdo de sus disposiciones, la incoherencia de las mismas u otros indicios similares, todo lo cual viene a salvar la imposibilidad probatoria que representa la muerte del insano ¹⁶.

c) Segunda excepción. Actos posteriores a una demanda de demencia:

La segunda excepción obedece a que la iniciación del juicio de insania crea una presunción que justifica la revisión de los actos celebrados con posterioridad a dicha denuncia, tanto más cuando el requisito de seriedad que debe satisfacer la formulación de la misma, afirma dicha presunción.

Los actos comprendidos por la excepción son sólo los celebrados con posterioridad a la petición judicial de la demencia; no entendemos comprendidos los actos otorgados con anterioridad a esa petición aun cuando sus efectos se produzcan o agoten con posterioridad a ella.

d) Reglas comunes:

A los efectos de la impugnación e invalidez de los actos comprendidos en las excepciones, es de aplicación cuanto hemos señalado para los actos atacados en vida del insano; es decir, que se deberá probar la falta de discernimiento al momento de la celebración y que —siendo el negocio oneroso— la insania era notoria o, de no serlo, que el cocontratante tenía

¹⁶ CNCiv., Sala E, 20/10/1961, L.L. 105-183.

conocimiento de ella, dado que la propia norma levanta las limitaciones del artículo 474 cuando “*se demostrare la mala fe de quien contrató con el fallecido*”¹⁷.

e) Carácter taxativo de las excepciones:

Finalmente, cabe advertir que aun cuando la insania de notoria existencia y público conocimiento podría, razonablemente constituir también un presupuesto válido para intentar la impugnación, dado el carácter excepcional con que el artículo 474 reconoce el derecho a impugnar, no pueden admitirse otros casos que los taxativamente explicitados por dicho artículo¹⁸.

472. ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD¹⁹

a) Textos legales comprometidos:

La cuestión relativa a los actos de última voluntad se halla regida por los artículos 3615 y 3616, que contemplan la cuestión del discernimiento en materia testamentaria.

El primero de esos artículos dispone que: “*Para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón. Los dementes sólo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces*”.

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

¹⁷ C1^º CC. Bahía Blanca, 8/4/1969, E.D. 27-455.

¹⁸ C1^º Civ. y Com. y Minería de San Juan, J.A. 26-648, n^º 27.

¹⁹ Bibliografía especial: FASSI, Santiago, *Tratado de los testamentos*, Buenos Aires, 1971, vol. 2, cap. II, págs. 49 y sigs.; ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, 3^ª ed., Buenos Aires, 1983, t. II, págs. 300 y sigs.; PÉREZ LASALA, José, *Curso de derecho sucesorio*, Buenos Aires, 1989, págs. 535 y sigs.; SPOTA, Alberto G. “Nulidad del testamento por alienación mental del testador”, J.A. 1942-II-375; CALATAYUD, “¿Pueden testar los dementes interdictos?”, *Revista de Derecho Civil* I-295; MOLINAS, Alberto J. “Algo más sobre la capacidad para poder testar del demente interdicto”, J.A. 1945-I-Doct. 34; ZICHERO TEZANOS PINTO, Néstor, “Testamento otorgado por el interdicto en un intervalo lúcido”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 38/39, págs. 33 y sigs.; LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., “Testamento y sanidad mental”, L.L. 1977-D-918; MEDINA, Graciela, *Nulidad de testamento*, Buenos Aires, 1996.

b) Casos alcanzados por los artículos 3615 y 3616. Remisión:

La doctrina se halla muy dividida en punto a si los artículos 3615 y 3616 se refieren sólo al demente interdicto por sentencia. Esta cuestión la tratamos *infra*, número 502.

Por ello ahora nos limitaremos a tratar el tema del testamento confectionado por un demente no declarado.

c) Principio: validez del testamento:

Advirtiendo que todo cuestionamiento en esta materia sólo puede tener lugar una vez ocurrida la muerte del testador y no al tiempo de la facción del testamento, cabe destacar, como presupuesto, que el principio general que sienta el texto es el de la validez de aquél por presumirse el sano juicio del autor.

d) Prueba de la nulidad:

De manera que quien pretenda alegar su nulidad deberá probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de otorgarlo.

Con relación a esta última circunstancia, entendemos que la prueba debe estar referida al momento de testar, desde que la expresión "al tiempo" conlleva una significación de contemporaneidad²⁰ que, además, traduce un rigor probatorio que resulta impuesto por la regla que manda, ante la duda, tener por válido el testamento. Por lo expuesto, no compartimos el criterio de quienes, como Llambías, entienden que la prueba está referida a la época próxima a la celebración del acto²¹.

Ahora bien, conforme a la propia norma, el impugnante podría limitarse a probar que el testador se hallaba notoriamente en estado habitual de demencia algún tiempo antes de testar, en cuyo caso, quien quiera sostener la validez del testamento deberá probar que el testador lo había ordenado durante un intervalo lúcido.

Al respecto, interpreta Llambías que al interesado en la validez del testamento le incumbe demostrar la salud mental del testador "en el preciso momento de su realización", criterio que no compartimos. En efecto, el texto legal exige la prueba del intervalo lúcido y no la de la lucidez en un instante preciso. Claro es que el testamento, para ser válido, habrá de ser otorgado durante el intervalo lúcido.

473. NULIDAD DE LOS ACTOS

a) Carácter de la nulidad:

Los actos del insano están viciados en razón de la falta de discernimiento de su autor, y su anulación exige la comprobación de dicha cir-

²⁰ CNCiv., Sala A, 20/3/1957, J.A. 1957-III-98. En contra: C2ª CC., Sala II, 17/5/1963, E.D. 5-629.

²¹ CNCiv., Sala A, 20/9/1960, (voto del Dr. Llambías), L.L. 101-229.

cunstancia a través de un proceso de conocimiento; ello hace que sean actos anulables, a diferencia de los otorgados por los interdictos que son nulos (v. *infra*, Cap. XXXIV).

Ahora bien, dispuesta la nulidad en beneficio del insano, ésta tiene carácter relativo y, en consecuencia, el acto afectado es susceptible de confirmación.

b) Legitimación para accionar:

La legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad la tiene el propio insano una vez que ha recuperado la salud mental; o el curador si, por el contrario, ha sido declarada su interdicción. Fallecido el insano, los herederos también podrán ejercer dicha acción con arreglo a lo dispuesto por el artículo 474.

No tiene legitimación para demandar la nulidad la contraparte del acto otorgado por el insano; con fundamento en tal criterio, se resolvió que el empleador demandado no podía cuestionar la validez del juicio seguido por un empleado insano (reitero, no declarado) para percibir una indemnización por incapacidad causada justamente por la enfermedad mental ²².

c) Prescripción:

Cuestión discutida es la relativa al término de la prescripción, pues el artículo 4031 dispone un plazo de dos años para los actos del demente declarado, pero nada dice respecto de los realizados del simple insano; ello ha llevado a alguna doctrina a interpretar que, por analogía, es de aplicación ese artículo, en tanto que otro criterio entiende que el caso queda sometido a la prescripción decenal prevista por el artículo 4023.

Participamos de la segunda tesis, pues el artículo 4031 se refiere específicamente a las acciones de nulidad respecto de los actos otorgados por quienes *están bajo curatela* ²³, lo que no sucede respecto de los insanos de hecho. Por otra parte, la prescripción decenal viene a favorecer a quienes, precisamente por no tener un representante legal, deben contar con un término mayor que, ante la eventualidad de sanar, les permitirá ejercer aún la respectiva acción de nulidad.

d) Carga de la prueba:

La prueba de la existencia de la enfermedad mental, de sus efectos y de que ella existía cuando el acto fue otorgado, o de la mala fe de quien contrató con el insano, están a cargo de quien pretende la declaración de nulidad.

²² CApel. Trab., Sala III, 11/9/1992, J.A. 12/1/1994; comentario de este fallo en *RDPC* n° 6, pág. 341.

²³ SCBuenos Aires, 27/4/1971, J.A. 1971-II-595.

IV. LA DECLARACIÓN DE DEMENCIA

474. COEXISTENCIA DE DISPOSICIONES DEL
CÓDIGO CIVIL Y DE LOS CÓDIGOS PROCESALES

A propósito del requisito legal de la declaración judicial de la demencia como presupuesto para la interdicción del enfermo mental, el Código Civil contiene algunas disposiciones de carácter procesal que, no por ello, resultan lesivas del principio constitucional por el que las provincias conservan para sí la atribución de dictar los códigos y leyes de procedimientos (v. *supra*, n^o 77).

En efecto, analizadas en su espíritu, tales disposiciones no obedecen propiamente al propósito de operar con el carácter típicamente instrumental con que se comportan las normas procesales, sino al de preservar la intangibilidad de los principios que el Código Civil ha adoptado en una materia de tanta trascendencia como es la relativa a la capacidad. En suma, se ha querido con ello asegurar, mediante el respeto de garantías fundamentales, tanto la genuina necesidad de la interdicción a declarar, como la tutela que merecen los diversos intereses de la persona afectada durante la tramitación del juicio de insania.

Trátase de normas que se encuentran consustanciadas en grado tal con las disposiciones sustantivas que pasan así a cointegrar el sistema de estas últimas. Al respecto, la Corte Suprema de la Nación tiene por doctrina sentada que, si bien es facultad constitucional de las provincias legislar en materia de procedimientos, ello no le impide al Congreso sancionar normas de carácter procesal cuando están destinadas a permitir o a asegurar el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos fundamentales que le incumbe dictar ²⁴.

Por otra parte, cabe advertir que tales normas del Código Civil, lejos de colisionar con la expresión procesal de los códigos locales, han servido para señalarles a éstos ciertos principios rectores, cuya observancia permite que la regulación formal de la materia por parte de aquéllos se efectúe en un marco de mínima, pero necesaria armonía, que se corresponda con la uniformidad que se ha querido guardar al someter la regulación de las instituciones del derecho común a la exclusiva potestad legislativa del Congreso de la Nación.

Ahora bien, el tratamiento que del proceso para la declaración de la demencia hacen los códigos de procedimiento, impone, en el marco del Derecho civil, limitar el estudio de tal juicio a las cuestiones que demandan la doctrina y la legislación civil, dejando al derecho procesal las que por su naturaleza le pertenecen, sin perjuicio de la referencia general de que puedan ser objeto algunas de las mismas.

²⁴ CSN, *Fallos*, 138:157; 141:254; 162:376, entre otros.

475. *INEXISTENCIA DE DECLARACIÓN DE OFICIO**a) Principio general:*

Conforme a lo prescripto por el artículo 142, en cuanto dispone que: “*La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte...*”, queda expresa y categóricamente establecido el principio general en virtud del cual el juicio de insania sólo puede ser instado a petición de parte legitimada, pero nunca de oficio.

Se ha querido con ello cuidar el carácter de tercero imparcial que le asiste al juez y evitar así la riesgosa incompatibilidad que significaría reconocerle la facultad de instar y declarar de oficio, nada menos, que incapacidades en razón de enfermedades mentales.

Ahora bien, si el juez toma conocimiento de la presunta insania a propósito de la actuación de una persona en una causa sometida a su jurisdicción, aquél —antes de declarar²⁵ de oficio la interdicción o aperibir²⁶ la iniciación por igual vía del juicio de insania— lo que debe hacer es dar intervención al Ministerio de Menores, para que éste, asumiendo la condición de parte, ejerza la facultad que le atribuye el inciso 3º del artículo 144.

b) Quid del juicio de inhabilitación:

Distinto es el caso cuando una solicitud de inhabilitación (art. 152 bis) es desestimada por el juez, quien, en razón de la entidad de la prueba producida, decide, en cambio, declarar la demencia de la persona denunciada. En efecto, dicha decisión no importa una declaración de oficio, sino, por el contrario, la consecuencia del debido ejercicio de la facultad de valorar que al juez le reconoce el criterio mixto adoptado por el Código Civil en el artículo 141, permitiéndole un adecuado encuadramiento jurídico del caso.

Ello, por otra parte, tanto más se explica si se advierte que aquella solicitud no configura propiamente una demanda, sino simplemente una denuncia que opera como presupuesto para que la jurisdicción se ejerza y determine el verdadero estado de salud mental del denunciado, a fin de resolver lo que mejor correspondiere a sus intereses, pudiendo ser ello la declaración de la demencia, habida cuenta de que ésta tiene por finalidad la protección del insano y no el reconocimiento de derechos al denunciante²⁷.

²⁵ CCiv. 2º Cap., 22/9/1939, J.A. 69-167.

²⁶ CCiv. 1º Cap., 23/5/1932, J.A. 38-256.

²⁷ T.Coleg.Civ.Com. San Nicolás, 19/10/1976, L.L. 1977-B-317.

476. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

a) Enumeración del artículo 144:

El requisito de la solicitud de parte, referido por el artículo 142, se encuentra reglado por la enumeración que el artículo 144 hace de las personas que pueden peticionar la declaración de la demencia. Ellas son: el esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente; los parientes del demente; el Ministerio de Menores; el cónsul, si el demente fuera extranjero, y cualquier persona del pueblo, cuando el demente fuese furioso o incomodase a sus vecinos.

b) Carácter de la enumeración:

Al respecto, consideramos que, en el marco propio del artículo 144, la enumeración es taxativa toda vez que el texto no permite interpretar que la misma tenga un propósito meramente enunciativo; pero no es excluyente en tanto deben admitirse otros casos en los que la legitimación resulte de algún otro precepto legal. Así pues, el carácter taxativo impide admitir el caso de los amigos, los socios o los acreedores, entre otros; pero el hecho de no ser excluyente permite aceptar la legitimación del tutor en virtud de lo dispuesto por el artículo 413 del Código Civil.

Conforme a lo expuesto, debemos entonces considerar luego los casos expresamente contemplados, los no contemplados y los excluidos.

c) Inexistencia de un orden legal:

La enumeración, además, no importa un orden de prelación entre los legitimados. Por el contrario, a cada uno de ellos le asiste un derecho distinto que, por tal, es independiente, en la medida en que su ejercicio es conferido en grado principal y no subsidiario respecto de quienes le preceden en la enumeración.

d) Carácter excluyente de la denuncia:

Ese derecho es también excluyente, desde que ejercido por un legitimado, quedan impedidos los otros de hacer lo propio.

e) Proyecto de Código Civil de 1998:

El Proyecto excluye de la legitimación al cónsul y a cualquier persona del pueblo, pero incluye al propio interesado (art. 28).

477. METODOLOGÍA DE LA EXPOSICIÓN

A partir de ahora trataremos en puntos separados todos los supuestos previstos expresamente por el artículo 144.

478. ESPOSO O ESPOSA NO SEPARADOS PERSONALMENTE O DIVORCIADOS VINCULARMENTE ²⁸

a) *Texto legal:*

El texto —que originalmente se refería sólo al esposo o esposa no divorciados— obedece en su versión actual a la modificación introducida por la ley 23.515 (art. 2º), la que contempla tanto el caso de la separación personal de los cónyuges como del divorcio vincular.

b) *Fundamento:*

Las razones por las que, como principio general, el cónyuge se encuentra habilitado para pedir la declaración de demencia del otro, son obvias.

c) *Exclusión del cónyuge divorciado o separado:*

La privación de legitimación del divorciado o separado se sostiene en el decaimiento de los afectos, la alteración de los sentimientos y la exacerbación de las pasiones, que pueden haber provocado el deterioro de la relación matrimonial, y podrían dar lugar a una petición de demencia que no tuviera otra finalidad que la de satisfacer bajos designios del cónyuge peticionante.

Tal argumento no sólo sería útil para enervar la pretensión del cónyuge separado o divorciado sino que, aún más, ha servido para que parte de la doctrina seguida por algunos pronunciamientos judiciales haya extendido la restricción al cónyuge cuando aún está pendiente la sentencia en el juicio de divorcio ²⁹ o, cuando no habiéndose iniciado éste, medie separación de hecho sin voluntad reconciliatoria.

d) *Cónyuge inocente del divorcio o separación:*

Se dice que el cónyuge inocente de la separación puede tener interés en pedir la declaración de demencia, ya que puede conservar la vocación hereditaria y el derecho a heredar; inclusive mediando divorcio vincular puede tener derecho a la prestación alimentaria.

Pero tales razones no permiten sostener una excepción en su favor atento al tenor de la norma, tanto más cuando recientemente el legislador al modificarla tuvo la oportunidad de contemplarlas y, lejos de ello, la modificación no ha hecho sino consolidar la restricción.

Se advierte que el artículo 203 (texto según ley 23.515) le reconoce al cónyuge el derecho de demandar la separación personal en razón de las alteraciones mentales, *graves de carácter permanente*, que padece el otro

²⁸ Bibliografía especial: MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, "Los cónyuges y el pedido de declaración de insania o inhabilitación", J.A. 24-291.

²⁹ CNCiv., Sala D, 17/7/1973, J.A. 1974-24-291.

cónyuge. Puede demandar la separación y hacer la denuncia de insania contemporáneamente, pero luego de separado no puede pedir la declaración de la demencia.

479. PARIENTES DEL DEMENTE

a) Parentesco por consanguinidad:

Aceptamos el criterio que refiere tal parentesco al que es susceptible de producir algún efecto jurídico con relación a la persona denunciada. Ciertamente es que, en el caso, la cuestión compromete valores morales y afectivos que también deberían atenderse, pero la necesidad de certeza lleva a preferir aquel criterio. Por otra parte, el orden natural hace suponer que en ese marco se encuentran comprendidos, precisamente, los parientes que deben sentir con más énfasis el afecto y la preocupación por el insano.

Conforme a este criterio, la legitimación de los consanguíneos se limita hasta quienes se encuentran en el cuarto grado de parentesco, por cuanto son quienes tienen vocación hereditaria.

b) Parentesco por afinidad:

En cuanto a los parientes por afinidad, existen diversos criterios. Algunos autores propician extender la legitimación hasta el segundo grado, con lo que quedan comprendidos los cuñados (Spota, Llambías). Otros consideran legitimados sólo a los afines en primer grado, por cuanto el segundo grado carece de gravitación tanto en el orden alimentario (art. 368), cuanto en el sucesorio (art. 3545) (Abbiati). Algún pronunciamiento judicial ha negado legitimación a los parientes por afinidad.

c) Parentesco adoptivo:

En cuanto al parentesco adoptivo, cabe distinguir según se trate de adopción plena o simple.

En la adopción plena, el adoptado adquiere el emplazamiento de hijo legítimo (art. 322), por lo que adquiere vínculo de parentesco no sólo con sus padres adoptivos sino también con todos los parientes de éstos. En consecuencia, debe recibir tal tratamiento respecto de su familia adoptiva y, como tal, es legitimado en los términos del artículo 144, inciso 2º.

En cambio, el adoptado plenamente carecerá de legitimación respecto de los parientes de su familia de sangre, puesto que la adopción plena extingue el vínculo con ésta.

En la adopción simple caben algunas distinciones:

— el adoptado conserva el vínculo parental con su familia de sangre; por lo tanto, podrá denunciar la insania de cualquiera de sus parientes de sangre dentro de los límites ya estudiados;

— respecto de su familia adoptiva, es considerado hijo de sus padres adoptivos y hermano de otros adoptados por sus padres (art. 329); por lo tanto podrá denunciar la insania de estos sujetos;

— pero el adoptado no adquiere parentesco con el resto de la familia de sus padres adoptivos (art. 329), por lo que no tendrá legitimación en los términos del artículo 144, inciso 2º, respecto de sus miembros.

d) Ejercicio del derecho por los parientes:

Finalmente, cabe señalar que entre los parientes legitimados no existe un orden de prelación para ejercer el derecho que se les reconoce, y el ejercicio por uno de ellos impide a los parientes restantes hacer lo mismo.

480. MINISTERIO DE MENORES

a) Fundamento:

Además de la representación promiscua que le corresponde desempeñar conforme a lo dispuesto por el artículo 59, le compete también una función de patronato destinada al cuidado de la persona y de sus bienes cuando ciertas circunstancias lo exigen, para lo cual cuenta con facultades legales entre las que se halla la de pedir la declaración de demencia.

A esta última función obedece la legitimación que le reconoce el inciso 3º del artículo 144 y no, como lo sostienen algunos pronunciamientos judiciales³⁰, a la de la representación promiscua, desde que ésta le corresponde a quien es incapaz y el denunciado como demente aún no tiene ese carácter.

b) Importancia:

Dicha legitimación reviste especial importancia, en tanto constituye la vía idónea por la que terceros no legitimados para solicitar aquella declaración, pueden intentar ese efecto interesando al Ministerio de Menores para que sea éste quien formule ese pedimento si, a su juicio y en razón de las particularidades del caso concreto, estima conveniente a los intereses del presunto enfermo dar curso a la petición.

c) Carácter principal:

La legitimación del Ministerio es principal y no subsidiaria de la de otros legitimados que le preceden en la enumeración legal³¹, de manera que puede ejercerla aun cuando estos últimos no lo hubieren hecho o bien se opusieren a ese ejercicio. Este principio —que ha merecido algu-

³⁰ CNCiv., Sala F, 12/3/1985, LL 1985-B-507; CNCiv., Sala A, 30/7/1985, LL 1985-E-82.

³¹ CNCiv., Sala A, 30/7/1985, LL 1985-E-82.

nos reparos por considerarse que puede ser violatorio de la privacidad familiar— tiene sólidos fundamentos enderezados tanto a la tutela del interés particular del insano como el general de la sociedad.

El Ministerio no se encuentra obligado, por el solo conocimiento de los hechos, a instar la declaración formulando la denuncia. Es presupuesto de razonabilidad que la interdicción es para beneficio del insano y su declaración sólo se justifica cuando sea la única forma y, por lo tanto, la mejor, de contemplar los intereses de aquél, de manera que si las circunstancias del caso demuestran que los mismos se encuentran ya debidamente protegidos y atendidos, la pretensión de tal declaración carecerá de virtualidad y, en ese caso, el Ministerio podrá abstenerse de pedirla.

Por otra parte, respetar la prioridad que supuestamente tendrían los parientes o hacer caso de sus oposiciones podría significar que se estuvieran contemplando antes los intereses de aquéllos que los propios del enfermo. Además, en materia de capacidad se encuentran implicados los intereses de la sociedad y al cuidado de éstos responde también la legitimación principal del Ministerio de Menores.

481. *EL CÓNSUL SI EL DEMENTE FUERA EXTRANJERO*

a) Fundamentos:

La posibilidad de que el cónsul del país al que pertenece un extranjero pueda denunciar su insania ha sido sostenida en diversas razones:

- expresión de los privilegios antiguamente reconocidos a los ciudadanos de otros países;
- el cuidado de los intereses de los connacionales como función consular;
- la promoción de la inmigración mediante el otorgamiento de garantías.

b) Críticas:

La mayor parte de la doctrina nacional ha afirmado que esta prerrogativa del cónsul del país al que pertenece un extranjero carece actualmente de justificación.

Los proyectos de reforma al Código Civil la han suprimido, y en el mismo sentido se pronunció el Primer Congreso Nacional de Protección al Enfermo Mental.

c) Refutación de las críticas:

No obstante ello, recientemente se ha argumentado por Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia, en favor de esa legitimación en función de lo dispuesto por el artículo 7º, en cuanto establece que la capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio. Leyes estas, a su

vez, cuya aplicación, según el artículo 13, sólo tendrá lugar a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de las mismas, destacándose la necesidad y utilidad que a todos estos efectos puede tener la intervención consular.

Por otra parte, la legitimación que deviene del artículo 144 para solicitar la internación prevista por el artículo 482 y el artículo 1º, inciso d, de la ley 22.914, constituyen otros argumentos expuestos en su favor.

Finalmente, cabe advertir que los reparos a la legitimación que se le reconoce al cónsul, en relación al insano extranjero, pierden entidad en la medida en que se advierta que ella no es excluyente de la que, con carácter general, tiene el Ministerio de Menores, el que puede así solicitar la demencia de aquél en grado principal y no subsidiario respecto del cónsul.

482. LA ACCIÓN POPULAR

a) Crítica:

El artículo 144, inciso 5º, legitima a cualquier persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos.

Tal norma ha sido objeto también de serias críticas que, como en el caso anterior, han llevado a propiciar su derogación en el referido Congreso sobre el enfermo mental.

En efecto, a nuestro juicio, mientras en los cuatro casos anteriores la legitimación encuentra su justificación en una razón esencial que vincula al legitimado con el denunciado, ello no ocurre en el caso de la acción popular, tanto como que la denuncia está destinada a contemplar los intereses del denunciante antes que los del insano. No desvirtúa lo dicho la pretensión de incluir en la acción popular, entre otros, al cónyuge divorciado, el pariente de grado ulterior, los amigos —como “personas del pueblo”— para afirmar entonces que el afecto y el interés por el enfermo constituyen la razón vinculante, porque el ejercicio de dicha acción exige ciertos presupuestos objetivos excluyentes de las motivaciones afectivas.

Al respecto, entendemos que la intervención de la autoridad policial prevista por el artículo 482 (segunda parte) y el ejercicio de la función de patronato que le incumbe al Ministerio de Menores, pueden resguardar tanto los intereses de los vecinos como los propios del insano; principalmente estos últimos, cuya atención debe ser permanente frente a la afectación sólo contingente de los de aquéllos.

b) Efectos:

Se ha discutido si la acción popular goza de eficacia propia, o no, para instar el proceso por insania. En tanto un criterio le reconoce esa virtualidad, otro la considera eficaz al solo efecto de motivar la interven-

ción del Ministerio de Menores, a fin de que éste juzgue la entidad de la denuncia y, en el caso de estimarla pertinente, haciéndola propia in ste dicho proceso ³². Adherimos a este criterio por considerar que la función de patronato del Ministerio permite tutelar los intereses del denunciado, habida cuenta de que la protección de éstos es tanto más necesaria cuando, como en el caso, el legitimado obra en razón de sus propios intereses, como ocurre en los otros supuestos de legitimación activa. De allí que el denunciante no asuma la calidad de parte en el juicio de insania.

483. SUPUESTOS NO CONTEMPLADOS

a) *El propio insano:*

Pese a que el artículo 144 guarda silencio, no nos parece dudosa la legitimación que le asiste al propio insano para solicitar la declaración de su demencia.

En efecto, si ésta es dictada para beneficio del enfermo, nadie más autorizado que él para pretenderlo. Ello, con mayor razón, si se tiene en cuenta que esa declaración también compromete derechos y atributos de su personalidad.

Compartimos el criterio según el cual tal petición podría formularla tanto el propio denunciado por sí como por medio del Ministerio de Menores. Incluso la particular situación que tiene como insano, aconsejaría que fuese este último el único medio idóneo para tal petición. Así lo prevé expresamente el Proyecto de Código Civil de 1998.

b) *Representantes legales:*

Respecto de ellos, cabe considerar los siguientes supuestos:

— *tutor no pariente*. Con fundamento en el artículo 413, que le impone al tutor el deber de administrar los intereses del menor *como un buen padre de familia*, parte de la doctrina le atribuye al tutor, no pariente del menor insano, legitimación suficiente para solicitar la declaración de su demencia.

Adherimos a este criterio en virtud de que el ejercicio de sus funciones coloca al tutor en una situación análoga a la del padre, razón por la que en este caso, la denuncia obedece al ejercicio de un derecho propio igual al de aquél. Además, esta legitimación guarda correspondencia, en el plano de la capacidad, con la solución dada en otros casos similares, como ocurre con la que le es reconocida al tutor para pedir la revocación de la emancipación del menor, tanto civil (art. 131) como comercial (art. 12, seg. parte, Cód. Com.).

— *tutor y curador del sordomudo*. Tratándose del tutor del menor sordomudo, volviéndose éste insano, tiene aquél igual legitimación y con

³² CNCiv., Sala F, 15/6/1977, L.L. 1978-B-657 (34.565-S).

el mismo carácter que la que le asiste al tutor de todo menor. Si, en cambio, se tratare del curador de un sordomudo interdicto, podrá también pedir la declaración de demencia de éste, pero, en ese caso, no ya ejerciendo un derecho propio como en el caso del tutor, sino en representación del sordomudo.

484. CASOS EXCLUIDOS

Conforme ya se ha señalado, los amigos, los socios y los acreedores del presunto enfermo, carecen de legitimación para intentar la denuncia por insania.

Con relación al curador del inhabilitado, de no ser cónyuge o pariente del mismo (art. 144, incs. 1º y 2º), carece de legitimación para denunciar la insania, atento a que no reviste el carácter de representante sino de asistente del inhabilitado. Pese a ello, en el Primer Congreso Nacional de Protección al Enfermo Mental, se aprobó la ponencia que propicia la incorporación de este curador al elenco de legitimados del artículo 144, atendiendo a que su condición de tal lo califica favorablemente para ese fin.

V. LA DENUNCIA DE INSANIA

485. NATURALEZA

Si bien el texto del artículo 142, al predicar la necesidad de la solicitud de parte para instar el proceso de insania, podría sugerir que dicha solicitud tiene ya de por sí la virtualidad de producir ese efecto, ello no es así. Esa petición es una denuncia que pone en acción el procedimiento no por su sola formulación —como ocurre con la demanda— sino por obra de aquellas constancias objetivas y concretas de que venga acompañada y que fueren demostrativas de que hay motivo tanto para presumir un estado de anormalidad en el denunciado como para someterlo a un determinado tipo de procedimiento.

486. CARÁCTER

Esta cuestión, a nuestro entender, debe ser considerada distinguiendo entre el acto de denunciar y la denuncia misma, que es la manifestación concreta de ese acto.

Esta distinción trae consigo determinar si dicho acto es para los legitimados de carácter obligatorio o facultativo y, además, si realizado, la denuncia interpuesta es factible de desistimiento y la instancia posible de caducidad.

a) Carácter facultativo u obligatorio:

Como principio general, podemos afirmar que la denuncia tiene carácter facultativo desde que la sola aparición de la enfermedad no obliga a los legitimados a formular la solicitud de demencia. Éstos, principalmente en el caso del cónyuge, los parientes y el Ministerio de Menores —por las razones afectivas y por la función tuitiva del patronato, respectivamente— pueden y deben ponderar las circunstancias del caso y juzgar, meritualmente lo que mejor convenga a los diversos intereses del insano, la necesidad, conveniencia u oportunidad de formular la denuncia.

Ahora bien, en todos los casos en los que la persona o el patrimonio del insano sólo puedan tener adecuado tratamiento mediando la interdicción, la petición se torna obligatoria, razón por la que quedan excluidos de la curatela los parientes que omitieron solicitarla para el enfermo mental (arts. 475 y 398, inc. 14) o son considerados indignos de suceder al difunto demente, que no recogieron o hicieron recoger en establecimiento público (arts. 3295 y 266).

En el caso de los legitimados por la acción popular, el ejercicio de la denuncia tiene, en cambio, siempre carácter facultativo, atento a que la legitimación les es reconocida sólo en protección de sus propios intereses.

b) Desistimiento, allanamiento, caducidad de la instancia:

En relación con la segunda cuestión, destacamos que impuesta la denuncia y admitida por reunir los requisitos exigidos, no es posible desistir de ella. Al estar cuestionada la capacidad de una persona, se afecta no sólo el interés de ésta, sino también el interés público. Por ello es que una vez puesto en marcha el trámite judicial de un proceso de insania, éste 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 denuncia³³. De allí que el proceso no puede terminar por caducidad de instancia³⁴.

Por las mismas razones, el allanamiento no es admitido en el proceso de insania; de lo contrario, como bien observan Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia, importaría la incongruencia de reconocerle validez a la expresión de una voluntad cuya eficacia constituye el objeto mismo de la cuestión a resolver en el juicio.

Por lo expuesto, le atribuimos a la denuncia, una vez formulada, carácter público.

³³ CNCiv., Sala B, 18/6/1981, E.D. 95-518.

³⁴ CNCiv., Sala F, 30/5/1972, E.D. 43-655. Dicho fallo sobre inhabilitación es de aplicación analógica al juicio de insania.

487. REQUISITOS

Los intereses comprometidos por la denuncia le imponen a ésta respetar ciertos requisitos destinados a garantizar su legalidad y seriedad, atento a la gravedad que supone pedir la interdicción de una persona con fundamento en su insanidad.

Tales requisitos —cuya imposición es materia propia de los códigos locales de procedimiento— conforme al CPN, son los siguientes:

a) Acreditar la legitimación:

Tratándose del cónyuge o de los parientes deberán acompañar las partidas correspondientes. En el caso del cónsul, éste deberá acreditar tanto su condición de tal como la nacionalidad del denunciado. La acción popular exige demostrar la calidad de habitante de la ciudad o pueblo cuando el denunciado fuese un demente furioso o peligroso. Ahora bien, en ambos casos la legitimación resulta de una especial calidad o conducta del insano, lo que también se deberá acreditar en cuanto es presupuesto de aquélla, mediante las constancias apropiadas (denuncias policiales, internaciones, publicaciones periodísticas, etcétera).

Tratándose de tutores o curadores, en los casos no contemplados por el artículo 144, deberán presentar las constancias de sus respectivas designaciones.

b) Exposición de los hechos:

Así lo requiere el artículo 624, CPN. La relación deberá ser lo más circunstanciada posible, describiendo tanto las conductas personales como patrimoniales que pudieren ser indicativas de la insanidad, la incidencia de ésta en el gobierno de la persona y bienes del insano, como los riesgos a que se encuentran expuestos ambos aspectos e igualmente, todo otro elemento de juicio que permita ilustrar al juez sobre la concurrencia de los presupuestos requeridos por el artículo 141. Asimismo, deberá explicar la necesidad o conveniencia de tomar determinadas providencias en relación con la persona (vgr., internación, tratamientos), a los bienes (vgr. designación de curador) inhibiciones y, en suma, a la tramitación misma del proceso.

c) Certificaciones médicas:

Se deben acompañar dos certificados médicos que den cuenta sobre el estado mental del presunto incapaz y su peligrosidad actual (art. 624, CPN). Éstos deben referir el estado de salud mental sólo desde el punto de vista médico, por ello, no es indispensable que se pronuncien sobre la incidencia que puede tener en la aptitud del enfermo para dirigir su persona o administrar sus bienes.

Tales certificados deben ser actuales en relación con la época de su presentación; una interpretación razonable en función del fundamento

y propósito de este requisito exige que los médicos, aun no siendo especialistas —que habría sido apropiado exigir que lo fueran—, tengan dedicaciones que aseguren un grado de conocimientos suficientemente válido como para otorgar un certificado que ha de servir a semejante finalidad. Tampoco es necesario —aun cuando debió serlo— el reconocimiento y ratificación del certificado por el facultativo que lo expidió.

En el caso de no ser posible la presentación de estos certificados, el juez requerirá la opinión de dos médicos forenses que deberán expedirse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, pudiendo aquél, conforme a las circunstancias, ordenar la internación del presunto insano si ello fuere necesario para practicar ese examen (art. 625, CPN).

488. EFECTOS DE LA DENUNCIA

Presentada la denuncia con arreglo a los requisitos legales, el efecto inmediato de la misma es dar lugar a la apertura del proceso de insania.

Al respecto, el artículo 626, CPN, establece que la resolución pertinente dispondrá el nombramiento de un curador provisional *ad litem* (inc. 1º); la fijación de un plazo —no mayor de treinta (30) días— para la producción de la prueba (inc. 2º) y la designación de tres psiquiatras o legistas para practicar la peritación médica (inc. 3º).

Dicha resolución puede, además, proveer otras medidas impuestas por las circunstancias del caso, conforme a lo que autoriza el artículo 629, CPN, al disponer que el juez podrá adoptar las medidas previstas por el artículo 148 (designación de un curador *ad bona* y entrega al mismo de los bienes bajo inventario), decretar la inhibición de bienes y otras medidas precautorias o la internación del denunciado en razón de su peligrosidad.

Si, en cambio, la denuncia no fuere acogida, el denunciante deberá responder por ello, toda vez que las graves connotaciones tanto personales como sociales que tiene la formulación de una denuncia por insania, obligan a quien la hace a actuar con la mayor diligencia, de manera que si así no hubiera obrado, deberá responder por los daños consecuentes y ello con mayor razón si la petición ha obedecido a un propósito deliberadamente malicioso.

Además de esta consecuencia general, la denuncia así interpuesta configura una injuria grave que autoriza al denunciado a demandar el divorcio. Igualmente deberá cargar el denunciante con las costas que se hubieren ocasionado.

489. JUEZ COMPETENTE

Según el artículo 140, la declaración de demencia debe obedecer al pronunciamiento de un juez competente; conforme a lo prescripto por el artículo 5º, inciso 8º, del CPN, resulta ser tal el del domicilio del presunto incapaz o, en su defecto, el de su residencia.

Al respecto, el domicilio que debe tenerse en cuenta es el que tiene establecido el presunto insano al tiempo de efectuarse la denuncia, aun cuando otro hubiera sido el que tenía al iniciarse el proceso de la enfermedad, salvo que se probare que dicho proceso le ha impedido manifestar la intención de efectuar ese cambio ³⁵.

490. PARTES EN EL JUICIO DE INSANIA

a) Curador ad litem y Ministerio Pupilar:

Conforme al artículo 147, el curador *ad litem* y el Ministerio Pupilar son partes del proceso de insania. El primero ejerce la función de representar al presunto insano durante el juicio hasta su terminación.

b) Denunciado:

No parece dudoso que deba reconocerse al denunciado como insano su calidad de parte. Más allá de la evidencia de que se encuentra en juego su propia capacidad, lo que de por sí sería suficiente para reconocerle legitimación, lo cierto es que en el ámbito nacional viene a quedar reconocida por el artículo 627, CPN, que le autoriza a ofrecer las pruebas que hagan a la defensa de su capacidad.

c) Denunciante:

La doctrina nacional ha discutido si el denunciante es o no parte en el proceso.

El vigente artículo 627, CPN, admite expresamente que aporte las pruebas que acrediten los hechos que ha invocado en su denuncia.

Como se apunta en la doctrina procesalista, cuando a un sujeto se le reconocen las facultades de probar, alegar, recurrir, y fiscalizar la actividad de otras personas que son indiscutiblemente tenidas por parte, no parece exagerado permitirle que conceptualmente comparta ese carácter (Colombo, Morello).

d) Acción popular:

El denunciante en los términos del inciso 5º, del artículo 144 (acción popular), no es parte en el juicio, pues se limita a efectuar la denuncia.

e) Curador a los bienes:

La designación de un curador a los bienes es una facultad del juez para el caso de que la demencia aparezca notoria e indudable (art. 148), por lo cual no puede ser considerado parte esencial. Pero aun designado

³⁵ CSN, 30/9/1931, J.A. 36-849.

tampoco tiene participación en el juicio, ya que su actividad se reduce a la administración de los bienes del insano.

f) Curador definitivo:

Se lo designa una vez dictada la sentencia de interdicción, razón por la cual sólo se constituye en parte a los fines de la rehabilitación (arts. 150 y 635, CPN).

g) Proyecto de Código Civil de 1998:

El Proyecto dispone que el denunciado es parte en el proceso y que el denunciante puede aportar las pruebas que acrediten los hechos que haya expuesto (art. 29)

491. LA REPRESENTACIÓN DEL INSANO

La singular situación del denunciado como insano, en tanto conserva su capacidad, pero enmarcada por una seria presunción de incapacidad, impone la necesidad de dotarle, durante el proceso de insania que se le sigue, de una adecuada representación que resguarde los derechos e intereses que resultan comprometidos por obra de dicha denuncia.

Tal representación se concreta mediante la designación de curadores provisionales, de los cuales la intervención de uno —el curador *ad litem*— es indispensable, en tanto la participación del otro —curador *ad bona*— es sólo posible. De ambos trataremos seguidamente, en párrafos separados.

492. EL CURADOR AD LITEM

La interposición de la denuncia, por el requisito de seriedad que debe satisfacer, tiene la virtualidad de crear un estado de sospecha sobre la aptitud procesal del denunciado para proveer adecuadamente a su defensa. Ello ha llevado al legislador a disponer que debe designarse un curador provisorio que lo represente y defienda en el juicio hasta que se pronuncie la sentencia definitiva. Cabe pues, considerar la naturaleza que le asiste a aquél, las funciones y actuación que le competen, la designación, duración y remuneración del mismo, entre otras cuestiones principales.

a) Naturaleza:

Es una representación legal y necesaria. En virtud del carácter legal que tiene, la voluntad del denunciado es sustituida por la del representante y no obsta a este efecto sustitutivo el hecho de que el insano pueda intervenir por su parte independientemente del curador, dado que se trata, en ese caso, de dos intervenciones distintas. Dicho efecto expli-

ca que el curador en su actuación obedezca a su propio criterio, a diferencia del representante convencional que actúa conforme a las instrucciones recibidas.

El carácter necesario de la representación determina que la participación del curador sea indispensable a los efectos de la validez del proceso en general y de las actuaciones que lo integran en particular, so pena de la nulidad de aquél o de alguna de éstas.

b) Funciones:

Se encuentran establecidas por el propio artículo 147 y consisten en la de representar —con la extensión antes referida— y defender al denunciado como insano, siendo necesario determinar el sentido y alcance de la defensa que le es confiada.

Al respecto, entendemos que estando la interdicción destinada a la protección del insano, el curador tiene el deber de ajustar su cometido a esa finalidad. De ahí que su defensa deba proyectarse más allá de una estrategia encaminada a resistir a la declaración de la demencia, para adoptar una actitud objetiva que contribuya a averiguar y determinar con certeza el estado de salud mental del denunciado y su incidencia en la vida de relación.

Todo lo expuesto explica entonces, que el curador pueda adherir a la declaración de incapacidad.

A más de estas funciones principales, se ha entendido, a nuestro juicio con razón, que el curador provisorio no tiene que circunscribir su actuación al aspecto procesal, sino que debe procurar conocer las actividades del presunto demente y hacer presente al juzgado cualquier circunstancia que pueda poner en peligro la persona o bienes de aquél, a fin de que se dispongan las medidas conservatorias correspondientes³⁶; salvo que mediare designación del curador a los bienes, en cuyo caso a él le incumbe la atención de los intereses patrimoniales del insano, con el alcance que indicaremos luego.

Dicha incursión extraprocesal del curador, se justifica en cuanto ella viene a evitar la desnaturalización que, de lo contrario, sufriría la función defensiva que específicamente le compete.

c) Designación y duración:

El artículo 626, CPN, prescribe que luego de darse vista de la denuncia al asesor de menores e incapaces, el juez resolverá el nombramiento de un curador provisional, que recaerá en un abogado de la matrícula.

Las particulares calidades y cualidades que, en razón de las funciones a desempeñar debe tener el elegido, constituyen el fundamento de esta

³⁶ CNCiv., Sala A, 27/3/1973 (dictamen del Asesor de Menores de Cámara), E.D. 48-559.

potestad judicial y exigen por parte del juez un adecuado conocimiento de aquél ³⁷.

Ahora bien, siendo remunerada la intervención de este curador, la ley ha querido conciliar esta circunstancia con la indispensable necesidad de su intervención y de ahí que haya previsto como fórmula de solución, en el artículo 628, CPN, que cuando el presunto insano careciere de bienes o éstos sólo alcanzaren para su subsistencia, el nombramiento de curador provisional recaerá en el curador oficial de alienados.

En cuanto a la duración de sus funciones, el artículo 147 establece que subsisten hasta que se dicte la sentencia definitiva.

Puede apuntarse que, en cambio, el artículo 626, inciso 1º, CPN, dispone que el curador *ad litem* continúa en funciones hasta que se discierna la curatela definitiva o se desestime la demanda.

Al respecto, la prioridad de la ley sustantiva sobre la formal, y la naturaleza misma de las funciones del curador *ad litem*, nos llevan a sostener que éstas concluyen cuando la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada ³⁸.

El lapso que va desde la sentencia hasta el discernimiento de la curatela definitiva debe ser cubierto con la intervención del Ministerio de Menores, el que, incluso, tendrá que instar si fuere necesario ese discernimiento (arg. arts. 491 y 493, Cód. Civ.). No compartimos así la opinión de Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia, para quienes esa cobertura está a cargo de quien fuera curador *ad litem*, aunque continuando con una automática modificación de las funciones como consecuencia de la incapacidad resultante de la sentencia, asumiendo transitoriamente las propias del curador que habrá de nombrarse.

493. EL CURADOR AD BONA

La participación de este curador —que no es indispensable sino posible en la medida en que concurren los presupuestos que justifican su nombramiento— se encuentra prevista por los artículos 148 y 471.

Dispone el primero de ellos que: “*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*”. El segundo, por su parte, prescribe que: “*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*”.

Ahora bien, del cotejo de los textos transcritos resultaría que, mientras el artículo 148 impone al juez la obligación de nombrar un curador a los bienes, según el artículo 471, este nombramiento, en cambio,

³⁷ CNCiv., Sala B, 15/2/1980, E.D. 88-795.

³⁸ SCBuenos Aires, 19/9/1978, E.D. 84-246.

sería una decisión meramente facultativa de aquél, lo cual ha llevado a la doctrina a ensayar distintas explicaciones e interpretaciones tendientes a solucionar una contradicción que no es tal.

En efecto, como bien señalan Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia, a cuyo pensamiento adherimos en el punto, dichas normas no son contradictorias, toda vez que el artículo 471 le reconoce al juez —como regla general— la facultad de disponer el nombramiento de un curador a los bienes cuando, conforme a las circunstancias del caso, lo juzgare como oportuno y conveniente; y a su vez el artículo 148 establece —como regla especial— que si esas circunstancias consistieren en una demencia notoria e indudable, tal nombramiento resulta obligatorio para el juez.

a) Naturaleza:

Le asiste también la condición de representante legal y necesario para la atención de los bienes y asuntos de carácter patrimonial del presunto insano, quien, por obra del nombramiento de este curador, sufre una suspensión parcial y condicional de su capacidad, aun cuando limitada sólo a los negocios jurídicos patrimoniales.

b) Funciones:

Al respecto, le compete al curador *ad bona* la administración de los bienes del denunciado como así también su representación en los juicios que inicie el insano o se le inicien a él, con excepción del juicio de insania en el que se halla representado por el curador *ad litem* y de los que tengan un contenido extrapatrimonial. Por el carácter necesario de la representación que tiene, la falta de su intervención provocaría la nulidad de la actuación en la que hubiere mediado la omisión.

c) Extensión de las funciones:

Un primer criterio doctrinario afirma que el curador sólo tiene funciones de conservación y custodia de los bienes (Llambías, Borda, Orgaz); se argumenta que dado el carácter transitorio de la función, todo acto que no sea impuesto por la urgencia de la administración debe quedar postergado para su consideración por el curador definitivo o por el interesado mismo si fuese desestimada la interdicción. Además debe tenerse en cuenta que se trata de la administración del patrimonio de una persona aún no declarada incapaz, y que la solución se corresponde con la regla del artículo 488, conforme al cual “*los curadores de los bienes ... sólo podrán ejercer actos administrativos de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas*” (Rivera).

Un segundo criterio ha sido expresado por Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia, distinguiendo entre la curatela a que hace referencia el artículo 488 y la prevista en el artículo 148. Según estos autores, aquella

curatela de los artículos 488 y siguientes, que se da a los bienes del difunto cuya sucesión no hubiese sido aceptada (art. 486), atiende sólo a los bienes en sí mismos, y ello explica las limitaciones de las funciones del curador. En cambio en la curatela designada a los bienes del insano, puede imponerse una gestión más dinámica que exceda de la mera conservación y custodia (conf. Abbiati).

d) Designación y duración:

Atento a lo prescripto por el citado artículo 148, la designación de este curador procede cuando la demencia aparezca notoria e indudable, y existan bienes, mereciendo ambos requisitos algunas consideraciones.

Respecto al estado de la demencia, debe advertirse que no basta la notoriedad de la enfermedad sino que, además, ha de ser indudable su entidad como patología mental.

Ahora bien, la no configuración de ese estado en los términos requeridos no obsta a que pueda adoptarse esta medida cautelar, con fundamento en el artículo 471, inclusive cuando, en este caso, lo que deberá aparecer como indudable será la necesidad de la medida, habida cuenta del carácter excepcional que ella tiene en el marco de la capacidad que sigue conservando el denunciado.

En relación con los bienes, en nuestra opinión, para que tenga lugar la curatela debe tratarse de bienes que, en razón de sus propias características o situación jurídica, justifiquen razonablemente el nombramiento de un curador.

No obsta a la designación, el hecho de no existir una necesidad inmediata por encontrarse los bienes debidamente cuidados o administrados, pues se trata de una verdadera medida cautelar, y la ley no exige tales requisitos. No compartimos así la opinión de quienes, como Llambías, requieren el estado de abandono de los bienes por obra de la enfermedad del dueño, desde que no es ese abandono sino la prevención del mismo una de las razones del nombramiento en cuestión.

En cuanto al aspecto subjetivo de la designación, le compete al juez la elección de la persona sobre la que ésta ha de recaer, no siendo necesario, en el caso, que revista la calidad de abogado, como cuando se trata del curador *ad litem*, pese a que por lo general, tal designación recae también en la persona de este último, por así aconsejarlo tanto razones de unidad en el ejercicio de la representación legal como de economía.

La libertad de elección de que goza el juez para el nombramiento encuentra una limitación en el artículo 149 que, reformado por la ley 23.264, prescribe que: “*Si el denunciado como demente fuere menor de edad, su padre o su madre, o tutor ejercerán las funciones del curador provisorio*”. Al respecto debe advertirse que el texto se refiere a la curatela de los bienes, dado que para el cargo de curador *ad litem* se requiere la ya referida calidad de abogado. Dada la alternativa que ofrece el texto legal, deberá

resolver el juez a cuál de los padres designa como curador provisional, salvo que éstos de común acuerdo, resolvieren que lo sea uno de ellos.

Finalmente, cabe consignar que el ejercicio de la curatela se extiende hasta la sentencia definitiva y su conclusión le impone a quien la ejerce la obligación de rendir cuentas.

VI. LA PRUEBA

494. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

El capítulo de la prueba en juicio de insania requiere, en el marco de su consideración por el derecho sustantivo, tratar las clases de pruebas a producir y la valoración de que ellas pueden ser objeto para la decisión de la causa.

De la conjunción de los artículos 140 a 142, resulta que este juicio exige la producción de una pericia médica que, por esencial, es indispensable y común a todo proceso de insania.

Pese a ello, esa pericia no tiene, por sí, carácter excluyente de otros medios probatorios que puedan resultar necesarios para demostrar el grado de determinación que la enfermedad tiene en la conducta general del enfermo, por constituir esta relación de causalidad el presupuesto jurídico para la declaración de la demencia.

495. LA PERITACIÓN MÉDICA

Al respecto consideramos:

a) Necesidad, carácter e importancia:

La necesidad de producir esta prueba, tal como se ha anticipado, resulta del propio texto legal cuando impone la verificación previa de la demencia (art. 140) a través del examen de facultativos (art. 142), del que no se puede prescindir, inclusive en el caso en el que la enfermedad fuere notoria, al extremo de encontrarse el insano aislado desde largo tiempo en el manicomio. Esto es en razón de constituir ese examen una prueba esencial.

En efecto, le asiste este carácter porque técnicamente la pericia médica representa, en los supuestos de insania, una prueba rigurosamente científica que está consustanciada con la esencia misma del procedimiento ³⁹, cuya importancia radica en operar como garantía de la justicia y acierto de un pronunciamiento que proyectará sus efectos sobre un asunto trascendental como es el de la capacidad de las personas ⁴⁰.

³⁹ CApel.CC.Rosario, Sala IV, 13/8/1970, J.A. 1970-B-740.

⁴⁰ CNCiv., Sala A, 15/3/1973, E.D. 48-558. *Idem*, Sala C, 29/5/1973, E.D. 50-411.

La necesidad, el carácter y la importancia de esta prueba explican, de por sí suficientemente, la nulidad que afectaría al pronunciamiento recaído en un proceso en el que se hubiere prescindido de ella.

b) Los peritos:

Conforme al inciso 3º del artículo 626, CPN, corresponde designar de oficio en el número de tres médicos psiquiatras o legistas, para que informen sobre el estado actual de las facultades mentales del presunto insano.

Según el referido texto, el nombramiento de los peritos es de competencia exclusiva del juez, sin perjuicio del derecho que les asiste a las partes de designar un consultor técnico (art. 458, CPN), el que conjuntamente con ellas y sus letrados podrán presenciar las operaciones técnicas que se realicen y formular las observaciones que consideren pertinentes (art. 471, CPN).

En los ordenamientos procesales locales que no prevean la figura del consultor técnico, el denunciado puede proponer un perito de parte.

El mismo derecho tiene el denunciante, dado el carácter contencioso que tiene el juicio.

c) Contenido:

El artículo 143 prescribe que: *“Si del examen de facultativos resultare ser efectiva la demencia, deberá ser calificada en su respectivo carácter, y si fuese manía deberá decidirse si es parcial o total”*. Los códigos de procedimientos, en general, requieren que el informe se pronuncie sobre otras cuestiones además de las previstas por la norma de fondo, para contar así con un cuadro suficientemente ilustrativo de la situación del presunto insano, que contribuya a una mejor valoración de la pericia y, por ende, a la resolución de la causa.

Así, el artículo 631, CPN, dispone que el dictamen deberá expedirse con la mayor precisión posible, sobre los siguientes puntos: diagnóstico; fecha aproximada en que la enfermedad se manifestó; pronóstico; régimen aconsejable para la protección y asistencia del presunto insano; necesidad de su internación.

d) Sustanciación:

Del informe de los facultativos, debe dársele traslado al denunciante, al presunto insano y al curador provisional (art. 632, CPN), los que podrán alegar sobre las conclusiones que extraen del informe producido, impugnarlo e, incluso, requerir de los peritos explicaciones en razón de las omisiones o imprecisiones en que el dictamen incurriere. Iguales facultades tiene el asesor de menores e incapaces, a raíz de la vista que se le debe dar una vez evacuado el traslado antedicho, el que además podrá, incluso, cuestionar aquellas alegaciones, impugnaciones y peticiones.

e) Negativa a someterse al examen:

La regla general en materia de pruebas periciales a realizarse sobre el cuerpo de las personas es que ellas no pueden efectuarse contra la voluntad del sujeto, sin perjuicio de las presunciones que de su negativa puedan extraerse (v. *infra*, n° 742).

Pero, en ciertas circunstancias excepcionales, puede incluso, actuarse compulsivamente, como sucede con la internación a que es sometido el denunciado por insania cuando no es posible acompañar los certificados (art. 625, CPN) ⁴¹.

La misma solución prevista en el artículo 625, CPN, puede aplicarse para el caso del denunciado que no se somete voluntariamente a la pericia médica; y en consecuencia, practicar dicho examen mediante la internación judicialmente dispuesta a ese efecto (conf. Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia). De otro modo, el denunciado impediría la producción de la prueba esencial, y con ello obstaría al dictado de la sentencia.

495.1. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

El Proyecto simplifica el régimen de representación del denunciado durante el proceso. Sólo se dispone la interdicción provisional si lo estima conveniente para la protección de la persona o del patrimonio del denunciado, a ese efecto designará un curador, cuyas funciones determina el juez en la resolución que lo designa (art. 30). De este modo, el juez goza de atribuciones mucho más amplias, y puede adecuar las soluciones a la situación particular de cada persona denunciada.

496. VALORACIÓN Y EFICACIA DE LA PERICIA ⁴²

En cuanto constituye el aspecto capital de la pericia, la doctrina ha puesto de manifiesto su preocupación al respecto a través de la exposición de diferentes criterios interpretativos del valor que aquella tiene y la actitud, en consecuencia, del juzgador ante el dictamen respectivo.

a) Criterio que le niega efectos vinculantes para el juez:

Un primer criterio —al que adhieren, entre otros, Salvat, Lafaille, Rojas, Busso, Borda y Arauz Castex— afirma que en razón de no tener recepción en nuestro Derecho el sistema de las pruebas legales, el dictamen pericial carece de valor vinculante para el juez, a cuya apreciación crítica se halla sometido, tal como ocurre con cualquier otra prueba.

⁴¹ Fallo 1ª Instancia Civ. Cap. (firme), 27/3/1981, E.D. 90-140.

⁴² Bibliografía especial: BELLUSCIO, Augusto, "Fuerza probatoria del dictamen pericial en los procesos de insania e inhabilitación", *LL.* 152-34; PONCE, Carlos R. - CÁRDENAS, Eduardo R. - CANCELA, Omar J., "Valor probatorio de la pericia médica en el proceso de insania", *E.D.* 107-999.

Pese a ello, se reconoce que se trata de una prueba de relevante importancia que, salvo casos excepcionales, constituye siempre la base de la sentencia en esta clase de juicios; de manera que la sana crítica aconseja admitir sus conclusiones cuando se trata de pericias imparciales, apoyadas sobre sólidos principios, y no se pueden oponer fundadas razones de orden científico o legal; más aún si los dictámenes de los peritos fueran concordantes y categóricos.

b) Criterio de Orgaz:

Un segundo criterio, propiciado por Orgaz, distingue el valor del dictamen según sea la consideración médica o jurídica que de él se haga. En efecto, desde el punto de vista psiquiátrico, reuniendo el informe las condiciones necesarias y no presentando divergencias, éste resulta obligatorio para el juez, ya que su producción obedece al mandato de la ley que lo impone como requisito esencial de la declaración, con el objeto no sólo de ilustrar el criterio del juez, sino también de constituir una garantía para el propio denunciado. Por ser el único medio de prueba dispuesto por la ley para la comprobación del presupuesto patológico de la interdicción, el juez no podría invocar otra prueba para desvirtuar el informe médico ni desecharlo mediante una consideración crítica por carecer de los conocimientos indispensables. Ello no obsta a que si el juez lo considera necesario, pueda y deba ordenar su ampliación y, existiendo discrepancias, ordene un nuevo examen por otros especialistas, a fin de escoger la opinión que le ofrezca más garantías de acierto. Y si ello no le fuere posible por no existir superioridad de una opinión sobre otra, quedará evidenciada, entonces, la duda sobre la existencia de la insania y con ello, impedida la interdicción, por no encontrarse comprobado su presupuesto esencial.

En cambio, desde el punto de vista jurídico, el dictamen de los médicos no es obligatorio para el juez, aun cuando ellos se hubieren pronunciado sobre la posibilidad del denunciado para dirigir su persona y administrar sus asuntos.

c) Criterio de Llambías:

Llambías, considerando que la función de la pericia médica es la de servir como garantía de la justicia y acierto de una decisión que proyectará sus efectos sobre la capacidad de la persona, sostiene que si el dictamen médico asevera que el denunciado está sano, no el juez puede en ese caso, apartarse del mismo porque ello significaría desconocer aquella función.

Si el dictamen, en cambio, se pronuncia por la enfermedad de aquél, el juez podría mediante otras pruebas persuadirse de la opinión contraria y decidir la causa en ese sentido.

Este criterio ha encontrado eco en numerosos pronunciamientos judiciales.

Sin embargo, Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia abogan nuevamente por la apreciación libre de la prueba, aduciendo que su valor de garantía se cumple por su producción y no porque sus conclusiones guarden un determinado sentido, o sean recogidas absolutamente por el juez. A ello se agrega que, de otro modo, las funciones judiciales son transferidas a los peritos, y que la disidencia del juez sólo podría estar fundada en razones muy serias y fundamentadas. Por último, la posibilidad de abuso del juez es inexistente en el orden nacional, pues aun cuando la sentencia no fuere apelada, debe elevar el proceso en consulta a la Cámara de Apelaciones, lo que autoriza a ésta a revocarla o nulificarla como si se hubiese interpuesto un recurso (art. 633, CPN).

497. OTRAS PRUEBAS

Conforme se ha dicho ya, la pericia médica no es excluyente de otros medios de prueba que pueden ser necesarios en la medida en que de acuerdo con el criterio mixto adoptado por el artículo 141, no basta con probar la enfermedad; es necesario que ella provoque que el enfermo no pueda dirigir sus acciones o administrar sus bienes.

La prueba testimonial, instrumental o informativa pueden concurrir efectivamente a ese efecto, además del reconocimiento judicial expresamente contemplado por el artículo 633, CPN.

La prueba testimonial, en cuanto sólo puede servir para comprobar las demencias públicas y manifiestas —desde que son las únicas que pueden apreciar los testigos por carecer de conocimientos especiales para hacer otro tipo de estimaciones— pueden, por esa misma razón, contribuir valiosamente para probar la virtualidad jurídica de la enfermedad mental.

La prueba instrumental es también importante, en tanto de su propio contenido pueda resultar la evidencia de los desvaríos que padece el otorgante de los instrumentos, a raíz de las expresiones incoherentes, contradictorias o absurdas que luzcan los mismos.

Los informes médicos extrajudiciales, ya de carácter particular por los exámenes privados practicados al presunto enfermo, o bien expedidos por instituciones sanitarias a raíz de las internaciones que éste haya sufrido, como también los informes de orden policial si la persona hubiere protagonizado episodios que determinaron la intervención de la autoridad pertinente, pueden constituir elementos de juicio coadyuvantes a la convicción del juez para la decisión de la causa.

El artículo 633, CPN, prescribe que: *“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”*. Del texto resulta que la medida es facultativa para el juez, razón por la que adherimos a la crítica que ha levantado ese criterio. Las graves consecuencia que derivan de una sentencia declarativa de demencia, justifican sobradamen-

te, a nuestro juicio, el cumplimiento de una medida que debió ser de observancia inexcusable por el juez bajo apercibimiento de nulidad de la sentencia.

En cuanto a la forma de practicarse este reconocimiento judicial, estimamos que la libertad de que goza el juez al respecto le permite tomar conocimiento del denunciado ya solo o bien acompañado de los peritos intervinientes, los consultores o el representante del Ministerio público.

VII. LA SENTENCIA ⁴³

En nuestra opinión, un adecuado análisis de la sentencia dictada en el juicio por declaración de demencia exige considerarla, por una parte, como acto procesal que es y, por otra, en cuanto a las consecuencias del derecho sustancial y formal que ella produce.

498. LA SENTENCIA COMO ACTO PROCESAL ⁴⁴

Al respecto, cabe referirse al carácter que tiene la sentencia y al efecto de ésta en cuanto cosa juzgada.

a) Carácter:

La doctrina disiente acerca de si se trata de una sentencia declarativa o constitutiva, habiéndose desarrollado distintos criterios.

— algunos autores consideran que se trata de una sentencia constitutiva en tanto no declara una situación preexistente, sino que modifica la capacidad del denunciado como demente (Busso);

— otros sostienen que la sentencia cumple sólo una función declarativa, desde que establece la incapacidad del denunciado después de encontrar probado en el proceso el hecho que, por imperio de la ley, genera esa incapacidad (Buteler);

— finalmente, se ha calificado a la sentencia de insania como heterogénea, participando de los caracteres de las sentencias declarativas y constitutivas. Lo primero, en cuanto constata en el caso concreto la presencia de los presupuestos configurativos de la demencia. Lo segundo, en cuanto, luego de la constatación de los hechos, declara la interdicción del sujeto (Couture, Podetti) ⁴⁵.

⁴³ Bibliografía especial: ALSINA, Hugo, *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, cap. III, Buenos Aires, 1941; COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1978; PODETTI, Ramiro, *Tratado de los actos procesales*, cap. XVII, Buenos Aires, 1955; REIMUNDIN, Ricardo, *Derecho procesal civil*, t. II, cap. XXV, Buenos Aires, 1957.

⁴⁴ Bibliografía especial: PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, t. IV, Buenos Aires, 1987.

⁴⁵ SCBuenos Aires, 27/4/1971, J.A. 11-595.

b) Efecto de la sentencia civil en juicio penal:

Es a raíz de la distinción entre capacidad y discernimiento, que el artículo 151 ha dispuesto que: *“La sentencia sobre demencia y su cesación, sólo hacen cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos declarados en este Código, mas no en juicio criminal, para excluir una imputación de delitos o dar lugar a condenación”*.

Ello así, toda vez que declarada una persona como demente, podría ésta, sin embargo, tener responsabilidad penal si se probare que el delito cometido ha obedecido a un obrar inteligente como consecuencia de hallarse en un intervalo lúcido. Por el contrario, podría haberse rechazado la solicitud de demencia o bien dictado la sentencia de rehabilitación y, pese a ello, haber actuado la persona ilícitamente en virtud de una pérdida ocasional del discernimiento, en cuyo caso, podría ser penalmente irresponsable.

c) Efecto de una sentencia penal en juicio civil:

La independencia que en la materia existe entre uno y otro fuero explica, también, lo establecido por el artículo 152, al prescribir que: *“Tampoco constituye cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos de que se trata en los artículos precedentes, cualquiera sentencia en un juicio criminal que no hubiese hecho lugar a la acusación por motivo de la demencia del acusado, o que lo hubiese condenado como si no fuese demente el procesado”*.

499. JUICIO DE INSANIA Y SENTENCIA DE INHABILITACIÓN

El juicio de insania puede concluir por sentencia que declare no ya la demencia, sino la inhabilitación del denunciado con arreglo al artículo 152 bis.

En efecto: el artículo 633, CPN, dispone: *“Si no se verificase 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 152 bis del Código Civil...”*.

Aparentemente, el precepto ritual ha querido referirse exclusivamente al supuesto del inciso 2º del artículo 152 bis, en cuanto alude a la disminución de las facultades.

Sin embargo, creemos que si del proceso surgiese la existencia de ebriedad consuetudinaria, toxicomanía habitual o prodigalidad que reuniesen las condiciones del artículo 152 bis, también podría declararse la inhabilitación con fundamento en estas causales.

Idénticos criterios pueden aplicarse en las provincias cuyos códigos de procedimientos no contienen dispositivos como el del CPN, pues la so-

lución se funda en la existencia de dos instituciones previstas por el código de fondo, en orden a la misma finalidad tuitiva de la persona. Resultaría absurdo que el juez tuviese la convicción de que el sujeto no es demente pero que necesita protección en el ámbito patrimonial, y no pudiese adoptar medida alguna. Recordamos que tal decisión fue adoptada por el juez Chute en meritoria sentencia, aun antes de la vigencia del artículo 152 bis (v. *infra*, n° 527).

500. SENTENCIA QUE DECLARA LA INSANIA

La sentencia que declara insano al denunciado produce efectos sustanciales y formales.

— de derecho sustancial, en tanto determina la condición jurídica de incapaz absoluto de hecho del demente, resultando nulos, de ahí en más, los actos que éste otorgue y anulables los actos anteriores a tal declaración, si la causa de ésta existía públicamente en la época en que ellos fueron celebrados, de manera que, en alguna medida, la sentencia de interdicción viene a incidir retroactivamente;

— de derecho formal, en cuanto una vez firme la sentencia —lo que recién ocurre cuando es resuelta la elevación en consulta (art. 633, *in fine*, CPN)— desaparece la legitimación del denunciante y cesan en sus funciones los curadores *ad litem* y a los bienes y, a partir de entonces, sólo revisten la calidad de partes el curador definitivo, el ministerio pupilar y el demente, aunque éste al solo efecto de promover su rehabilitación (art. 635, CPN) ⁴⁶.

VIII. EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE DEMENCIA

Como en el caso del simple insano, debemos también analizar la situación jurídica del demente en el plano de la capacidad, de la responsabilidad y del valor de sus actos.

501. LA CAPACIDAD

Sabido es que la declaración de la demencia provoca la incapacidad jurídica absoluta de hecho del enfermo (art. 54, inc. 3°) y, en consecuencia, queda sometido a la representación legal de un curador que se le nombra (art. 57, inc. 3°) para que tome a su cargo el cuidado de la persona y de los bienes de aquél (arts. 468, 475 y 481).

Como consecuencia de tal grado de incapacidad, carecen de valor los actos realizados por el interdicto con posterioridad a su declaración como tal, sean los mismos de carácter patrimonial o extrapatrimonial.

⁴⁶ CNCiv., Sala A, 5/12/1967, E.D. 27-453; L.L. 135-1173 (21.355-S).

Ahora bien, presentada en tales términos la incapacidad del demente, plantéase la cuestión relativa a los actos y derechos personalísimos en cuanto los mismos no son factibles de ejecución o goce por medio de un representante, razón por la que, a este efecto, viene a tener especial relevancia el intervalo lúcido.

Cierto es que, como principio general, el intervalo lúcido no habilita al demente que lo experimenta para realizar actos jurídicos, desde que ese estado de lucidez no enerva la incapacidad que sufre el interdicto, pese a lo cual es necesario considerar si esta regla sufre alguna excepción cuando se trata de aquella clase de actos y derechos, por lo que en el marco de ese interrogante, cabe referirnos a algunos casos particulares.

502. EL TESTAMENTO ⁴⁷

a) Textos implicados:

Los textos que se refieren a la capacidad del demente para testar son los artículos 3615 y 3616.

b) Casos alcanzados por los artículos 3615 y 3616

Primera tesis:

La interpretación de estos dos preceptos ha dividido absolutamente a la doctrina nacional, y nos exige contemplar la situación del insano no interdicto (v. *supra*, n^o 472), cuanto la del que ha sido declarado tal por sentencia.

Según un criterio bastante generalizado entre los autores, aunque fundado en argumentos diversos y a veces contradictorios, el artículo 3615 se referiría a los dementes interdictos, disponiendo la validez del testamento actuado por éstos en intervalo lúcido; y el artículo 3616 aludiría a los dementes de hecho o no declarados (Borda, Orgaz, Molinas, Fassi, Pérez Lasala, López del Carril, Segovia, Llerena).

De modo que según esta opinión, la cuestión en cuanto se refiere a los dementes interdictos se resumiría así: ellos, son por regla general, incapaces, y el testamento que puedan confeccionar sólo será un acto jurídico válido si lo han hecho en un momento en que se había recuperado la plena salud; la prueba incumbe a quien alega este extremo.

Como fundamento de esta tesis se arguye (Abbiati):

— que la estructura de las normas de los artículos 3615 y 3616 es distinta. La primera parte trata de la incapacidad del demente —declarado— para testar, y por eso prevé el caso de excepción (intervalo lúcido). La segunda, referida a quien no está declarado demente por sentencia, parte de la presunción de capacidad y por ello se preocupa por establecer el régimen de impugnación del testamento otorgado por ese sujeto;

⁴⁷ Bibliografía especial: ver la citada en la nota 17.

— que las razones por las cuales el intervalo lúcido no tiene repercusión para validar actos entre vivos no juegan cuando se trata del acto de última voluntad. En los actos entre vivos ha de prevalecer la seguridad jurídica, que no se encuentra afectada en los actos de última voluntad;

— que el demente interdicto no puede testar por representante (art. 3619) y si tampoco puede hacerlo en intervalo lúcido, es decir, una vez recuperada la salud, se estaría ante una verdadera incapacidad de derecho (conf. Cifuentes, Rivas Molina, Tiscornia).

Segunda tesis:

Otro muy importante sector doctrinario considera que los dos artículos 3615 y 3616 se refieren al demente de hecho, o sea, al no interdicto por sentencia judicial (Zannoni, Cichero Tezanos Pinto, Machado, Spota, Montarcé Lastra, Llambías, Ovejero, Rivera).

Para fundar tal tesis afirman:

— que el demente interdicto nunca podría otorgar un testamento válido puesto que ello importaría desconocer la eficacia de cosa juzgada que tiene la sentencia que lo ha declarado sujeto incapaz, y que lo es aunque tenga intervalos lúcidos (art. 469);

— que los artículos 3615 y 3616 no se refieren a la capacidad jurídica, sino al discernimiento, como recaudo de validez del acto voluntario (Llambías, Zannoni), y reproducen los principios generales sobre la materia;

— que ambos artículos tienen sentido si se admite esta interpretación; el primero sienta la regla general conforme a la cual quien está privado de discernimiento no puede testar, salvo que esté en intervalo lúcido, y el artículo 3616 dispone las reglas sobre la prueba.

502.1. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

El Proyecto se acerca a las legislaciones más modernas al atribuir al juez la facultad de definir los límites de la incapacidad del sujeto. Así, dispone expresamente que: “La sentencia que declara la interdicción debe determinar la extensión y límites de la incapacidad; a tal efecto, si el estado del interdicto lo hace posible y conveniente, el tribunal debe especificar los actos que el interdicto puede realizar por sí o con asistencia del curador. Y en su caso puede declarar la inhabilitación en lugar de la interdicción (art. 32).

También resuelve expresamente el tema de la capacidad para testar, al establecer que es inválido el testamento otorgado por incapaz, salvo que se pruebe que el interdicto por causas psíquicas tenía discernimiento al momento de testar (art. 2414).

503. EL MATRIMONIO

Reza el artículo 166, inciso 8º, que es impedimento para contraer matrimonio “la privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere” (texto según ley 23.515).

El texto permite interpretar que goza de capacidad para contraer matrimonio el que, padeciendo una enfermedad mental, aun cuando interdicto, tuviere discernimiento al momento de la celebración del acto matrimonial; o bien, cuando habiendo sanado, no se encontrare aún rehabilitado (conf. Cifuentes, Rivas Molina, Tiscornia).

La interdicción del contrayente exigirá de quien alegare que hubo consentimiento válido, la prueba de ello; a diferencia del matrimonio del no interdicto, en cuyo caso la alegación del impedimento de la enfermedad impondrá la prueba de la misma a quien la invoca.

504. OTROS ACTOS Y DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Por entender que de no permitirsele al interdicto el ejercicio de actos o derechos personalísimos durante el intervalo lúcido, la inhabilidad resultante importaría la configuración de una verdadera incapacidad de derecho, atento a que los mismos no pueden ser ejercidos por representantes legales, se afirma que en ese intervalo el demente puede reconocer hijos por actos entre vivos o de última voluntad; revocar testamento; consentir la difusión de la propia imagen; admitir o negar tratamientos médicos o prácticas quirúrgicas y decidir la ablación de órganos (conf. Cifuentes, Rivas Molina, Tiscornia).

505. LA RESPONSABILIDAD

Según ya se ha dicho, el discernimiento constituye el fundamento de la imputabilidad y ésta determina la responsabilidad del sujeto agente del acto (v. también *infra*, Cap. XXIV).

Ahora bien, la falta de esa aptitud, como consecuencia de la enfermedad mental, constituye el presupuesto de la incapacidad, cuyo grado de incidencia en la responsabilidad del interdicto varía según que sus actos fueren lícitos o ilícitos.

a) Actos lícitos:

Tratándose de los primeros cabe, a su vez, distinguir entre los actos anteriores y posteriores a la interdicción, debiendo destacarse en cuanto a los posteriores que, inclusive cuando mediare discernimiento por haber sido obrados durante un intervalo lúcido, no generan responsabilidad de su autor, pues la ley, por razones de seguridad jurídica, los tiene por inválidos; con ello se ha querido evitar toda discusión acerca de si en cada caso particular el acto fue obrado o no con discernimiento.

Tratándose de los actos anteriores a la declaración de la demencia, que no sean anulados, a los efectos de determinar la responsabilidad que ellos pueden causar al enfermo una vez declarado demente, es necesario distinguir —como lo hace Borda— los distintos tipos de obligaciones resultantes.

Así, aquellas que pueden ser satisfechas a través del representante legal del demente (p. ej.: efectuar el pago de una suma de dinero, entregar una cosa, etc.), generan la responsabilidad de este último en el caso de no mediar el cumplimiento debido de las mismas. No ocurre igual, cuando se trata de obligaciones *intuitu personae*, dado que el carácter personalísimo de ellas exige la intervención misma del obligado, cuya posterior demencia le exime de responsabilidad. Igual solución cabe para el caso en que la obligación asumida impone a quien luego es declarado demente, el cumplimiento de un deber de prudencia y diligencia que, por su propio estado, no es posible exigirle.

b) Actos ilícitos:

Respecto de los actos ilícitos cabe recordar que la responsabilidad depende exclusivamente del discernimiento, de manera que aquélla tendrá o no lugar en la medida en que —al margen de la incapacidad que afecta al demente por su interdicción— el acto haya sido ejecutado con o sin discernimiento, resultando pues de aplicación al caso cuanto, en materia de responsabilidad por esta clase de actos, ya se ha dicho para el supuesto del simple insano (v. *supra*, n° 468).

IX. VALOR DE LOS ACTOS DEL DEMENTE

En relación con los actos otorgados por un interdicto, cabe considerar primero el valor de los mismos y luego, en su caso, la sanción de nulidad que pudiere corresponder.

Además la cuestión debe ser considerada en los tres estadios posibles, es decir, antes del juicio de insania, durante éste y después de concluido.

506. ACTOS ANTERIORES AL JUICIO

a) Planteamiento del caso:

El caso está referido a los actos de quien, con posterioridad a su celebración, es declarado demente, y el juzgamiento del valor de esos actos acontece luego de dicha interdicción. Adviértase entonces que la sentencia viene por esta razón a proyectar su influencia retroactivamente.

b) Texto implicado:

El supuesto tiene consideración legal en el artículo 473, cuando prescribe que: “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”.

c) Aplicación:

La declaración de demencia posterior a la celebración del acto justifica que, para restarle validez, baste sólo probar que la enfermedad

existía públicamente en la época en que el acto se celebró. Ello por cuanto la comprobación que ya se ha hecho de la enfermedad al declarar la demencia, confirma la sospecha de invalidez del acto celebrado en la época en que la enfermedad era pública. De ahí que se justifique, en este caso, un menor rigor probatorio que cuando se trata de actos otorgados por un simple insano, en cuyo caso —se recordará— debe probarse la falta de discernimiento al momento mismo de la realización del acto que se cuestiona (v. *supra*, n° 470).

d) Prueba:

La prueba de la existencia de la enfermedad mental a la época del otorgamiento del acto, así como de su notoriedad, debe suministrarla el representante legal del demente que pretende la anulación del negocio jurídico otorgado antes de la sentencia de interdicción.

Ello no queda satisfecho con la manifestación que el juez que declaró la demencia haya hecho acerca de la época en que pudo haber aparecido la enfermedad mental⁴⁸, pues tal manifestación no tiene efecto de cosa juzgada en los procesos de nulidad de los actos obrados por el demente antes de la interdicción; a lo sumo puede decirse que crea una suerte de período de sospecha, pero en el que no varía la regla de que los actos anteriores a la interdicción son en principio válidos, y la carga de la prueba de los recaudos nulificantes recaen, reiteramos, sobre el curador del demente.

e) Supuesto de la demencia no notoria:

La ley 17.711 agregó al texto antes transcrito la prevención que contempla que, no siendo notoria la demencia, “*la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título oneroso*”.

Habiendo hecho con anterioridad la crítica de este texto (v. *supra*, n° 470), nos limitaremos ahora a señalar que, en consecuencia, en el caso de que no se pruebe la notoriedad de la demencia, para anular el acto es preciso acreditar que el cocontratante no era de buena fe por ser conocedor de la enfermedad del otro; o que se trate de un acto a título gratuito.

Las dudas que pudiere arrojar la producción de la prueba deben resolverse en favor de la validez del acto, pues prevalece la presunción de capacidad de la que el sujeto gozaba al otorgar el negocio jurídico cuestionado.

507. ACTOS CONTEMPORÁNEOS AL JUICIO

A propósito de la sustanciación del juicio de insania y conforme al artículo 148, puede ocurrir que haya lugar o no a la designación de un curador a los bienes (v. *supra*, n° 493).

⁴⁸ CApel. Civ. y Com. Junín, 18/5/1994, J.A. 11/1/1995; ver comentario de este fallo en RDPC n° 8, pág. 369.

De no haber curador *ad bona*, el denunciado conserva toda su capacidad jurídico-negocial y, en consecuencia, los actos por él realizados durante la tramitación del juicio gozan de validez que quedará corroborada por la sentencia en caso de que ésta rechace la petición de interdicción, o expuestos a impugnación con arreglo a lo prescripto por el artículo 473, si la demencia es declarada.

En el supuesto de que hubiere mediado la designación del curador, según ya hemos anticipado *supra*, número 467 c), la capacidad del denunciado sufre una suspensión parcial y condicional en orden a los actos jurídico-patrimoniales. Por ello, esta clase de actos sólo pueden ser practicados por ese representante legal y, en consecuencia, estarán viciados de nulidad los que el presunto insano otorgare por sí, salvo que la sentencia desestimare la denuncia, en cuyo caso, aquella suspensión queda levantada retroactivamente y resultan válidos dichos actos.

503. ACTOS POSTERIORES AL JUICIO

a) *Textos implicados:*

El supuesto tiene expresa regulación a través del artículo 472, en cuanto dispone que: “*Si la sentencia que concluya el juicio, declarase incapaz al demandado, serán de ningún valor los actos posteriores de administración que el incapaz celebrare*”. La solución legal guarda así correspondencia con el principio general según el cual “*El acto jurídico para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho*” (art. 1040), de manera que: “*Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria*” (art. 1041), como precisamente es el caso de los dementes.

b) *Actos a los que comprende:*

El artículo 472 hace referencia sólo a los actos de administración porque —como bien explica Llambías— es ésta la clase de actos que incumbe a la curatela, dentro de cuya regulación legal se encuentra incluido el artículo referido, pero ello no obsta para considerar comprendidos por él a cualquier clase de actos jurídicos.

c) *Terceros de buena fe y a título oneroso:*

Cuestión discutida es la relativa a si la excepción dispuesta por la segunda parte del artículo 473 —validez de los actos otorgados con contratantes de buena fe y a título oneroso no siendo notoria la demencia— es aplicable o no a los actos del demente interdicto.

Al respecto, una corriente de opinión (Borda, Llambías, Spota) entiende que dicha excepción alcanza también a los actos posteriores a la interdicción. Así, el primero de los autores citados funda la interpreta-

ción en el texto legal en cuanto prescribe que, en el caso referido, la nulidad no puede hacerse valer *haya habido o no sentencia de incapacidad*, destacando las diferencias con que la inoponibilidad de la acción de nulidad opera en uno y otro caso. Así sostiene que, no mediando sentencia interdictoria el acto del insano se reputa válido y, en consecuencia, el legitimado para entablar la acción es quien deberá probar la notoriedad de la enfermedad o el conocimiento de ésta por el tercero o el carácter gratuito del acto. Si, en cambio, hubiere declaración de la demencia, es el cocontratante quien deberá probar la falta de notoriedad de la enfermedad y el carácter oneroso del acto, no ocurriendo lo propio con su buena fe porque ésta se presume, aun cuando ello puede ser desvirtuado por los interesados en la nulidad.

Otra corriente (ponencias del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil presentadas por el Instituto de Derecho Civil [Universidad Nacional de Córdoba] y por los doctores Benjamín Piñón y Elías P. Guastavino, respectivamente) sostiene que la excepción del artículo 473 no es aplicable a los actos del interdicto; de lo contrario se estaría desvirtuando el propósito de protección jurídica que la ley persigue en favor del demente mediante la declaración de su interdicción civil. Por otra parte, se agrega, la inscripción de la sentencia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, a raíz de la publicidad que ella genera, crea una presunción de conocimiento por parte de los terceros del estado de demencia, que les impide invocar la buena fe necesaria para que tenga lugar el amparo de la mentada excepción que consagra la segunda parte del artículo 473.

Por nuestra parte, adherimos a la primera de las doctrinas expuestas. Ciertamente es que así parece desnaturalizada la protección que, para el demente, significa la declaración de su incapacidad, pero ello no es sino la consecuencia misma de la excepción que el legislador ha querido establecer y, dentro de ese marco de excepcionalidad, no advertimos razones para dar a la seguridad jurídica un tratamiento diferenciado según sea que el acto jurídico haya sido celebrado antes de la sentencia de interdicción o después de ella. El texto legal no autoriza tal distinción. Finalmente, consideramos que la publicidad que significa la inscripción de la sentencia no es suficiente para enervar la aplicación al caso del precepto en cuestión, desde que, precisamente el presupuesto de hecho, sobre la base del cual él opera —demencia no notoria— justifica razonablemente que no haya mediado por parte del tercero la diligencia de averiguar el verdadero *status* jurídico de la contraparte, razón por la que nos parece un argumento especioso.

508.1. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

El Proyecto simplifica bastante el régimen. Los actos posteriores a la inscripción de la interdicción son inválidos. Los anteriores se pueden invalidar si: (i) la causa de la interdicción era ostensible a la época de la ce-

lebración del acto; (ii) el contratante era de buena fe; o (iii) el acto era a título gratuito (arts. 37 y 38). De no mediar sentencia, la invalidez requiere la prueba de la carencia de discernimiento en el momento mismo del acto o de la mala fe del contratante (art. 39).

509. NULIDAD DE LOS ACTOS

Los actos posteriores a la interdicción son nulos en razón de que el vicio que los afecta aparece manifiesto (v. *infra*, Cap. XXIV).

En orden al carácter de la nulidad, ésta es relativa en tanto está dispuesta en beneficio del propio incapaz y es susceptible, por lo tanto, de confirmación.

La prescripción, conforme a lo que ya se ha anticipado, opera al cabo de los dos años corridos desde la fecha de la celebración del acto, atento a los términos del artículo 4031 aplicable al caso.

X. LA LIBERTAD PERSONAL DEL DEMENTE ⁴⁹

510. DEMENCIA, INTERNACIÓN Y DERECHOS DEL ININTERNADO

La internación por insanidad mental compromete gravemente a la persona tanto en su propia individualidad como en el orden familiar y social que integra.

Sus derechos e intereses de toda índole se encuentran expuestos al riesgo de ser menoscabados o desconocidos como consecuencia de las concepciones médico-sociales y administrativo-sanitarias —algunas veces erróneas y otras científicamente superadas— que gobiernan su internación, cuando no por obra de los mezquinos intereses y sentimientos de terceros que actúan merced a ella.

Es así como, más allá de las preocupaciones de la ciencia médica o de las regulaciones legales, la realidad de los hechos demuestra desde antiguo, cómo, por sobre su condición de enfermo y de incapaz, el demente internado es considerado y tratado como un marginado social, las más de las veces con desprecio por su condición y despreocupación por su realidad.

Es entonces función del Derecho tomar a su cargo esta realidad para superarla en el presente y evitarla en el futuro, a través de un adecuado tratamiento legal de la internación enderezada a considerar principalmente al propio enfermo, siendo punto de partida para ello la deter-

⁴⁹ Bibliografía especial: CÁRDENAS, Eduardo J., GRIMSON, Ricardo y ÁLVAREZ, José A., *El juicio de insania y la internación psiquiátrica*, Buenos Aires, 1985; FANTONI, Bruno, "La internación del enfermo mental", *J.A.* 1967-III-28; KRAUT, Alfredo, "Aspectos jurídicos vinculados a la internación psiquiátrica", en *Derecho de daños*, Buenos Aires, 1989, pág. 533.

minación de cuáles son los derechos fundamentales que como internado le asisten y deben serle respetados ⁵⁰.

Cárdenas se ha encargado de sistematizar los "derechos del internado", refiriendo como tales:

— el derecho a la internación, de manera que el enfermo que la necesita pueda tenerla en condiciones tales que propicien su recuperación o, al menos, eviten el agravamiento de su estado, siendo función principal del Estado garantizar este derecho como expresión del deber que tiene de promover el bienestar general;

— el derecho a una alternativa favorecedora de su libertad, atento a que nuevos sistemas y medios terapéuticos permiten sustituir, con creces, en sus resultados, a la clásica internación ⁵¹, la que ha de ser el último de los recursos a aplicar ⁵², desde que la experiencia ha demostrado los efectos contraproducentes que ella puede tener cuando es aplicada innecesariamente o por más tiempo que el debido ⁵³. Así, de la razonabilidad de la internación depende su legitimidad;

— el derecho al egreso, que ha de operarse tan pronto como hayan cesado las causas que determinaron la internación, o bien cuando hayan sido logrados los objetivos perseguidos con ella o éstos puedan ser alcanzados por otros medios terapéuticos. Al respecto, se ha afirmado, con acierto, que la internación debe ser el inicio de un proceso destinado al egreso y no su punto final;

— el derecho a la protección del Estado, brindada por el Poder Judicial a través de sus magistrados y funcionarios competentes, que sustituya la falta de poder económico y social de los enfermos y les garantice el respeto de los derechos antes referidos;

— el derecho al tratamiento, como medio para lograr, en la medida de lo posible, la recuperación de la salud mental, de manera que las omisiones, negligencias o retardos en la prestación del mismo, conforme a las particularidades del caso concreto, pueden restarle justificación a la internación tornándola ilegítima ⁵⁴;

— el derecho a conocer el programa terapéutico que, complementando al anterior, permitirá al enfermo conocer el tratamiento al que ha de ser sometido; sin perjuicio de igual conocimiento que deben tener el juez que dispuso la internación, el ministerio público y el curador;

⁵⁰ Conf. a la ponencia del Dr. Eduardo J. Cárdenas aprobada por el Primer Congreso Nacional de Protección al Enfermo Mental. Ver: CÁRDENAS, Eduardo J., "El Primer Congreso Nacional de Protección al Enfermo Mental. Un desafío a la comunidad jurídica", E.D. 105-876.

⁵¹ Conf. a la ponencia del Dr. Elías H. Laborde aprobada por el Congreso referido en nota 50 (Comisión I, ponencia 1).

⁵² Conf. a la ponencia del Dr. Eduardo J. Cárdenas aprobada por el Congreso referido en nota 50 (Comisión I, ponencia 2).

⁵³ Conf. a la ponencia del Dr. Eduardo J. Cárdenas aprobada por el Congreso referido en nota 50 (Comisión I, ponencia 4).

⁵⁴ *Ibidem*.

— el derecho a la comunicación, en cuanto constituye una atenuación a la restricción de la libertad personal del enfermo internado, desde que le permite a éste ejercer un control sobre las circunstancias de su internación mediante la información que con relación a ellas puede transmitir a los terceros. A nuestro juicio, el impedir o entorpecer esta comunicación afectaría la legitimidad de la internación;

— el derecho a la protección del patrimonio, a través de la acción del Poder Judicial en subsidio de la imposibilidad que el enfermo tiene de poder hacerlo por sí, principalmente cuando carece de representación por no haberse declarado su interdicción;

— el derecho al trabajo, a la rehabilitación y a la resocialización.

Hemos considerado conveniente y necesario referir la precedente relación de los derechos del internado no sólo para anticipar un conocimiento general de ellos, sino también en razón de que algunos constituyen expresiones de derechos personalísimos del enfermo y se sustentan en principios que, por ser rectores de la materia, tienen o deben tener una significativa importancia, tanto al momento de interpretar la ley como al dictar la pertinente resolución judicial disponiendo la internación o externación del enfermo.

511. LA INTERNACIÓN DEL DEMENTE

a) Texto legal:

La primera parte del artículo 482, dispone que: *“El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial”*.

El texto transcrito exige considerar los caracteres que en nuestro Derecho tiene esta internación, como así también los casos en que ella procede y los requisitos que la condicionan.

b) Caracteres:

La internación es:

— excepcional, dado que compromete el derecho personalísimo a la libertad ambulatoria (v. *infra*, n° 759), por lo que sólo se debe recurrir a ella en aquellos casos en que lo exija una necesidad de defensa social o individual ⁵⁵;

— subsidiaria, respecto de otros medios para cuya elección deberán ser valorados, optativamente con la internación, en relación con la celeridad y eficacia con que pueden lograrse los fines preventivos o terapéuticos perseguidos. Por ello se ha sostenido que la internación es el último recurso para el problema médico, social y familiar que crea la demencia ⁵⁶;

⁵⁵ CNCiv., Sala A, 31/7/1973, E.D. 51-43; *Idem*, Sala E, 22/5/1980, E.D. 88-745.

⁵⁶ 1ª Instancia Civ. Cap. (firme), 27/3/1981 - Dictamen del Asesor de Menores, E.D. 94-140.

— transitoria, puesto que debe cesar tan pronto desaparezcan las causas que la justifican, o bien, cuando sea posible y eficaz sustituirla por otro sistema terapéutico.

c) Internación preventiva y terapéutica:

El primer párrafo del artículo 484 ya transcrito dio lugar a interpretaciones diversas acerca de su alcance. En efecto, un importante sector de la doctrina nacional consideró que sólo se refería a las internaciones preventivas, esto es, las relativas a los dementes peligrosos que pudieran dañarse a sí mismos o a terceros.

Contra esta tesis reaccionó Molinas, para quien también comprendía las internaciones terapéuticas, afirmando que no efectuar estas internaciones constituiría un daño para el insano, y el curador que las omitiera incurriría en incumplimiento de sus funciones. En este orden de ideas, el *Proyecto* de 1936 proponía autorizar las internaciones por orden judicial, *cuando lo exigiese su tratamiento* (art. 550).

La ley 17.711 agregó dos párrafos al artículo 482, pero en alguna medida dejó subsistente la cuestión planteada con el texto viejo, pues no modificó el primer párrafo.

Nosotros consideramos que es admisible la orden judicial de internación del insano no peligroso cuando lo exija su tratamiento. Con ello no se lesiona su derecho a la libertad, pues lo que se persigue con el tratamiento y la internación es el mejoramiento de su salud y, por ende, un mejor goce futuro de esa misma libertad. Tal tesis viene a encontrar adecuado sustento en la última parte del artículo 482, agregada por la ley 17.711, en cuanto dispone que: “*A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144, el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia ..., que requieran asistencia en establecimientos adecuados...*”.

d) Otras internaciones:

Cabe considerar la cuestión relativa a la simple internación, entendiéndose por tal aquella que es pretendida por razones distintas a las estrictamente preventivas o terapéuticas, como lo son, entre otras, la de procurarle una mejor atención al enfermo, ocultar socialmente su existencia o gozar los internantes de mayor comodidad, a cuyo efecto se deriva la atención del enfermo a instituciones destinadas a ese fin. En alguna medida, puede privar en esta internación la idea de prestar al enfermo un servicio de hospedaje que venga a sustituir la habitación del mismo con su grupo familiar.

Al respecto, como regla general, consideramos impropio esta clase de internación en virtud de carecer, tanto las razones como los propósitos de ésta, de la entidad necesaria como para justificar la desatención de los derechos a la libertad y al arraigo familiar que le asisten al enfermo.

El principio de solidaridad le impone a los familiares el deber de prestarle habitación y debida atención al enfermo. Así el artículo 482, tercera parte *in fine* prescribe que la internación del enfermo deberá evitarse “*si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos*”.

A impedir este tipo de internaciones concurre el argumento de que Vélez Sarsfield desechó la “notable incomodidad” a terceros que, como causal de internación, contemplaba el artículo 466 del Código Civil chileno, fuente del artículo 482.

En cambio, la internación resultaría procedente si la presencia del demente fuera paulatinamente provocando una alteración tal en la armonía familiar que, para evitar el riesgo del desquicio, se impusiera la necesidad de excluirlo del seno familiar para hospedarlo en un establecimiento adecuado. En este punto puede tenerse en cuenta el argumento que emana del artículo 203, en tanto dispone que son causa de separación personal —e indirectamente de divorcio vincular (art. 238)— las alteraciones mentales graves de carácter permanente que provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común, no sólo entre los esposos, sino, aún más, del cónyuge enfermo con los hijos.

e) Requisitos:

Para que proceda la internación preventiva, la peligrosidad debe ser concreta y real, pudiendo, en cambio, ser potencial la posibilidad del daño, desde que así lo sugiere el presupuesto legal hipotético de temer que el demente, usando su libertad, se dañe a sí mismo o dañe a otros.

Por su parte la internación terapéutica deberá acreditar la necesidad del tratamiento que será prestado y finalmente, demostrar que es el único adecuado.

Si hubiere lugar a una simple internación, ésta ha de serlo con carácter muy excepcional y sólo en el caso de acreditarse suficientemente el hecho de que la convivencia del demente con el grupo de familia fuera la causa directa de una seria, grave e incorregible perturbación del orden familiar.

Por último, constituye requisito indispensable la autorización judicial, desde que la internación compromete uno de los derechos fundamentales de la persona, amparado por garantías constitucionales⁵⁷, y ella será concedida cuando concurren los recaudos antes expresados.

Naturalmente, atendiendo a la legitimidad de ciertas internaciones terapéuticas y simples internaciones, no es recaudo exigible que medie sentencia declarativa de demencia.

⁵⁷ CSN, Fallos 139:157 a 160; 230:335 a 337.

512. LA INTERNACIÓN POR AUTORIDAD POLICIAL

La ley 17.711 agregó al artículo 482 un segundo párrafo, en virtud del cual: *"Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcohólicas crónicas o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros a afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación sólo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial."*

Este tipo de internación procede tanto respecto de insanos declarados como de los que no lo han sido, aun cuando lo sea en diferente grado.

En efecto, en relación con los primeros, pudiendo el juez de la causa ordenar la internación, interpretamos que las que se dispongan policialmente sólo procederán, con carácter subsidiario, ante casos de tal urgencia que, por la inminencia del riesgo, es imposible, por una parte, contar con la previa intervención de aquél y, por otra, se impone la inmediatez de la internación. No dándose tales presupuestos, la internación policial resultaría improcedente y, por lo tanto, ilegítima.

Respecto de los insanos no declarados, la posibilidad de daño a sí mismo, como a terceros, o la afectación de la tranquilidad pública por parte del enfermo, autorizan la actuación en grado originario y principal de la autoridad policial, la que deberá dar intervención al juez.

En ambos casos, la internación exige un dictamen previo del médico oficial, entendiéndose por tal —como refiere Cárdenas— el que goza de autoridad emanada del Estado, por lo que tendrá ese carácter cualquier médico de un establecimiento público, sea nacional, provincial o municipal.

513. LA LEY 22.914

a) Finalidad:

La ley 22.914 es una ley sancionada por el Congreso Nacional, que actúa como legislatura local para la Capital Federal, la que regula la internación de personas en establecimientos de salud mental, de modo que ésta obedezca a justificadas razones y propósitos que contemplen de la mejor manera posible los diversos intereses del enfermo.

b) Distintos casos previstos:

La ley prevé los distintos casos de internación (art. 1º): por orden judicial; a instancia del propio interesado o de su representante legal; por disposición policial; de urgencia. Asimismo, establece los requisitos exigidos por cada uno de ellos, destacándose como regla común el examen médico inmediato a la internación y la pronta comunicación de ésta al ministerio público y a los parientes del internado u otras personas que éste indique (art. 6º).

Tratándose de la internación por orden judicial, no se disponen requisitos específicos habida cuenta de que ella se justifica en sí misma, en razón del control natural que ejerce el juez que la dispone.

c) Internación requerida por el enfermo:

Si la internación obedeciere a la iniciativa del propio interesado o su representante legal (art. 2º), el pedido formulado a la autoridad del establecimiento deberá estar acompañado de un dictamen médico que identificando al posible internado, indique el diagnóstico y dé opinión fundada sobre la necesidad de la internación. Admitida ésta, la autoridad practicará dentro de las cuarenta y ocho horas su propio dictamen médico y dentro de las setenta y dos horas deberá comunicar la internación al ministerio público cuando el caso pudiere encuadrar en lo dispuesto por los artículos 141, 152 bis (incs. 1º y 2º) o 483 (párrafos 2º y 3º), o el interesado ya registrare una internación anterior. Igual comunicación debe formularse, en cualquier otro caso, si la internación superara el lapso de veinte días.

Dicha comunicación es impuesta a fin de que el asesor de menores e incapaces, tomando conocimiento del hecho ejerce la legitimación que le compete para iniciar el juicio de insania o inhabilitación y, a propósito de ello, si fuere pertinente, convertirse la internación voluntaria en judicial. En los casos del artículo 482, 2º y 3º párrafos, esa comunicación, explica Cárdenas, persigue que el juez evite la interrupción intempestiva de una internación voluntaria cuando la continuidad de ella es necesaria en razón de la protección o asistencia de la salud del internado, o bien porque así lo demanda el resguardo de la salud de terceros o la tranquilidad pública.

Si la internación se prolongare por más de veinte días, la comunicación tiene por fin avisar para que éste, atento al ya prudencial lapso transcurrido, se interese por el caso y adopte las medidas que pudieren ser necesarias.

Al mismo propósito obedece la comunicación en el caso de reiterarse las internaciones por menor tiempo al señalado —lo cual es posible determinar por medio de la historia clínica que se debe confeccionar a cada internado (art. 7º)— para evitar que mediante ellas se encubra una internación prolongada y, de ese modo, soslayar la prevención legal.

d) Intervención policial:

En caso de que la internación hubiese procedido por disposición de autoridad policial (art. 3º), la dirección del establecimiento donde se ha practicado la internación debe comunicarla dentro de las veinticuatro horas al ministerio público, acompañando copias, tanto del dictamen médico oficial dispuesto previamente por la autoridad policial, como del que se debe practicar una vez producida la internación. Además, si en el sexto día de su transcurso, no media notificación judicial que ordene

mantener la internación, la dirección debe notificar tal situación a aquel ministerio, encontrándose habilitada para disponer por su sola autoridad la externación, si dentro del noveno día de ocurrida la internación no recibiere orden judicial que disponga mantenerla.

e) Internación de urgencia:

Si la internación fuere de urgencia (art. 4º), el director del establecimiento procederá de igual manera que en el caso de internación por autoridad judicial, con la salvedad de que aquél podrá disponer el cese de ésta tan pronto desaparezcan las causas que la motivaron.

f) Deberes judiciales:

Complementando las garantías que para el internado significan los requisitos antes expuestos, el sistema de la ley permite la intervención judicial constante y, para que ella sea efectiva, dispone el impulso procesal de oficio (art. 9º). Además, impone verificar las condiciones de alojamiento, cuidado personal y atención médica de los internados (art. 10), quienes, a su vez, no podrán ser privados de las visitas de su representante legal o del defensor oficial previsto por el artículo 482 (art. 8º).

La ley procura resguardar la libertad del internado no sólo asegurando la justificación de la internación, sino que además, propicia el egreso al prescribir que los jueces dispondrán de oficio todas las medidas apropiadas para que las internaciones se limiten al tiempo indispensable requerido por las necesidades terapéuticas y la seguridad del internado o de los terceros, a cuyo efecto el director del establecimiento brindará la información pertinente (art. 11).

Finalmente, la norma determina también cuáles son los deberes de los asesores de menores e incapaces respecto de los internados objeto de su intervención (art. 12) y establece, además, las responsabilidades que les incumben a los directores de los establecimientos asistenciales (art. 13).

514. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

Si la internación fuere ilegítima, al internado le asiste el derecho de recurrir judicialmente en protección de su libertad.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que el recurso de *habeas corpus* constituye la vía idónea para el reconocimiento de ese derecho cuando se viere conculcado, en el caso, por una internación ilegítima⁵⁸.

Una internación ilegítima compromete la responsabilidad civil de quien la requirió y de las directivas del establecimiento y médicos que la

⁵⁸ Ver fallos referidos en nota 57.

dispusieran; por lo que cabe indemnizar el daño material y moral sufrido por la víctima ⁵⁹.

514.1. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

El Proyecto, en una corriente mucho más liberal, reduce significativamente las hipótesis de internaciones. En concreto comienza por establecer, para el caso del interdicto, que el juez debe tener en cuenta que la persona tiene derecho a la alternativa terapéutica menos restrictiva de su libertad y que la finalidad de la internación es evitar que la persona se haga daño a sí misma o a terceros, y facilitar los tratamientos necesarios o convenientes de acuerdo con su estado (art. 33).

En cuanto a las internaciones de personas no declaradas interdictas ni denunciadas, las limita a ciertos casos graves, exigiendo que la persona haya sido entrevistada personalmente por el juez y que un psiquiatra se haya expedido sobre la necesidad de la internación (art. 34). La autoridad policial sólo puede disponer las internaciones que no admitan dilación, pero debe comunicarlo inmediatamente al tribunal civil.

XI. CESACIÓN DE LA INCAPACIDAD .

515. LA REHABILITACIÓN Y SUS PRESUPUESTOS

a) Textos comprometidos:

El artículo 150 sienta el principio por el cual: *“La cesación de la incapacidad por el completo restablecimiento de los dementes, sólo tendrá lugar después de un nuevo examen de sanidad hecho por facultativos, y después de la declaración judicial, con audiencia del Ministerio de Menores”*. Por su parte, el artículo 484 prescribe que: *“Cesando las causas que hicieron necesaria la curatela, cesa también ésta por la declaración judicial que levante la interdicción”*.

b) Recaudos:

De los textos transcritos resulta que dos son los presupuestos que han de concurrir a los efectos de la rehabilitación: uno, sustantivo, la recuperación de la salud; otro, formal, la declaración judicial respectiva.

516. LA RECUPERACIÓN DE LA SALUD

a) Distintos criterios:

Un sector doctrinario interpreta que el restablecimiento de la salud mental ha de ser tan pleno que la menor duda justifica el mantenimiento

⁵⁹ CNCiv., Sala B, 26/10/1990, E.D., 17/5/1991, fº nº 43.323.

de la interdicción. Otros, con fundamento en el artículo 484, sostienen que la recuperación basta que lo sea en la medida necesaria como para que la persona readquiera el gobierno de sus conductas.

El primero de los temperamentos se compadece con el criterio biológico, de manera que si la sola comprobación de la enfermedad mental es el fundamento suficiente de la interdicción, entonces se explica que para la rehabilitación exija la desaparición total de la misma.

A nuestro juicio, en cambio, basta para este efecto que la recuperación lo sea en el grado necesario como para que el interdicto pueda reasumir la dirección de su persona y la administración de sus bienes, lo que se corresponde con el criterio mixto que el legislador adoptó mediante la reforma del artículo 141 por la ley 17.711.

517. LA DECLARACIÓN JUDICIAL

A ella se llega a través de la sustanciación de un juicio especial que se tramita con arreglo a los principios y normas que gobiernan el proceso para la declaración de la demencia (art. 635, CPN).

Al respecto, debemos considerar las siguientes cuestiones:

a) La legitimación activa:

Ante el silencio de la ley, la doctrina reconocía legitimación a quienes según el artículo 144 la tienen para denunciar la insania, con excepción de los comprendidos en la acción popular prevista por el inciso 5º de dicha norma. Además, se agrega al propio interdicto por expresa disposición legal (art. 635, CPN) y al curador definitivo en cuanto es su obligación principal cuidar que el incapaz recobre su capacidad (art. 481, Cód. Civ.).

Sin embargo, se señala hoy con acierto que la legitimación de los sujetos enumerados en el artículo 144 se limita a la denuncia de insania, teniendo en consideración que con ello se persigue proteger a quien, por razón de su enfermedad, puede estar o quedar en el desamparo, lo mismo que su familia.

Pero una vez interdicto, el sujeto está bajo la protección prevista por la ley, por lo que no existe razón alguna para extender la legitimación más allá del propio insano, el curador y el ministerio público (conf. Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia).

b) Las partes:

En el juicio de rehabilitación, revisten el carácter de partes el interdicto, el curador y el Ministerio de Menores, discutiéndose si corresponde designar un curador *ad litem*, en cuyo caso tendría también ese carácter. Al respecto, entendemos que, como principio general, no cabe dicha

designación toda vez que en este proceso la representación y defensa del incapaz le compete al curador definitivo como representante legal de aquél (art. 57, inc. 3º), a cuyo efecto intervendrá mediante letrado que lo asistirá como apoderado o patrocinante. Pero si este curador se opusiese a la rehabilitación, correspondería entonces la designación de uno *ad litem*.

c) Juez competente:

Conforme a lo dispuesto por el artículo 5º, inciso 8º *in fine*, del CPN, se lo tiene por tal al que declaró la interdicción.

d) Procedimiento:

La demanda de rehabilitación debe también ser acompañada de certificados médicos, los que en el caso deben acreditar el restablecimiento del interdicto.

Entablada la demanda, y previa vista al ministerio público, si no es éste quien ha pedido la rehabilitación, se fija un plazo para la producción de la prueba. Como en caso del juicio de insania, se designan tres peritos médicos legistas o psiquiatras para que informen sobre el estado actual de salud del insano declarado (art. 150); ello sin perjuicio de la producción de otras pruebas.

Dado que el juicio de rehabilitación persigue la restitución de la capacidad del sujeto; y media en ello no sólo un interés puramente privado, una vez entablada con los requisitos formales de admisión no es susceptible de desistimiento ni de perención de la instancia.

e) La sentencia:

Acreditado el restablecimiento de la salud con el alcance ya indicado, el juez resolverá la rehabilitación. Una vez firme la sentencia cesa la incapacidad del hasta entonces interdicto y sin formalidad alguna (conf. Llambías), No obstante lo cual, la sentencia debe inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, pero sin que la inobservancia de esta diligencia perjudique aquel efecto.

Ahora bien, podría ocurrir que de la merituación de la prueba resulte que la recuperación de la salud no lo haya sido en la medida necesaria como para que proceda la rehabilitación total, en cuyo caso nos parece arreglado a derecho, atento a los términos del artículo 633, tercera parte, del CPN, y la aplicación analógica que de él puede hacerse del caso en cuestión, convertir la demencia en inhabilitación si las características del mismo permiten su encuadramiento en el inciso 2º del artículo 152 bis.

XII. LOS SORDOMUDOS ⁶⁰

518. CONCEPTO

a) Método legislativo:

El Código Civil ha dedicado el Título XI, de la Sección I, del Libro I, a la regulación de los sordomudos, a quienes, según el artículo 153, incapacita para los actos de la vida civil en la medida en que su estado fuese tal que no puedan darse a entender por escrito.

b) Noción:

Al margen de la conceptualización legal, entiéndese por sordomuda a la persona que por carecer del sentido auditivo no ha podido adquirir aptitud para hablar.

c) Fundamento de la interdicción:

Ahora bien, ese estado de incomunicación producido por la sordomudez provoca, a su vez, el atrofiamiento del sistema intelectual de quien la padece, desde que éste no tiene el estímulo externo que le permite generar ideas para transmitir las y así cultivar la inteligencia. De ahí pues, la concausalidad que todo ello tiene con la debilidad mental y la falta de discernimiento, lo que explica la tendencia doctrinaria y legislativa de vincular el tratamiento de la sordomudez con el de la demencia.

d) Sordomudez y demencia:

A propósito de esta última circunstancia, se impone distinguir el caso en que la sordomudez es consecuencia de lesiones o enfermedades mentales que afectan el discernimiento, de aquel otro en el que sólo afecta el sistema comunicativo de una voluntad inteligente.

En el primer caso, el tratamiento legal al que debe someterse el sujeto es el propio de los dementes, ya que la incapacidad regulada para los sordomudos tiene su fundamento en la situación de inferioridad y consecuente desigualdad en que ellos se encuentran en relación con los terceros para desempeñarse en la vida de relación, a raíz de la imposibilidad que tienen de expresar y comunicar su voluntad.

e) Exigencia de que no sepa darse a entender por escrito:

Nuestro Código prescribe la interdicción cuando se trata de un sordomudo iletrado, es decir, que no puede comunicarse dándose a entender por escrito. Limitación ésta que resulta explicable si se tiene cuenta

⁶⁰ Bibliografía general: Además de la referida en la nota 1, LEVA FERNÁNDEZ, LUIS, "Los sordomudos también hablan", L.L. 1983-D-1045.

el estado de los conocimientos sobre la materia en la época de la redacción de aquél, no siéndolo en cambio el hecho de que esa limitación haya permanecido intangible a la mano del legislador de 1968, quien, no sólo la mantuvo sino que la ratificó cuando, al modificar el artículo 155, insiste en el medio escrito como el único medio admitido para una expresión válida de la voluntad del sordomudo.

Al respecto, entendemos que decidida por aquél la subsistencia de esta incapacidad debió tenerse en cuenta la existencia de otros medios idóneos para la comunicación del sordomudo, como ya lo había hecho el proyecto de 1936.

519. VALORACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE INTERDICCIÓN

a) Derecho comparado:

En la legislación comparada, resulta posible identificar cuatro regímenes:

— el que deja a la apreciación judicial las medidas a adoptar para con el sordomudo, conforme a la consideración del caso particular y sus propias circunstancias, de manera que la solución es casuística;

— el que adopta como sistema general el de la inhabilitación;

— el de la incapacidad absoluta para el caso del sordomudo que acusa una incomunicación de igual grado;

— el de la incapacidad absoluta cuando se trata del sordomudo que no puede darse a entender por escrito. En este último, que es el más riguroso, se enrola nuestro Código Civil.

b) Proyectos de reforma:

El *Anteproyecto* de 1954 suprime la incapacidad por sordomudez, sometiendo a quien la padece al régimen de inhabilitación judicial en la medida en que careciere de educación suficiente y que del ejercicio de su plena capacidad pudiese resultarle, presumiblemente, algún daño.

El Proyecto de Código Civil de 1998 lisa y llanamente suprime esta hipótesis de incapacidad.

c) Valoración:

En nuestro criterio, la interdicción del sordomudo no tiene justificación actual. La existencia de tal limitación podría, a lo sumo, dar lugar a una inhabilitación como lo preveía el *Anteproyecto* de 1954.

De mantenerse la incapacidad, debería estar reservada exclusivamente para el sordomudo que no pudiera comunicarse por ningún medio —porque es éste el supuesto que demanda protección— pero no cuando sabe hacerlo por alguno, aun cuando ese medio no fuere el escrito. Incapacitar al sordomudo porque no puede expresarse de esta forma, sabiendo en cambio, hacerlo mediante el lenguaje gestual, importa-

ría, como acertadamente ha observado Leiva Fernández, un tratamiento desigual con relación a otras personas que, encontrándose en cuanto a la comunicación en situaciones similares, no son sin embargo, objeto de interdicción.

En suma, las consideraciones que preceden y el antecedente propio que representa el instituto de la inhabilitación aconsejan revisar el sistema legal existente en la materia.

520. PRESUPUESTOS DE LA INTERDICCIÓN POR SORDOMUDEZ

a) Enunciación:

Constituyen presupuestos de la interdicción el padecimiento por la persona de una sordomudez con virtualidad jurídica para ello y que ésta tenga más de 14 años de edad.

b) *Sordomudez e imposibilidad de darse a entender por escrito:*

En cuanto a la primera, ha de venir unida a la imposibilidad de darse a entender por escrito, de manera que es esta última limitación la que le atribuye a la sordomudez virtualidad jurídica.

La escritura ha de ser indicio de una expresión inteligente que traduzca la plena comprensión de lo que a través de ella el sordomudo pretende comunicar; por lo que no descarta la interdicción la aptitud del sujeto de copiar letras sin comprender su sentido.

c) *Quid de la aptitud del sujeto para dirigir su persona y sus bienes:*

El extremo a verificar por la pericia médica es la falta de comunicación por ese medio y con tal significado, sin que sea necesario indagar sobre el grado de idoneidad de la persona para gobernar sus conductas y administrar sus bienes, desde que se tiene por descontada la ineptitud para ello como consecuencia propia de esa imposibilidad comunicativa.

Comprobado ello, los médicos examinarán si padecen de enfermedad mental que les impida dirigir su persona o administrar sus bienes, y, en tal caso, se seguirá el trámite de incapacidad por demencia (art. 155).

d) *Edad del sujeto:*

El artículo 157 prescribe que: *“La declaración judicial no tendrá lugar sino cuando se tratare de sordomudos que hayan cumplido 14 años.”*

e) *Rechazo de una solicitud anterior:*

Guarda silencio el Código, en cambio, respecto del impedimento que representa el rechazo de una solicitud anterior, pese a lo cual interpre-

tamos que, no existiendo en el caso del sordomudo razones diferentes a las que fundan la norma del artículo 146, el principio por ésta consagrado es también de aplicación en este supuesto (v. *supra*, n° 465 a).

521. SITUACIÓN JURÍDICA DEL SORDOMUDO NO INTERDICTO

a) Principio general:

La incapacidad que con carácter eventual prevé la norma (art. 54, inc. 4º), recién se concreta para el caso particular de que se trate, con el dictado de la sentencia que la declara. De donde, con anterioridad a ese pronunciamiento, el sordomudo es un sujeto capaz y sus actos son en principio válidos.

Por lo expuesto, en relación con la capacidad del sordomudo no interdicto, resultan aplicables, en lo pertinente, las consideraciones hechas a propósito de igual cuestión con respecto al insano (v. *supra*, n° 467), salvo en cuanto a la libertad personal de la que, a diferencia de este último, no puede ser privado por internación.

b) Responsabilidad por actos ilícitos:

El discernimiento, hemos anticipado, constituye el fundamento de la imputabilidad y ésta la causa de la responsabilidad del sujeto agente del acto, razón por la que conservando el sordomudo aquel atributo de la voluntad, el mismo resulta entonces ser responsable por sus actos ilícitos.

c) Actos jurídicos:

Los actos —aun cuando, como advierte Llambías, se trata de un supuesto más bien teórico, desde que la ineptitud natural del sujeto constituye un impedimento de hecho para el otorgamiento de actos jurídicos— en principio, son válidos sin perjuicio de ser susceptibles de anulación si se probare que al tiempo del otorgamiento el sordomudo no sabía darse a entender por escrito.

En efecto, conforme al artículo 473 —aplicable al caso— aquella sanción procederá en la medida en que, al momento de la celebración del acto, exista la causa de interdicción por sordomudez, cual es la de no saber darse a entender por escrito. Por ello estimamos equivocada la opinión de quienes sostienen que ese efecto se produce probando la carencia de discernimiento en el momento del otorgamiento, porque el sordomudo que tratamos es el que tiene esa aptitud natural de comprender el significado del acto, ya que si carece de ella —no accidentalmente— estamos, desde el punto de vista legal, propiamente ante un insano y no ante un sordomudo.

Por razones obvias, no es de aplicación al caso el agregado que la ley 17.711 hizo al artículo 473, desde que la evidencia con que se manifiesta

la sordomudez en quien la padece, descarta el supuesto de que ella no sea notoria.

Igual circunstancia nos lleva a sostener que el principio de inimpugnabilidad que consagra el artículo 474 no tiene aplicación cuando se trata de juzgar el acto de un sordomudo no interdicto con posterioridad a su muerte, porque no se dan en el caso las razones que lo abonan. En efecto, la seguridad jurídica —bien tutelada por dicha norma— queda resguardada si se advierte que la certeza que se tiene o se puede tener de la sordomudez que afectaba a la persona, dada la exteriorización con que necesariamente se debió haber manifestado, facilita significativamente la prueba de si aquélla podía o no, darse a entender por escrito. Esta evidencia, interpretamos, tendría la virtualidad de crear la misma presunción que con relación al presunto insano crea el hecho de habersele iniciado el juicio de insania, permitiendo por ello, en ese caso, la impugnación del acto.

d) Carácter de la nulidad:

Finalmente, cabe consignar que los actos celebrados por el sordomudo no interdicto, por aplicación de los principios generales que gobiernan la materia de las nulidades, son actos anulables de nulidad relativa (V. *infra*, Cap. XXXIV).

522. EL JUICIO DE INTERDICCIÓN DEL SORDOMUDO

a) Remisión:

Conforme al artículo 154: “*Para que tenga lugar la representación de los sordomudos, debe procederse como con respecto a los dementes*”; razón por la que el artículo 637 del CPN, prescribe que las disposiciones del capítulo sobre la declaración de demencia “*regirán, en lo pertinente, para la declaración de incapacidad del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito.*”

b) Legitimación activa:

El artículo 156 advierte que: “*Las personas que pueden solicitar la declaración judicial de la incapacidad de los dementes, pueden pedir la de la incapacidad de los sordomudos*”, pese a lo cual no procede la acción popular prevista por el inciso 5º del artículo 144, desde que no concurre en este caso el presupuesto de hecho que la fundamenta.

c) Prueba:

El artículo 155, luego de la reforma introducida por la ley 17.711, establece que: “*El examen de los facultativos verificará si pueden darse a entender por escrito. Si no pudieren expresar su voluntad de ese modo,*

los médicos examinarán también si padecen de enfermedad mental que les impida dirigir su persona o administrar sus bienes y en tal caso se seguirá el trámite de incapacidad por demencia.”

Del análisis del texto resulta que la pericia deberá determinar, en primer lugar, la existencia misma de la sordomudez y, constatado ello, si el afectado puede o no darse a entender por escrito, es decir, si a través de ese medio puede expresar su voluntad comprendiendo el significado de lo que ha manifestado. Si tal expresión no fuere posible, la pericia deberá indagar si el denunciado como sordomudo padece alguna enfermedad mental que le reste la aptitud de gobernar su conducta, en cuyo caso se seguirá el trámite del juicio por demencia.

Ahora bien, aun excluyéndose que se trata sólo de una sordomudez iletrada, el informe deberá pronunciarse, en lo pertinente, sobre los puntos referidos por el artículo 631 del CPN, discrepando así con Palacio, quien pareciera limitar tal información al caso en que la sordomudez obedezca a enfermedad mental. En efecto, además de no encontrar impedimentos para ello, la misma permitirá al juez contar con adecuados elementos de juicio para ilustrarle mejor en la toma de una decisión que pueda comprender otras alternativas que las referidas por el artículo 155.

Así, de la pericia practicada podría resultar que, aun cuando el sordomudo pudiera expresar su voluntad por escrito, acusara limitaciones que permitieran encuadrar su situación en el supuesto previsto por el inciso 2º del artículo 152 bis, en cuyo caso el juez debería resolver la inhabilitación del sordomudo (art. 633, CPN) (v. *infra*, nº 539).

d) Disposición procesal:

El artículo 637, CPN, aludía a la incapacidad del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito o *por lenguaje especializado*. Esta última fórmula utilizada era absolutamente inocua ya que, como se anticipó, el Código Civil no ha recogido las nuevas formas de expresión de los sordomudos, refiriéndose exclusivamente a la escritura; y por ello ha sido eliminada por la reforma introducida al CPN por la ley 22.434.

523. SITUACIÓN JURÍDICA DEL SORDOMUDO INTERDICTO

a) Principio general:

Con la sentencia el sordomudo deviene incapaz en los términos del artículo 54, inciso 4º, debiendo observarse, en consecuencia, lo que se tiene dispuesto respecto de los dementes (art. 154).

b) Actos jurídicos:

A raíz de la incapacidad absoluta que lo afecta, los actos celebrados con posterioridad a la declaración son nulos —aun cuando de nulidad relativa— atento a lo prescripto por el artículo 472.

Respecto de los anteriores a la sentencia, es de aplicación la solución prevista por el artículo 473 en su primera parte, no siéndolo el agregado que le hiciera la ley 17.711, por no ser prácticamente posible la falta de notoriedad de la afección.

c) Testamento:

El artículo 3617 dispone que: “No pueden testar los sordomudos que no sepan leer ni escribir”.

Alguna parte de la doctrina nacional considera que el sordomudo no puede gozar de “intervalos lúcidos”, por lo que la incapacidad para testar no quedaría superada mientras el sujeto no fuera rehabilitado; de donde, todo testamento de sordomudo interdicto sería nulo (Orgaz).

Por su lado, Borda considera que puede mediar intervalo lúcido en dos situaciones: cuando ha recuperado la salud y luego vuelve a perderla por la misma u otra razón; y cuando habiendo recuperado el goce de sus facultades, aún no ha sido rehabilitado. En estas hipótesis, sostiene el autor citado que sería válido el testamento del sordomudo interdicto ⁶¹.

d) Matrimonio ⁶²:

A partir de la reforma introducida por la ley 23.515, se reconoce capacidad para contraer matrimonio al sordomudo que supiere manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera (art. 166, inc. 9º) y sin depender para ello de autorización alguna.

e) Actos ilícitos:

El sordomudo judicialmente interdicto es incapaz, pero no carece de discernimiento, por lo que es responsable por los actos ilícitos que lo tengan como agente.

524. CESACIÓN DE LA INTERDICCIÓN

Atento a los términos del artículo 158 del Código, en tanto dispone que: “cesará la incapacidad de los sordomudos, del mismo modo que la de los dementes”, cabe aplicar al caso cuanto al respecto se ha expuesto con relación a estos últimos.

⁶¹ Sobre la materia ver CCiv. 1ª Cap. 16/5/1932, J.A. 38-205; *idem*, 21/9/1937, L.L. 8-317.

⁶² Bibliografía especial: FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, “La reforma del Régimen de Matrimonio Civil. Impedimentos”, L.L., 1987-D-887.

CAPÍTULO XIII

LOS INHABILITADOS ¹

I. INTRODUCCIÓN

525. LA INHABILITACIÓN JUDICIAL

a) *Concepto:*

La inhabilitación judicial es una institución que tiene por objeto la protección de personas que padecen determinadas deficiencias psíquicas, físicas o de conducta, en tanto éstas pueden llevar a otorgar al sujeto actos perjudiciales para su patrimonio o su persona; y que se extiende al caso de los pródigos, supuesto en el que el fin del instituto radica en el amparo del grupo familiar de aquéllos.

b) *Sistema del Código Civil:*

En el Código Civil no existía la inhabilitación judicial, ya que Vélez Sarsfield efectuó una categórica distinción entre personas capaces e incapaces, postura que recién se modifica con la reforma al Código Civil por la ley 17.711, que al incorporar el régimen de la inhabilitación, pone fin a la situación en la que se encontraba quien padecía una disminución en sus facultades, que por no llegar a encuadrar en el supuesto de demencia legis-

¹ Bibliografía general: BORDA, Guillermo A., "La reforma del Código Civil. Inhabilitación.", E.D. 29-715; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., "El nuevo régimen de las incapacidades según la reforma del Código Civil", L.L. 130-1096; CARRETERO, Adolfo, *La problemática jurídica de los subnormales en España*, Madrid, 1977; FANTONI, B., "Los semialienados en la legislación civil argentina", J.A. 1968-V-835; GNECCO, Emilio P., "Protección jurídica de las personas sometidas a internación para tratamiento. Deficientes mentales y viciosos no interdictos ni inhabilitados", L.L. 156-1111; OLIVA VELEZ, Jorge M., "El ministerio pupilar y la inhabilitación judicial", E.D. 29-849; MAZINGHI (h), Jorge A., "Dementes, sordomudos, incapaces, inhabilitados y enfermos internables", E.D. 59-768; PERISSE, Pedro A., "Análisis de la ley 17.711. Régimen de las personas jurídicas. Asociaciones. Incapaces no demenciales", E.D. 25-873; PORTAS, Néstor, "Personas individuales en la ley 17.711", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata* n° 21, pág. 89; RAFFO BENEGAS, Patricio - SASSOT, Rafael, "Situación jurídica del inhabilitado", J.A. D 1969-551; "Supuestos contemplados en el art. 152 bis del Código Civil", J.A. D 1969-550; GHIRARDI, Juan Carlos., *La inhabilitación judicial*, Buenos Aires, 1980; TOBIAS, José, *La inhabilitación en el Derecho civil*, 2ª ed., Buenos Aires, 1992.

lado en el Código, carecía de un auxilio legal, que era a todas luces indispensable.

526. EL RÉGIMEN DE INCAPACIDADES DEL CÓDIGO CIVIL

Como ya fue señalado, nuestro codificador, siguiendo a Freitas, sistematizó el régimen de las incapacidades sobre la base de la existencia exclusiva de individuos capaces e incapaces de hecho. En efecto, en los artículos 54 y 55, se enumeran a los incapaces de hecho, sin incluir a aquellas personas que, debido a trastornos que las aquejan, se encuentran —al decir de parte de la doctrina—, en estados fronterizos que no ameritan la interdicción absoluta del enfermo mental, pero que de manera indudable, requieren la protección de la ley para evitar que los perjudique la situación de inferioridad en la que se encuentran.

Esa protección legal, tantas veces reclamada por la doctrina llegó —como decíamos— con la reforma del Código Civil del año 1968.

527. REFORMA DE LA LEY 17.711. SUS ANTECEDENTES

a) Fuentes legislativas:

La ley 17.711 introdujo el régimen de la inhabilitación judicial, tomando para ello como fuente, diversas legislaciones extranjeras, tales como el Código italiano (arts. 415 y 427), el Código suizo (arts. 370 y 395), el Código portugués (arts. 409 a 412), el Código venezolano (arts. 409 y 411); así como también han sido tomados en consideración el *Anteproyecto* de 1954 (arts. 94 a 97), y la ponencia presentada por Borda y Llambías al III Congreso Nacional de Derecho Civil y el despacho producido en ese certamen científico.

b) Antecedentes judiciales:

Es preciso también señalar que existía una corriente jurisprudencial que, con la finalidad de proteger a las personas fronterizas, adoptó soluciones muy valiosas que fueron tenidas muy en cuenta por la doctrina y luego por los autores de la reforma.

Entre esos pronunciamientos judiciales, adquiere relevancia una sentencia, del entonces juez de primera instancia Dr. Roberto Chute (años más tarde juez de la Corte Suprema nacional), que resolvió dotar de un curador a una persona que no era demente ni sordomuda, pero que librada a sí misma no era capaz de realizar acto de administración alguno y, menos aún, de discurrir con probabilidad de acierto sobre sus asuntos u ocuparse personalmente de ellos ².

² 1ª Inst. Civil, 15/9/1942, confirmada por CCiv. 1ª Cap., 27/11/1942, J.A. 1943-I-120.

Asimismo, la Cámara de Apelaciones de Rosario sostuvo la posibilidad de declarar la interdicción de un toxicómano cuando la adicción alcanzó un grado tal, capaz de debilitar las facultades mentales hasta anular la capacidad jurídica ³.

Otras sentencias admitieron la declaración de demencia lisa y llana de sujetos fronterizos, con la evidente finalidad de no dejarlos desprotegidos. Pero ello resultaba extraño al marco legal que brindaba el Código Civil, donde por lo demás, en caso de duda, ha de estarse a la capacidad de la persona y no a su incapacidad.

528. *SUJETOS QUE PUEDEN SER INHABILITADOS.* *ENUMERACIÓN DEL ARTÍCULO 152 BIS*

La disposición dice: “Podrá inhabilitarse judicialmente: 1º) A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o a su patrimonio. 2º) 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. 3º) A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio...”.

II. ANÁLISIS DE LOS DOS PRIMEROS SUPUESTOS

529. *EBRIEDAD Y TOXICOMANÍA*

En estos casos, la inhabilitación de las personas se halla supeditada a que el alcoholismo habitual o el uso de estupefacientes produzcan, en el individuo, una situación de anormalidad; y por tanto, el mero abuso en el consumo de bebidas alcohólicas o de drogas no es suficiente para que pueda ser declarada la inhabilitación.

En consecuencia, el artículo 152 bis requiere la prueba de la habitualidad en el consumo de alcohol o en el uso de estupefacientes, así como que estos vicios tienen incidencia en la vida de relación del individuo, exponiéndolo al otorgamiento de actos perjudiciales a su persona o patrimonio.

530. *SEMIALIENACIÓN* ⁴

La semialienación produce en primer lugar la disminución de las funciones psíquicas del individuo.

³ C. 1º Apel. Civ. y Com. Rosario, 21/12/1951, *Juris.* 1-77.

⁴ Bibliografía especial: ORIA, Jorge Luis, “Los presupuestos de la inhabilitación de los ancianos”, *L.L.* 1975-B-1229.

En este sentido quedan comprendidas, en la noción de semialienación o disminución de las facultades, todas aquellas situaciones psíquicas que, sin privar plenamente del raciocinio, imposibilitan para actuar normalmente en la vida de relación.

Por ello, la hipótesis abarca a los ancianos seniles y a los débiles o atrasados mentales, siempre que la afección no sea de tal entidad que constituya lisa y llanamente locura (Ghirardi).

Al igual que en los casos de ebriedad y toxicomanía, se requiere que el padecimiento tenga un carácter permanente y que además, sea de una entidad tal que haga presumible que el ejercicio de la plena capacidad cause al individuo un daño en su persona o en su patrimonio.

531. LA CUESTIÓN DE LAS DISMINUCIONES FÍSICAS: DISTINTOS CRITERIOS

La doctrina nacional, al efectuar el examen del segundo inciso del artículo 152 bis, se encuentra dividida entre los que consideran que el supuesto legal hace referencia sólo a los sujetos que sufren una disminución de sus facultades psíquicas, y quienes estiman que la norma debe interpretarse en un sentido menos estricto, permitiendo la inhabilitación de individuos que, debido a disminuciones físicas, se hallen en una situación de notoria inferioridad frente a sus semejantes.

Los primeros señalan que, debido a la alusión concreta al concepto de demencia que efectúa el inciso en examen, se debe situar la cuestión en el campo de las enfermedades o disminuciones psíquicas; y que, si el legislador hubiera querido darle a la cuestión un sentido menos restrictivo, no hubiera conferido tratamiento especial a los casos de ebriedad y toxicomanía, los que son supuestos de disminución de facultades en sentido amplio (Oría, Lavalle Cobo, Ghirardi, Bustamante Alsina, Raffo Benegas y Sassot).

Por su parte, los sostenedores de la interpretación amplia consideran que el fin de la ley radica en la protección a todo sujeto disminuido —sea en sus facultades psíquicas o físicas— que pueda, debido a su padecimiento, otorgar actos jurídicos perjudiciales. De este modo, podrían ser declarados inhabilitados quienes padecieran de ceguera, sordera total, parálisis total, o los que tienen una edad muy avanzada, aun cuando no padecieran propiamente de senilidad (Borda, Garrido y Andorno, Mazzinghi (h)). Por las razones expuestas, compartimos este criterio.

III. LA PRODICALIDAD ⁵

532. LA PRODICALIDAD. CONCEPTO

El pródigo, conforme al concepto clásico expuesto por Planiol, es aquel individuo que "por desorden del espíritu o de las costumbres disipa su fortuna en gastos sin sentido".

533. CRITERIO DEL CÓDIGO CIVIL. FUNDAMENTOS

Nuestro codificador rechazó categóricamente la interdicción del pródigo. En efecto, en la nota del artículo 54, Vélez expone, para rechazar en forma absoluta la limitación de su capacidad, las siguientes razones: que la prodigalidad no altera las facultades intelectuales; que la libertad individual no debe ser restringida, sino en los casos de interés público, inmediato y evidente; que en la diferente manera de hacer gastos inútiles que concluyan su fortuna, no hay medio para distinguir con certeza el pródigo del que no lo es, quedando al arbitrio de los jueces interdicar a algunos mientras quedan innumerables disipadores; que debe cesar la tutela de los poderes públicos sobre las acciones de los particulares ya que no es posible poner un máximo a cada hombre en sus gastos, y el que se llamase pródigo habiendo sólo usado o abusado de su propiedad no quebrantaría ley alguna.

534. CRITERIO DE LA LEY 17.711. FUNDAMENTOS

La ley 17.711 se apartó de la solución del Código Civil, adoptando una posición intermedia, merced a la cual si bien los pródigos no son incapaces, se los somete a inhabilitación judicial y a la asistencia de un curador, a fin de evitar que otorguen por sí solos actos que puedan perjudicar a su familia. Esto es importante resaltarlo a esta altura del discurso: la inhabilitación del pródigo no persigue la protección del sujeto como individuo, sino en cuanto integrante de una familia; por ello la ley restringe la legitimación para pedir la inhabilitación del pródigo al cónyuge, ascendientes o descendientes. De donde una persona mayor de edad, soltera, sin hijos ni padres, puede hacer de su patrimonio lo que se le ocurra, aun dilapidarlo, y nadie podrá pretender su inhabilitación por esta causal.

⁵ Bibliografía especial: GOLDENBERG, Isidoro, "La prodigalidad como causal de inhabilitación", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, n° 28, pág. 13; LAGOMARSINO, Carlos A.R., "Los pródigos en la reforma del Código Civil", *E.D.* 23-903; MALFUSSI, Carlos, "El régimen de la prodigalidad en la legislación civil argentina", *L.L.* 142-996; TAU ANZOATEGUI, Carlos, "La prodigalidad en la ley 17.711", *L.L.* 138-1261; LEVACOV, R., "Sobre la institución de la inhabilitación del pródigo en la ley 17.711", *L.L.* 142-973; BERNAL GÓMEZ, Beatriz, "La curatela del pródigo en el Derecho Romano", *BMDC*, 48-777.

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*.

Sin perjuicio de ello es preciso señalar que, en la mayoría de los casos, la dilapidación de un patrimonio obedece a una deficiencia en el individuo, que, si bien no llega al extremo de la demencia, revela, por lo menos, ineptitud para el manejo de sus bienes. Ello tiene importancia cuando se trata de la prueba de la prodigalidad, pues, si bien no es absolutamente indispensable la prueba pericial médica, el juez podría disponerla para ponderar debidamente la personalidad del sujeto cuya inhabilitación se solicita.

535. REQUISITOS PARA LA INHABILITACIÓN DEL PRÓDIGO

Para que pueda decretarse la inhabilitación del pródigo, la ley exige los siguientes requisitos:

a) *La prodigalidad en los actos de administración y disposición:*

La norma exige que existan negocios jurídicos de administración y disposición que constituyan dilapidaciones o despilfarros innecesarios o injustificados.

A primera vista, podría pensarse que la dilapidación sólo puede estar vinculada a actos de disposición; pero en este aspecto, la doctrina ha hecho hincapié en que la administración tiene importancia en tanto da cuenta de una tendencia a la dilapidación.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que compartimos el criterio según el cual la prodigalidad no puede apreciarse exclusivamente a través de actos de administración o meramente conservatorios ⁶.

⁶ Ver voto del Dr. Calatayud en CNCiv., Sala E, 23/9/1987, L.L. ejemplar del 25/2/1988.

b) La dilapidación de una parte importante del patrimonio:

Se exige que el individuo haya dilapidado una parte importante de su patrimonio. Como se advierte, la exigencia legal es flexible permitiendo la apreciación judicial en cada caso; solución que se compadece con la idea de que los gastos deben ser desproporcionados con la situación de fortuna del sujeto.

Como ya lo hemos dicho, la dilapidación en sí debe provenir de gastos injustificados, lo que comprende a los ruinosos, excesivos, irracionales, vanos, inútiles, insensatos o caprichosos; en suma, todos aquellos que no tengan una finalidad justificada o sensata.

c) Debe existir habitualidad:

La pérdida accidental de una parte del patrimonio, aunque fuere importante, no autoriza a la inhabilitación.

d) La existencia del cónyuge, ascendientes o descendientes:

Nuestra legislación erige a la familia como destinataria de su protección. De ello se deriva que no es posible inhabilitar al sujeto si faltan las personas que la ley expresamente menciona.

Por otra parte, debe existir el riesgo de que la familia quede en el desamparo.

IV. PROCEDIMIENTO DE INHABILITACIÓN ⁷

536. LEGISLACIÓN LOCAL

Tratándose de un materia procesal, el procedimiento de inhabilitación queda sometido a las reglas que dicten las provincias. Varios códigos procesales han establecido normas específicas. En aquellas provincias que no las tienen, son aplicables —en la medida que resulten compatibles— las disposiciones relativas al juicio de insania.

⁷ BLANCH, Guillermo J., "El proceso de inhabilitación de los pródigos", *E.D.* 33-819; BELLUSCIO, Augusto C., "Fuerza probatoria del dictamen pericial en los procesos de insania y de inhabilitación", *L.L.* 152-34; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "La regulación procesal de la inhabilitación", *E.D.* 54-787; BARBERO, Omar U., "Inadmisibilidad del desistimiento en el proceso de inhabilitación (excepto el caso de prodigalidad)", *L.L.* 1980-D-53; BACRE, Aldo, "El régimen de la inhabilitación y su regulación procesal en el proyecto de reformas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", *L.L.* 1980-D-935; MARTÍNEZ VIVOT, Julio J., "La sentencia de incapacidad o inhabilitación y el conocimiento personal del denunciado por el juez", *L.L.* 1981-C-785; TOBIAS, José W., "El proceso de inhabilitación y las reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", *E.D.* 98-925.

537. PERSONAS LEGITIMADAS PARA PROMOVER EL JUICIO DE INHABILITACIÓN ⁸

Para los supuestos contemplados en los dos primeros incisos del artículo 152 bis, están legitimadas para promover el proceso, las personas mencionadas en el artículo 144 (art. 637 bis, CPN).

Por tanto, en los casos de inhabilitación motivada por ebriedad, toxicomanía o disminución de facultades, están legitimados para accionar: 1º) el esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente del presunto inhabilitado; 2º) los parientes; 3º) el ministerio público; y 4º) el cónsul cuando el individuo fuese extranjero.

Algunos autores sostienen que tratándose de la inhabilitación, no regiría la exclusión del cónyuge divorciado para denunciarla si éste conservase la vocación hereditaria o fuese acreedor de alimentos (Borda, Blanch).

La tesis no parece compatible. Es que más allá de las sugerencias de *lege ferenda* hechas por la doctrina relativas a la necesidad de flexibilizar el inciso 1º, del artículo 144, para casos como los mencionados, la distinción no parece actualmente posible en vista del texto vigente que no acepta excepción alguna.

De todos modos, el cónyuge divorciado podría peticionar la actuación del ministerio público; y aun éste debería continuar la acción promovida por un denunciante no legitimado (Ghirardi).

En punto a la acción popular del inciso 5º del artículo 144, no tiene cabida para los inhabilitados, por no darse el presupuesto fáctico, consistente en la peligrosidad del denunciado.

538. LEGITIMACIÓN EN EL SUPUESTO DE PRODIGALIDAD

En lo relativo a los pródigos, el inciso 3º, del artículo 152 bis, reserva la acción al cónyuge, ascendientes y descendientes, solución que deriva de la finalidad que la ley ha tenido en miras al legislar este supuesto.

539. BREVE EXAMEN DE LAS NORMAS PROCESALES

El artículo 152 bis establece que lo vinculado al régimen procesal de la inhabilitación está regido, en lo pertinente, por las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

El proceso de inhabilitación sólo podrá iniciarse a instancia de parte legítimamente habilitada (art. 142), conforme a las reglas ya estudiadas.

La demanda de inhabilitación —salvo en el caso del pródigo—, deberá ser acompañada por certificados médicos que respalden la denuncia.

⁸ Bibliografía especial: MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, "Personas que pueden solicitar la inhabilitación", J.A. 12-1971-206.

En los casos de prodigalidad, se considera que los magistrados deberán exigir todas las medidas de prueba necesarias para imponerse acerca de la seriedad de la denuncia.

La doctrina es pacífica en el sentido de que corresponde dar traslado al denunciado del pedido de inhabilitación, correspondiendo luego la apertura a prueba por el término de treinta días (art. 632 CPN).

Cuando se trata de la inhabilitación de ebrios consuetudinarios, semialienados y toxicómanos, será necesario efectuar el examen médico a que se refieren los artículos 142 y 143.

En el caso de los pródigos, en cambio, no es indispensable ese recaudo, toda vez que se trata de efectuar un examen objetivo de la evolución del patrimonio del presunto pródigo.

Sin embargo, parte de la doctrina considera que sería prudente practicar una evaluación psicológica del individuo a fin de tener una idea acabada de su conducta.

Esta última tesis es la que nos parece más aceptable, pues como decíamos antes, normalmente la prodigalidad revela un estado emocional o espiritual perturbado, que el juez debe conocer para evaluar correctamente la decisión que debe tomar.

La mayoría de los autores estima que no corresponde la designación del curador *ad litem*, en atención a que los inhabilitados tienen capacidad para actuar en juicio; pero, en cambio, se admite el nombramiento de curador provisorio a los bienes si se dieran las circunstancias previstas en el artículo 148. En estos casos, la función del curador no sería la de administrar los bienes del denunciado, sino evitar que éste disponga del patrimonio sin su asistencia.

Por último, se debe señalar que sería procedente declarar la inhabilitación en los procesos de insania, cuando la demencia no llegue a configurarse pero se acredite, en cambio, alguna de las causales del artículo 152 bis.

539.1. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

El Proyecto elimina la categoría de los pródigos y aclara que pueden ser inhabilitados los disminuidos en sus facultades psíquicas o físicas (art. 42).

540. REHABILITACIÓN: CASOS EN QUE SE PROCEDE, PERSONAS LEGITIMADAS PARA RECLAMARLA. REGLAS DE PROCEDIMIENTO

La rehabilitación de los inhabilitados, conforme a lo establecido en el artículo 152 bis, se encuentra subordinada a las disposiciones del Código referentes a la cesación de la incapacidad de los dementes.

Por ello, en los casos de ebriedad, toxicomanía y semialienación resulta estrictamente aplicable el artículo 150 del Código Civil. En cambio, respecto de los pródigos, la doctrina considera que, para poder evaluar su conducta a fin de proceder a su rehabilitación, el juez deberá basarse en un examen psicológico del individuo, como así también investigar la conducta del pródigo al llevar a cabo actos de administración.

Procederá asimismo, el levantamiento de la inhabilitación por prodigalidad, cuando hayan desaparecido todos los herederos forzosos del pródigo, exclusivos beneficiarios de la protección legal.

El pedido de rehabilitación se sustanciará con arreglo a las mismas formas seguidas para declarar la inhabilitación. La rehabilitación podrá ser solicitada por el propio inhabilitado, el curador y el ministerio pupilar (v. *supra*, n° 517).

Sólo cesará la inhabilitación cuando, de las pruebas obrantes en el proceso —v.gr.: pericias técnicas, médicas, etcétera— surja el restablecimiento del individuo, de modo que puede dirigir su persona y administrar y disponer de su patrimonio (v. *supra*, n° 516).

V. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INHABILITACIÓN

541. PRINCIPIO GENERAL

Los inhabilitados son personas capaces de hecho, que tienen limitada facultad de disponer.

La capacidad de disponer es una subespecie de la capacidad de hecho (v. *supra*, n° 390), porque entra en la noción general de aptitud para enajenar, como consecuencia de la posibilidad de discernir la conveniencia económica o no del acto que realiza.

En este sentido, se define la incapacidad de disponer como el estado psíquico de aquel que, por razones de menor edad (síntoma de falta de madurez) o por su estado de enfermedad mental, el ordenamiento jurídico considera inepto para dar vida a negocios de tanta gravedad, como son los actos de enajenación, o sea, de disminución del propio patrimonio (Messineo).

Ésta es la situación jurídica del inhabilitado.

Si bien goza — por regla general— de capacidad civil, circunstancias que influyen sobre su discernimiento (aunque no lleguen a ser una enfermedad mental), hacen que el sujeto quede sometido a un régimen de asistencia para los actos de disposición de sus bienes por actos entre vivos, los que, por lo tanto, no podrán ser válidamente otorgados sin la conformidad del curador que cumple las funciones de asistente.

Esa limitación a la capacidad de disponer se extiende, por previsión expresa del artículo 152 bis, a los actos de administración que el juez identifique en la sentencia. Es que, a veces, la administración de ciertos

bienes es muy compleja y, por su magnitud, puede poner en peligro la estabilidad del patrimonio del inhabilitado.

De todos modos, el inhabilitado conserva siempre la capacidad residual en el ámbito patrimonial —puede otorgar todos los actos de administración que no le sean expresamente prohibidos— y en nada es afectada su capacidad en el ámbito extrapatrimonial.

A continuación, analizaremos en detalle los principios que acabamos de delinear.

542. EFECTOS SOBRE LA CAPACIDAD DE DISPONER

El artículo 152 bis impide, taxativamente al inhabilitado declarado tal, la realización de actos de disposición de bienes por actos entre vivos sin la asistencia del curador.

La distinción entre actos de administración y de disposición no es absolutamente clara y tajante, pues remite a un examen fáctico de la “estructura patrimonial e índole de los negocios de cada persona” (v. *infra*, Cap. XXVI); razón por la cual sostenemos que, ante una duda acerca de la naturaleza del acto de que se trata, debe considerarse válido en mérito a que las incapacidades son de interpretación restrictiva.

Sin perjuicio de ello, pueden mencionarse algunos actos que, sin lugar a dudas, entrañan disposición y, por ende, no podrían ser realizados por el inhabilitado sin la conformidad del curador. Para ello recurrimos al mismo Código Civil, que contiene limitaciones para administradores de bienes ajenos mediante la enumeración de actos que exceden la administración, y por ello, pueden ser calificados de actos de disposición.

Entre ellos se deben destacar los enunciados en el artículo 443 —norma que enumera los actos que el tutor no puede llevar a cabo sin la autorización del juez—, y los previstos en el artículo 1881 —actos que sólo puede efectuar un mandatario con poder especial—.

543. EFECTOS SOBRE LA CAPACIDAD DE ADMINISTRAR

En cuanto a los actos de administración, los inhabilitados tienen —por regla—, la plena capacidad para realizarlos sin perjuicio de que el juez podría limitar esa facultad “teniendo en cuenta las circunstancias del caso” (art. 152 bis).

Este tipo de actos son identificados por algunos autores como “actos de administración extraordinaria”, por oposición a los actos de “administración simple u ordinaria”, que serían aquellos meramente conservatorios o destinados a obtener frutos de una cosa, con la salvedad de que su ejecución no haya sido prohibida en la sentencia respectiva (v. *infra*, Cap. XXVI).

544. CAPACIDAD PARA CIERTOS ACTOS EN PARTICULAR

*a) Capacidad para testar*⁹:

La cuestión vinculada a si el inhabilitado posee aptitud para testar, nos remite al examen de dos opiniones sobre la cuestión. La primera de ellas, calificada como estricta, parte de la base de que las expresiones “perfecta razón” y “completa razón”, utilizadas en los artículos 3615 y 3616, indican que para poder realizar un testamento válido es menester gozar de un estado completamente normal y sano y “una inteligencia más clara y una voluntad más firme que para vincularse en un contrato”, de donde esta tesis concluye en que un enfermo mental o un disminuido en sus facultades intelectuales, carece de aptitud para testar.

La teoría amplia expresa en cambio que, de una crítica interpretación del Código, se advierte que la única exigencia requerida para efectuar testamentos válidos es el “sano juicio” necesario para cualquier tipo de acto jurídico.

Este pensamiento ha sido recogido en algunos fallos de la Cámara Civil de la Capital Federal, en los que se ha resuelto que “si la ley ha establecido con relación al testamento, que el disponente debe estar en su perfecta razón, no es porque exige una voluntad más intensa en éste que en todos los actos jurídicos sino porque admite la posibilidad de atacar el testamento después de la muerte del testador, a diferencia de lo que dispone el artículo 474 del Código Civil acerca de los actos entre vivos”¹⁰. De allí que la doctrina se inclina, a nuestro juicio acertadamente, por reconocer al inhabilitado aptitud para testar.

Un fallo reciente ha resuelto que, siendo el criterio básico que toda restricción a la capacidad requiere consagración legal expresa, es preciso reconocer que el inhabilitado puede ejercer por sí solo los actos de última voluntad y los actos del derecho de familia; y si a ello se añade que la sentencia de inhabilitación no supone la ausencia de discernimiento, el testamento del inhabilitado sólo puede ser impugnado si se invoca la inexistencia del discernimiento en el momento de su otorgamiento por aplicación de los criterios generales¹¹.

*b) Capacidad para aceptar y renunciar herencias*¹²:

Una parte de la doctrina considera que los inhabilitados no pueden aceptar herencias sin la conformidad del curador (Méndez Costa, Borda), pues se considera que ese es un acto de disposición; es que, aun cuando

⁹ ORIA, Jorge Luis, “La capacidad para testar de los inhabilitados y la perfecta razón del art. 3615 del Código Civil”, *L.L.* 1975-D-524.

¹⁰ CNCiv., Sala D, 2/4/1957, *L.L.* 87-550.

¹¹ CApel. Concepción del Uruguay, 22/8/1995, *L.L.* 1997-D-39.706-S.

¹² Bibliografía especial: MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Capacidad para aceptar y para repudiar herencias*, Buenos Aires, 1972.

la aceptación se haga con beneficio de inventario, no excluye los peligros para el aceptante, pues él podría perder tal beneficio si incurriera en alguno de los actos que pueden producir tal efecto; por lo que, en última instancia, se puede comprometer todo el patrimonio del inhabilitado si la herencia fuera deficitaria.

Con mayor razón tal solución se impone en el Derecho argentino, donde no existen reglas tuitivas como las del Derecho italiano que impiden que el inhabilitado pierda el beneficio de inventario, el que sólo caduca dentro del año posterior al cese de la inhabilitación (art. 489, Cód. Civ. italiano; otros códigos traen disposiciones semejantes, v. Méndez Costa).

Naturalmente, la renuncia a la herencia es un acto de disposición y requiere la conformidad expresa del asistente.

c) Capacidad para trabajar:

La declaración de inhabilitación no afecta la capacidad laboral del interdicto, pues dicha aptitud no encuentra restricción alguna en la LCT.

Obviamente, y conforme ya fue destacado, el inhabilitado no gozará de la libre disposición de los frutos obtenidos con su trabajo sino tan sólo de su administración.

d) Capacidad procesal:

En cuanto a las posibilidades de que los inhabilitados intervengan en juicio, cabe señalar que podrán hacerlo libremente en procesos criminales y, además, en aquellos en los que se diriman cuestiones extrapatrimoniales —v. gr. asuntos de familia—.

En cambio, necesitarán la asistencia del curador para intervenir en litigios en que se traten cuestiones patrimoniales; impidiéndose de ese modo que, a través de un camino indirecto, se lleven a cabo actos de disposición cuya realización prohíbe el artículo 152 bis.

545. DERECHOS DE FAMILIA

Los inhabilitados conservan plena capacidad para ejercer por sí mismos todos los derechos nacidos de las relaciones de familia, aun cuando los actos de que se trate produzcan consecuencias patrimoniales.

Es así que podrán por sí solos contraer matrimonio, reconocer hijos, ejercer la patria potestad, adoptar hijos (en adopción plena o simple), etcétera.

Parte de la doctrina considera en cambio, que no podrán sin asistencia del curador efectuar la partición privada de la sociedad conyugal, pues dicho acto, al alterar la estructura del patrimonio, implica disposición. Claro es que aquí no se trata del ejercicio de derechos extrapatrimoniales nacidos del estado de familia, sino de contenido puramente patrimonial.

546. FORMA DE SUPLIR LA INCAPACIDAD: LA ASISTENCIA

La tutela de los inhabilitados se lleva a cabo por vía de asistencia, la que es efectuada por el curador.

Ya hemos explicado el contenido de la asistencia y sus diferencias con la representación, por lo que remitimos a lo dicho (*supra*, nº 391). Nos limitaremos entonces a puntualizar que el curador que se le designe no representa al inhabilitado; no actúa en su nombre sino que lo asiste, integrándose con el asentimiento o conformidad del curador la manifestación de voluntad del propio inhabilitado.

547. PERSONAS QUE PUEDEN DESEMPEÑAR EL ROL DE CURADOR

No se halla expresamente previsto en el Código quiénes pueden ser designados curadores del inhabilitado, razón por la cual y conforme a la remisión de las reglas de la declaración de demencia prevista en el artículo 152 bis, resultan de aplicación en lo pertinente las normas de los artículos 476 a 480.

La doctrina en cambio, no es pacífica en cuanto a la aplicación de dichas disposiciones para el supuesto de los pródigos, estimándose que el curador debe ser un tercero en atención a las tensiones familiares que la situación pueda originar (Borda).

548. REALIZACIÓN DE ACTOS PROHIBIDOS: EFECTOS

Como se ha dicho, una vez declarada la inhabilitación judicial del individuo, éste pierde la aptitud para celebrar cierto tipo de negocios jurídicos, salvo que cuente con la conformidad del curador.

Si el interdicto realizara alguno de los actos jurídicos prohibidos sin la venia de su asistente, ese acto será nulo, de nulidad relativa y, por ende, confirmable.

Cabe señalar por último, que antes de la interdicción no existe restricción legal al derecho de disponer, de tal modo que los actos de esa naturaleza, efectuados antes de la declaración de inhabilitación, no podrán ser impugnados.

Sin perjuicio de ello, cabe acotar que parte importante de la doctrina nacional sostiene que los actos patrimoniales llevados a cabo por una persona que pudiera quedar comprendida en los supuestos de inhabilitación, antes de ser declarada tal, podrían ser impugnados por vía de lesión (art. 954). El elemento subjetivo del vicio de lesión sería, en el caso, la ligereza, comprensiva de la debilidad del espíritu, presente en el pródigo, en el disminuido en sus facultades, el ebrio consuetudinario o el toxicómano (v. *infra*, Cap. XXXI). Naturalmente ello no releva de la acreditación de los demás elementos de la lesión previstos en el artículo 954.

549. *LA TUTELA PERSONAL DEL INHABILITADO.
FACULTADES DEL CURADOR*

Fue ya expresado que las funciones del curador del inhabilitado son de asistencia, pero no de representación, toda vez que el interdicto siempre interviene personalmente en el acto.

Pese a lo cual, el asistente tiene importantes facultades, como las de vigilar los negocios realizados por el inhabilitado autorizándolos, en los casos en que fuere necesario, o solicitando la anulación de los celebrados sin su conformidad.

Por último, corresponde señalar, tal como lo ha hecho gran parte de la doctrina, que este curador tiene poderes, a veces más restringidos, a veces más extensos que los del curador 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.

550. *NEGATIVA DEL CURADOR*

En caso de que el curador negara arbitrariamente su conformidad con un determinado acto, el inhabilitado tiene una acción judicial para suplir su asentimiento (Ghirardi, Buteler), la que debe tramitar por una vía expeditiva y con intervención del ministerio pupilar.

CAPÍTULO XIV

SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER ¹

I. ANTECEDENTES

551. INTRODUCCIÓN

Desde los principios de la era romana hasta nuestros días, la situación jurídica de la mujer ha sufrido una evolución vertiginosa. Éste es quizá uno de los tópicos que más se ha transformado dentro del derecho privado en el correr del siglo xx. El perfil de la mujer decimonónica concuerda en muy poco con la realidad de la mujer que se encuentra a las puertas del siglo xxi.

Con respecto a la mujer y a su situación, el Derecho siempre ha ido a la zaga de la sociedad. Sin embargo, hoy se presenta un panorama distinto, en el cual el Derecho pretende no sólo receptar la realidad sino aun modificarla.

¹ Bibliografía general: ÁLVAREZ VIGNOLI DE DEMICHELI, Sofía, *Igualdad jurídica de la mujer: Alberdi su precursor en América*, Buenos Aires, 1973; CAMPOAMOR, Clara, "Personalidad de la mujer", *J.A.* 1944-I-64; RAMÍREZ, Carmen, *La mujer, su situación en veintiséis países americanos*, Córdoba, 1987; YORIO, A., *Tratado de la capacidad jurídica de la mujer*, Buenos Aires, 1943; ANASTASI, Leónidas, *Derechos civiles de la mujer*, Buenos Aires, 1938; FRUGONI, E., *La mujer ante el Derecho*, Montevideo, 1940.

Para el Derecho comparado pueden verse otros muchos trabajos: DÍAZ DE GUJARRO, Enrique, "Función social del Derecho comparado en la relación jurídica de igualdad de los cónyuges y de la unidad de la filiación", *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, n° 1, pág. 9; BONDER, Raquel y SMULEWICZ, M., "La reforma del Código Civil francés en relación a los derechos de la mujer casada", *L.L.* 140-1128; ORGAZ, Alfredo, *La ley uruguaya de Derecho civil de la mujer*, Buenos Aires, 1954; REAL PÉREZ, Alicia, "La discriminación en razón del sexo en las compilaciones de Derecho civil foral", *RDP* 1985-752; GOUDET, Geneviève, "De l'égalité des époux dans le régime legal", *RTDC* 1981-752; MEDINA, Graciela, "Situación jurídica de la mujer", en libro del *Ciclo Internacional de Actualización Jurídica*, Cochabamba, 1988; DI SIMONE, M. R., "La condizione femminile dal Codice del 1865 al Codice del 1942. Spunti per una riflessione", en *Icinquanta anni del Codice Civile*, v. 2, Milano, 1993, pág. 561; GAYA SICILIA, Regina, "Crónica a propósito de la ley 11.990 sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo", *ADC* 1991-251.

552. PUEBLOS PRIMITIVOS ²

Se señala que, con anterioridad a la historia escrita, la mujer fue el eje principal de la humanidad ya que la sociedad estaba organizada sobre la base del matriarcado, el que tenía su razón de ser por cuanto los individuos primitivos vivían en un estado de promiscuidad absoluta y, por lo tanto, lo único cierto era la madre, y el parentesco y los derechos se transmitían por vía materna.

Las teorías matriarcales han sido criticadas afirmando que, si bien pueden haberse dado aisladamente en algunas comunidades, no responden a la generalidad de la evolución de los pueblos, ni tampoco conciben con la naturaleza del ser humano, ya que es insito en el hombre el celo, y ello conlleva a las uniones monogámicas y no a las poligámicas. Si bien puede ser cierto que, en ciertas comunidades, por el juego de determinados factores, la mujer asumiera el mando de la familia y hasta del grupo social, también debe recordarse que es contrario a los principios científicos basarse en un caso aislado para extraer de él consecuencias generales.

Todo presiona a favor de la supremacía del varón en los tiempos remotos. Pueblo rudo, cultura nula e insensibilidad moral son factores que incitan a pensar que el respeto descansaba en la fuerza y, siendo que el hombre es el más fuerte, es presumible que éste ejerciera la jefatura de la familia sobre la base de su preponderancia física.

553. LA SITUACIÓN DE LA MUJER DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA LA CODIFICACIÓN ³

a) Derecho Romano:

En una primera etapa, la mujer era un sujeto incapaz, sometido a la potestas del *pater familiae*, fuera éste su padre, su marido o el padre de su cónyuge, si se casaba con un *alieni iuris*.

Esta situación se fue morigerando con el correr del tiempo. La desaparición de la *manus* o su uso, cada vez menos frecuente, y la consiguiente separación de bienes entre los cónyuges, fue colocando a la mujer casada en una situación de independencia personal y patrimonial respecto del marido; y en el orden de las relaciones entre la mujer y los hijos, produjo una serie de consecuencias que acercaron tal situación a la de las legislaciones modernas, como los derechos recíprocos de sucesión, alimentos, guarda de los impúberes por la madre, etcétera.

² Bibliografía especial: GIRAUD - TEULON, A., *Los orígenes del matrimonio y de la familia*, trad. de Antonio Ferrer y Robert, Madrid, 1914; CORVALÁN, Ernesto, *Reseña de la situación legal de la mujer en estados sociales primitivos. Ley 11.357. Crítica. Sus proyecciones sobre el Código Civil - Comentario sobre las disposiciones pertinentes del proyecto de reforma del Código Civil*, Mendoza, 1942.

³ Bibliografía especial: ARIAS RAMOS, J., *Derecho Romano*, Madrid, 1969, pág. 727; FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad antigua*, trad. de Giges Aparicio, Madrid, 1920; VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Derecho Civil español*, t. IV, 4ª ed., Valladolid, 1938, pág. 499.

A pesar de ello, se sigue notando en la última época del Derecho Romano, la subordinación de la mujer con respecto al hombre y un estado netamente patriarcal.

b) *Derecho germánico* ⁴:

La mujer casada vivía bajo la potestad del marido; éste la podía repudiar, empeñar, y aun vender en caso de necesidad. Sin embargo, la madre gozó de mayor potestad sobre los hijos; si bien en derecho común no se hablaba de la potestad de la madre, ésta tenía el derecho a ser tutora de sus vástagos al momento de la muerte del otro progenitor, pero para ejercer la tutela tenía que prometer judicialmente no volver a casarse, abdicar de los llamados beneficios de la mujer y empeñar expresamente todo su patrimonio en favor de los hijos. Advertimos pues, que también en el Derecho germánico, la mujer tenía minusvalía con respecto al hombre.

c) *Influencia del Cristianismo* ⁵:

El advenimiento del Cristianismo influyó considerablemente en la concepción de la mujer ya que dignificó su posición, sobre todo como madre, la que fue exaltada a través de la figura de la Virgen María, madre de Cristo.

A la maternidad se la rodea de una imagen de respeto y obediencia, virtudes estas que Jesús ejemplifica, al respetar y obedecer, en su condición humana, a María y José, como lo testimonia el Evangelio de San Lucas al decir "y estaba sujeto a ellos". El respeto y la obediencia a ambos progenitores se halla plasmado en el cuarto mandamiento del Decálogo: "honrarás a padre y madre".

Si bien el Cristianismo eleva la figura de la madre reconociéndole derechos y deberes, algunos textos del Nuevo Testamento parecieran indicar la desigualdad de los cónyuges; entre otros, San Pablo, en su *Epístola* a los Efesios expresa: "las casadas estén sujetas a sus maridos, como al Señor, por cuanto el hombre es cabeza de la mujer así como Cristo es cabeza de la Iglesia". "El hombre no ha sido sacado de la mujer, pero sí la mujer del hombre".

Estos textos, interpretados en forma aislada conducen a una autoridad exclusiva del hombre sobre los hijos y sobre la mujer.

d) *Edad Media* ⁶:

En la Edad Media, el Derecho feudal tuvo como base la diferencia entre sus miembros (clases sociales cerradas, sentido de jerarquía, no-

⁴ Bibliografía especial: LAURENT, *La autoridad del marido sobre la persona de la mujer y la doctrina feminista*, París, 1909, pág. 281.

⁵ Bibliografía especial: CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *La patria potestad*, Madrid, 1960.

⁶ Bibliografía especial: *Las mujeres medievales y su ámbito jurídico* (contiene numerosas monografías), Madrid, 1985.

bles, eclesiásticos, militares, libres y siervos); esta jerarquía también se plasma en la familia donde, si bien la mujer tenía autoridad sobre los hijos y era respetada, prevalecía la voluntad del padre.

En esta época, la mujer participa en actividades laborales particularmente vinculadas al trabajo de la tierra; no obstante ello, la prioridad masculina es una constante en la legislación medieval, aunque atenuada en un principio en los pueblos germánicos.

Como resultado de esta situación de subordinación o inferioridad, supuestamente natural y reconocida generalmente, tanto en el Derecho Canónico como en la Teología Escolástica, la mujer experimenta en el cuerpo legal toda una serie de limitaciones o merma de sus facultades en la vida civil, que restringen severamente, casi en absoluto, la posible intervención de la mujer en la esfera judicial.

e) La codificación ⁷:

Al tiempo de la codificación (albores del siglo XIX), coexistían quienes pretendían reivindicar a la mujer (Voltaire, Diderot, Montesquieu), con los que seguían considerándola un ser frágil, inferior, poco dotado intelectualmente.

De allí que el Código Napoleón viene a ser una transacción entre ambos extremos; se le otorga a la madre un papel más extenso que en los tiempos precedentes, pero sin llegar a equiparársela al hombre.

Así el Código francés y los que lo siguieron mantuvieron el mando supremo del marido.

Sus atribuciones eran de extraordinaria amplitud; así la mujer perdía su nacionalidad para tomar la de su marido, éste escogía el domicilio conyugal, controlaba las relaciones y correspondencia de su mujer; le concedía la venia para ejercer el comercio; el marido asumía la jefatura del hogar sin que en capitulaciones matrimoniales pudiera abdicar de su prerrogativa; la mujer no podía contraer obligaciones sin licencia de su esposo, incluso en meros actos de administración; ni aceptar herencias, ni adquirir a título gratuito, ni comparecer en juicio, salvo algunas excepciones.

554. SITUACIÓN DE LA MUJER EN EL DERECHO PRIVADO DESDE MEDIADOS DEL SIGLO XIX A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX

En el derecho privado, se debe distinguir la situación de la mujer soltera y de la mujer casada; en principio las dos eran incapaces relati-

⁷ Bibliografía especial: GNECO, Emilio, *El gobierno de la familia*, Buenos Aires, 1974; ALT - MAES, Françoise, "La situation de la concubine et de la femme mariée dans le Droit français", *RIDC* 1983-663; CASTÁN TOBEÑAS, José, *La crisis del matrimonio*, Madrid, 1914; GRANOTIER, M., *L'autorité du mari sur la personne de la femme et la doctrine féministe*, Paris, 1909.

vas de hecho, sometidas a la autoridad de sus padres o de sus maridos, pero el fundamento de tal incapacidad era diferente en un caso que en otro.

a) Situación de la mujer soltera:

La mujer soltera fue la gran víctima de la historia. Hasta tiempos no lejanos muy poco podía agradecer al Derecho. Solteras y viudas soportaron la *tutela mulierum*, que sometía a la mujer célibe mayor o menor de edad a la autoridad de su padre o del pariente más cercano, siendo una incapaz en todo sentido.

El problema fundamental residía en que la mujer no tenía derecho a elegir su marido sino que éste le era impuesto por el padre.

Esta situación de atropello a la libertad perduró durante muchos siglos y muy poco fue lo que hizo la Iglesia Católica en su contra: es que si bien en el Concilio de Trento se determinó que quienes celebraban el matrimonio eran los contrayentes, es decir, los cónyuges, y no sus padres, en el Código Canónico se dice que es conveniente contar con el consentimiento de los padres para celebrar matrimonio.

b) Fundamentos:

La situación de inferioridad de la mujer soltera sólo se justificaba considerándola como una inferior *imbecilitas mulierum animus*.

En la época que estamos analizando, tales fundamentos ya resultaban insostenibles.

De allí que el Derecho se aprestaba para un gran cambio en esta materia.

c) Situación de la mujer casada:

La situación de la mujer casada era la de un incapaz relativo de hecho; estaba sometida a la potestad del marido a quien debía obediencia, adquiría la nacionalidad del marido, éste administraba los bienes de la sociedad conyugal, fijaba el domicilio conyugal y ejercía en definitiva la potestad marital sobre la esposa. Ésta era titular de la patria potestad sobre sus hijos menores pero no la ejercía; y perdía en la mayoría de las legislaciones el derecho a usar el apellido de soltera; necesitaba autorización del marido para estar en juicio, o para ejercer cualquier actividad, comercio o industria.

El fundamento de tal situación jurídica de la mujer casada no era el mismo en el caso de la mujer soltera. En este supuesto, la potestad marital se fundaba en la necesidad de que en toda sociedad haya una persona que ejerza el gobierno. Se piensa que la familia es una sociedad y que, por lo tanto, debe haber una decisión última la que en definitiva debe ser tomada por el hombre; o de no ser así se caería en el caos, en el desgobierno, o en la intervención del Estado en los conflictos domésticos.

Esta idea de necesidad de gobierno del hombre para evitar la crisis de la familia o del matrimonio ha tenido mayor perdurabilidad en el tiempo que los fundamentos dados para sostener la incapacidad de la mujer soltera. Por ello advertimos que la mujer soltera adquiere capacidad mucho antes que la mujer casada.

555. SITUACIÓN DE LA MUJER EN EL DERECHO PÚBLICO DESPUÉS DE LA CODIFICACIÓN

En el derecho público, la mujer no tenía derecho a acceder a cargos electivos o a cargos directivos, y debió luchar duramente para obtener el derecho al sufragio.

II. DERECHO CIVIL ARGENTINO ⁸

556. INTRODUCCIÓN

Habida cuenta de que nuestro Código Civil fue sancionado en 1869, podemos seguir la evolución de la situación de la mujer a través de la explicación del régimen del Código Civil y de las transformaciones que él ha sufrido a lo largo del tiempo.

En nuestro Código cabía diferenciar la situación jurídica de la mujer casada de la de la mujer soltera mayor de edad.

557. MUJER SOLTERA MAYOR DE EDAD

Desde la vigencia del Código de Vélez, la mujer soltera mayor de edad fue considerada plenamente capaz. Aunque en el ámbito político tenía restringidos sus derechos, ya que carecía de derecho a voto, y en la vida social estaba sometida a su familia de acuerdo con las costumbres imperantes en la época.

558. MUJER CASADA MAYOR DE EDAD

a) Régimen del Código Civil:

El Código de Vélez ubicaba a la mujer casada en la situación de una incapaz relativa de hecho, equiparada a los menores.

El fundamento de tal solución no devenía de la "fragilidad espiritual" ni la "imbecilidad del sexo" —que sirvieran de base para que en la antigüedad se discriminara a la mujer—.

⁸ Bibliografía especial: ZEBALLOS, J. C., *Derechos civiles de la mujer*, Córdoba, 1943; ARATA, R. H., *La mujer en el Derecho civil argentino*, Buenos Aires, 1946; BRAVO, Mario, *Derechos civiles de la mujer*, Buenos Aires, 1922.

El motivo fundamental era considerar que en el hogar no puede haber dos autoridades iguales y que en aras al interés familiar, la mujer debía obedecer al marido, quien era su representante legal.

b) Ley 2393 (1888):

La Ley de Matrimonio Civil mantuvo la incapacidad de la mujer casada, pero aclaró la capacidad de la divorciada.

c) Ley 11.357 (1926)⁹:

Esta ley denominada De los Derechos Civiles de la Mujer no derogó el artículo 55 del Código Civil que mantenía la incapacidad de la mujer casada. De todos modos, era dudosa la subsistencia de esa incapacidad como regla general.

d) Convención de Bogotá de 1948¹⁰:

Acordada por los Estados americanos en la IX Conferencia Internacional Americana dispuso en su artículo 1º que los Estados americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre.

La doctrina nacional consideró que ello importaba establecer la igualdad jurídica entre las personas de ambos sexos, y que tal normativa formaba parte del derecho interno a partir de su ratificación por decreto-ley 9983/1957 (conf. II Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, 1965).

e) Ley 17.711 (1968):

Derogó expresamente la incapacidad relativa de la mujer casada, al reformar el artículo 55.

f) Ley 23.264 (1985):

El 25 de septiembre de 1985, fue sancionada la ley 23.264, que equilibró la situación de la mujer en diferentes aspectos:

— ejercicio de la patria potestad, que con anterioridad a la ley 23.264 correspondía al padre; a partir de la citada ley se ejerce en forma compartida, con lo que se equipara al hombre y a la mujer en el gobierno de la persona y bienes de los hijos menores;

⁹ Bibliografía especial: es imposible enumerar las obras que trataron de manera general o parcial el régimen de la ley 11.357. Pueden verse las obras citadas en notas 1 y 8.

¹⁰ Bibliografía especial: BOLLINI, Jorge, "La convención americana de Bogotá y los derechos civiles de la mujer", *Revista del Notariado* 1966-140; MARTÍNEZ RUIZ, Roberto, "Los derechos civiles de la mujer casada después de la Convención de Bogotá de 1948", *Revista del Notariado* 1964-677; GUASTAVINO, Elías P., "Régimen jurídico de los cónyuges después de la ratificación de la Convención de Bogotá de 1948 por el dec. ley 9983/1957", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, n° 8, pág. 11.

— nombre: según el artículo 2º de la ley 18.248, la elección del nombre de los hijos era una atribución paterna; con posterioridad a la ley 23.264 la elección es de ambos padres;

— curatela: según los artículos 149 y 478, en su redacción original, el hombre era preferido a la mujer en el ejercicio de la curatela de sus hijos; tras la reforma de 1985, ambos padres son curadores de sus hijos tanto menores como mayores de edad.

g) Ley 23.515 (1987):

El 28 de junio de 1987 el Congreso de la Nación sancionó la nueva Ley de Matrimonio Civil, que lleva el número 23.515, y que modifica la situación de la mujer en los siguientes aspectos:

— domicilio de la mujer casada: se suprime el viejo resabio de autoridad marital que facultaba al marido a elegir el domicilio conyugal (art. 90);

— nombre: con la modificación del artículo 8º de la Ley de Nombre se ha eliminado la obligación de la mujer a usar el apellido de su marido precedido de la partícula *de*, quedando ello como meramente facultativo.

III. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. INTRODUCCIÓN ¹¹

559. ANTECEDENTES

La Convención aludida fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigencia en 1981; fue suscripta por la Argentina el 7 de julio de 1980, y ratificada por la ley 23.179.

Nuestro país ha hecho la salvedad de que no se considera obligado por el párrafo 1º del artículo 29, que establece que en caso de conflictos se resolverá mediante árbitros o por la Corte Internacional de Justicia.

La Convención está incluida entre los tratados que tienen jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, CN).

560. OPERATIVIDAD

La Convención no es directamente operativa sino que requiere de leyes que reglamenten su ejercicio, por las siguientes consideraciones:

¹¹ Bibliografía especial: MÉNDEZ COSTA, María Josefa, "Derecho civil argentino y Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", *L.L.*, 1984-C-1133.

a) Texto expreso de la Convención:

La misma Convención remite a las reformas legislativas para adecuarse a ella. El artículo 2º, inciso a, habla de “asegurar por ley” el principio de igualdad; el mismo artículo en su inciso b, señala que los Estados miembro se comprometen a “adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter...”. Similar redacción contienen los incisos f y g del artículo 2º, donde se apela a reformas legislativas para alcanzar el objetivo de la Convención.

Por lo que, si bien predicamos —como regla general— la operatividad directa de las convenciones internacionales de derechos humanos (v. *infra*, nº 720 e), en este caso es el mismo texto de la Convención el que parece sugerir la exigencia de previa adecuación del derecho interno.

Sin perjuicio de ello, señalamos que la Convención compromete a los Estados parte a actuar “sin dilaciones” (proemio del art. 2º), y que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados indica que los Estados no pueden excusar el incumplimiento o inobservancia de los tratados bajo argumento de su incompatibilidad con la propia legislación interna.

Por lo que nuestro país debe actuar de modo de adecuar su derecho interno a esta Convención en aquello en que aún resulte contradictorio.

b) Imposibilidad de aplicación sin reglamentación:

Por otra parte, la Convención produciría efectos sobre leyes de orden público, como por ejemplo, la del nombre y la del régimen patrimonial del matrimonio, que al menos en principio, no pueden ser derogadas implícitamente, pues eso podría causar —en algunos casos— un vacío legal de consecuencias graves.

Por ejemplo: parece evidente que la Convención es contraria a la administración marital de los bienes gananciales de origen dudoso, mas si admitimos la derogación tácita de la regla, quedaría un vacío legal que generaría inseguridades, ya que no se sabría quién debe administrar esos bienes. En definitiva, entendemos que para que sea aplicable la Convención, debe ser reglamentada.

IV. ESTRUCTURA DE LA CONVENCIÓN

Contiene una Exposición de Motivos, seguida por treinta artículos, divididos en seis partes, a saber:

561. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

a) Finalidad:

El motivo fundamental de la Convención es advertir que, no obstante existir declaraciones y convenciones que establecen la igualdad de los sexos, *las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones.*

Éstas atentan contra:

- la igualdad de derechos;
- el respeto de la dignidad humana;
- la participación de la mujer en iguales condiciones que el hombre en la vida política, social, económica y cultural del país;
- el pleno desarrollo de la mujer para prestar servicios a su país y a la humanidad.

b) Soluciones:

A continuación se señalan algunas soluciones que directa o indirectamente propugnan el mejoramiento de la situación de la mujer.

Estas soluciones las podemos calificar en fundamentales, directas e indirectas.

c) Soluciones fundamentales

Dice la Exposición de Motivos que “*para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia*”.

Esto es repetido en el artículo 5º, donde propugna eliminar toda forma de patrones tradicionales de roles femeninos y masculinos, y de funciones estereotipadas de hombres y mujeres, y se reitera en el artículo 10, inciso c, que propicia “*la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino...*”.

De estas cláusulas programáticas, resulta que la norma es parte de un proyecto de programación de la conducta común. La ONU ha programado cuál “no debe ser” la conducta de hombres y mujeres. No debe ajustarse a patrones tradicionales estereotipados; “y debe ser” una forma de vida con igualdad de responsabilidades y roles.

d) Soluciones directas:

Propicia reformas legislativas eliminando las discriminaciones legales, y fortaleciendo la educación conveniente de la mujer.

e) Soluciones indirectas:

La Convención persigue la eliminación de:

- *apartheid*;
- todas las formas de discriminación racial;
- neocolonialismo;
- agresión y ocupación extranjera, y de todas las formas de injerencia en asuntos de otro Estado;
- establecimiento de un nuevo orden mundial basado en la equidad y la justicia.

Fortalecimiento de la paz mediante:

- desarme nuclear;

- supresión del colonialismo;
- respeto de la soberanía nacional.

Todas estas soluciones indirectas pueden mejorar la situación de la mujer en forma tangencial, y en verdad lo que se mejora es la situación de todos los individuos.

Pero lo cierto es que el factor económico, cuya preeminencia se acusa con toda evidencia en los múltiples aspectos de la vida política, influencia en forma decisiva la recíproca situación del hombre y la mujer en el mundo de los derechos y obligaciones.

562. PARTE PRIMERA (ARTÍCULOS 1º A 6º)

a) Definición:

Discriminación contra la mujer es *“toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*.

Esta definición debe ser completada con el segundo párrafo del artículo 4º, que dice: *“La adopción por los Estados parte de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad, no se consideran discriminatorias”*.

b) Eliminación de toda forma de discriminación:

Se establece la obligación de los países miembro de suprimir toda forma de discriminación general.

c) Cláusula programática:

El artículo 5º, siguiendo lo que ya está dicho en la Exposición de Motivos, establece que los Estados parte tomarán todas las medidas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos, y en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

En definitiva, lo que se propugna es una igualdad de oportunidades y responsabilidades frente a la familia y un rompimiento de los moldes tradicionales de la mujer a cargo de las tareas del gineceo y del varón como sostén de la familia. Concuera este propósito con lo dispuesto por las conclusiones del Año Internacional de la Mujer.

563. *PARTE SEGUNDA (ARTÍCULOS 7º A 9º)*

Se encarga de los derechos políticos de la mujer, especificando que ésta tiene:

a) Derecho a voto:

No se debe olvidar que este derecho que hoy nos parece tan obvio, es una conquista posterior a 1920. Así, por ejemplo, se obtiene entre 1931 y 1951 en la Argentina, Barbados, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Haití, Jamaica, Panamá, República Dominicana, el Uruguay y Venezuela, y entre 1951 y 1970 en Bolivia, Colombia, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay y Trinidad Tobago.

b) Derecho a participar:

En partidos políticos, ocupar cargos gubernamentales y asociaciones internacionales.

c) Nacionalidad:

Se prohíbe la pérdida de la nacionalidad por casamiento, e igual derecho de la mujer para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad.

564. *PARTE TERCERA (ARTÍCULOS 10 A 14)*

Tiene una extensión de cinco artículos y se refiere a la no discriminación de la mujer en la educación; al empleo, su retribución y la seguridad social, consignando particular importancia a los derechos de la mujer con motivo de la maternidad.

a) Protección de la maternidad:

Se propugna la creación de guarderías o casas cunas. El artículo 11 en su apartado 2º-c, establece: "Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesario para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños". Es de destacar que, en la mayoría de las leyes de trabajo del mundo, se establece que las fábricas o empresas donde haya un número determinado de mujeres, deben contar con salas cunas, dirigidas por personal especializado, para la atención de los hijos de las obreras o empleadas, mientras las madres se encuentran realizando su trabajo diario.

Nuestro derecho laboral contiene disposiciones específicas de tutela de la madre trabajadora.

b) Acceso al crédito:

Se especifica: "El derecho de la mujer a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de créditos financieros" (art. 13).

c) Trabajo rural:

Se contempla específicamente a la trabajadora rural.

La mujer en el ámbito rural es la que mayor estancamiento ha tenido, y ello juega un papel preponderante en aquellos países con una economía agrícola-ganadera, como la que poseen la mayoría de los países de América Latina. Resulta importante destacar que la legislación por sí misma no implica un cambio en la sociedad, sino que se requieren programas de educación y promoción que la complementen.

565. PARTE CUARTA. DERECHOS CIVILES

Se encuentran comprendidos en dos artículos (15 y 16), que establecen la igualdad de hombre y mujer en cuanto a:

- la elección del nombre y transmisión a los hijos;
- la titularidad y el ejercicio frente a la patria potestad;
- la administración y disposición de bienes durante el matrimonio, y la participación igualitaria en su disolución;
- el mismo derecho para contraer matrimonio;
- la libre fijación del domicilio;
- la invalidez de las promesas de esponsales.

Todos estos puntos están ya contemplados en nuestra legislación, particularmente a partir de la vigencia de las leyes 23.264 y 23.515.

V. DIFERENCIAS SUBSISTENTES ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER EN EL DERECHO PRIVADO ARGENTINO ¹²

566. DIFERENCIAS EN RAZÓN DE LA NATURALEZA

Es indiscutible que el hombre y la mujer no son iguales, y por más que a ésta se le otorguen los mismos derechos como ser humano, físicamente son distintos, lo que conlleva a una diferencia de tratamiento; por lo menos, en el estado actual de la evolución de la ciencia. A saber:

a) Determinación de la maternidad extramatrimonial:

La paternidad matrimonial se demuestra por el reconocimiento o por un pronunciamiento judicial, mientras que la maternidad, a más de

¹² Bibliografía especial: CAUDENET - TALLON, Hélène, "De quelque paradoxe en matière de droit de la famille", *RTDC* 1981-719.

las dos formas antedichas, se acredita con el hecho del parto y la identidad del recién nacido demostrada con un certificado médico u obstétrico (art. 242).

b) Diferencia de edad para contraer matrimonio:

Los hombres pueden contraer matrimonio a partir de los 18 años, mientras que las mujeres adquieren esa capacidad a los 16 años, porque psicológica y físicamente se considera que la mujer madura con anterioridad. Tal diferencia ha sido estimada como contraria a la igualdad de la mujer y suprimida en algunas legislaciones, como la española.

c) Las licencias por parto, lactancia. Prohibición de despido en el período posnatal:

Son derechos de que sólo goza la mujer en el ámbito del derecho laboral, y que están relacionados con la maternidad.

d) Plazo de viudez:

En la Ley de Matrimonio Civil se imponía a la mujer viuda un plazo de diez meses de espera para volver a contraer matrimonio, para evitar problemas con la determinación de la paternidad; ha sido considerado discriminatorio y dejado de lado por la ley 23.515.

567. DIFERENCIAS A FAVOR DE LA MUJER

Si bien en la realidad social la situación de la mujer no ha logrado el reconocimiento aspirado, en el campo de las leyes ésta goza de una serie de prerrogativas de las que carecen los hombres, algunas de ellas justificadas, y otras no. Entre las desigualdades a favor de la mujer, encontramos:

a) Tenencia de los hijos menores de 5 años:

Se prefiere a la madre para otorgar la tenencia de los hijos menores de 5 años (art. 206).

b) Derecho sucesorio de la nuera viuda sin hijos:

La nuera viuda sin hijos hereda a sus suegros, en representación de su marido, en un cuarto de lo que a éste le hubiere correspondido (art. 3576 bis). Este derecho no lo tiene el yerno en la sucesión de sus suegros.

c) Prescripción:

Según el artículo 3970, se suspende la prescripción durante el matrimonio, “cuando la acción de la mujer hubiere de recaer contra el marido, sea por un recurso de garantía, o sea porque lo expusiere a pleitos, o a satisfacer daños e intereses”.

d) Prohibición de donaciones de la esposa al esposo en las convenciones matrimoniales:

El artículo 1217 del Código Civil permite las donaciones del marido a la mujer; de allí se ha interpretado que no son válidas las que hiciese la mujer al esposo. La nota al artículo citado confirma tal interpretación.

e) Diferencias que sólo subsisten en los textos legales:

Existen algunas ventajas para la mujer que sólo se encuentran en la letra de la ley, pero que jurisprudencial y doctrinariamente se han extendido al marido. Ejemplo: artículos 1246, 1247 (régimen de bienes), 1290 (separación de bienes en caso de curaduría de los bienes del marido), 1259 (medidas precautorias sobre bienes durante el juicio de divorcio), 1298 (acción de fraude contra el marido), 1307, 1308, 1309 (efectos de la presunción de fallecimiento sobre la sociedad conyugal).

f) Atribución del hogar conyugal ¹³:

Si bien no surge de la ley, se prefiere a la mujer en la atribución del hogar conyugal en caso de exclusión de alguno de los cónyuges.

g) Carácter discriminatorio de estas diferencias:

El principio de no discriminación por razón del sexo, que está incluido en el Derecho argentino según se verá, hace que algunas de estas diferencias puedan ser calificadas de discriminatorias respecto del varón. Así en el Derecho español se ha considerado que el otorgamiento de pensión a favor de la mujer por razón de orfandad es discriminatoria respecto del varón en la misma condición ¹⁴.

568. DIFERENCIAS DISCRIMINATORIAS

Muy pocas son las diferencias legales respecto de las cuales pueda pretenderse una eliminación en razón de considerarlas discriminatorias en el estado actual de la legislación argentina.

a) Apellido de la mujer casada ¹⁵:

Si bien con la última reforma legislativa ha mejorado su situación, por cuanto no se encuentra obligada a llevar el apellido del marido, no se

¹³ Bibliografía especial: ponencia de MEDINA, Graciela, en la III Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Junín, 1981.

¹⁴ VTCEspaña, 8/4/1991, comentada en ADC 1992-1273.

¹⁵ Bibliografía especial: BETTINI, Antonio, "El nombre de la mujer divorciada", J.A. 1967-II-259; "El nombre de la mujer casada, de la casada divorciada y de la viuda", J.A. 1969-IV-315; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *El nombre. El apellido de la mujer casada*, Buenos Aires, 1983; GRANILLO, Arturo, *El nombre de la mujer casada*, Córdoba, 1953; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "El

ha llegado a la equiparación de su situación con el hombre, porque se coarta la posibilidad de elección del nombre (v. Convención, art. 16).

El uso del apellido marital en forma obligatoria sigue rigiendo en Paraguay, Ecuador y República Dominicana.

b) Apellido de los hijos:

Según la ley de nombre, obligatoriamente el primer apellido de los hijos es el paterno (en contra de la Convención, art. 16, inc. g).

Algunos países han adaptado su legislación sobre nombre al régimen de la convención, estableciendo el denominado *nombre de familia*, que está formado por el apellido de cualquiera de los cónyuges o el de ambos en el orden que estos elijan, y que es el que se transmite a los hijos. Así ha sucedido en España, Francia y Alemania ¹⁶.

c) Apellido de la mujer divorciada:

La mujer divorciada vincularmente que no ejerza profesión o industria no puede seguir usando el apellido del marido.

d) Administración de los bienes gananciales de origen dudoso:

Si bien los bienes gananciales son administrados por el cónyuge titular, los gananciales de titularidad dudosa son administrados por el marido (en contra de la Convención, art. 16, inc. h).

Esta discriminación fue eliminada por la ley 25.781 del año 2003, que ha modificado el artículo 1276 del Código Civil, de tal modo que ahora los bienes de origen dudoso son de administración conjunta, pudiendo el juez dirimir los casos de conflicto.

e) Acción de impugnación de la maternidad:

La acción de impugnación de la maternidad puede ser ejercida por cualquier interesado (art. 262). Mientras que la impugnación de la paternidad matrimonial sólo puede ser ejercida por el marido y por el hijo y sus herederos.

La acción de impugnación de la maternidad puede ser ejercida en cualquier tiempo, mientras que la acción de impugnación de paternidad tiene un plazo de caducidad de un año.

apellido de la mujer casada y la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento", *J.A.* 1975-25-404.

¹⁶ Bibliografía especial: FURKEL, F., "L'arret de la Cour Constitutionnelle de Karlsruhe du 8 mars 1988 et la constitutionnalité des dispositions allemands sur le nom conjugal", *RIDC*, 1988-859; "La réforme du nom en Allemagne", *RIDC*, 1994-1135; JAJME, Erik, "Cognome e diritto de famiglia nella recente riforma tedesca", *RDC*, Parte 1^a, pág. 71; MASSARI, I., "Il cognome di famiglia nella recente riforma tedesca", *RDC*, 1994-Parte 2^a-573; HAUSER, Jean, su comentario en *RTDC*, 1993-557; SERRANO FERNÁNDEZ, María, "Régimen jurídico del nombre y de los apellidos en el derecho español", *RDP*, 2001-687; GARÉ, Thierry, "La loi relative à la dévolution du nom de famille", *LSJ*, 23/7/2003.

CAPÍTULO XV

ESTADO CIVIL

I. ESTADO CIVIL: CONCEPTO Y ELEMENTOS ¹

569. INTRODUCCIÓN

La palabra *estado* alude a la situación en que está una persona o una cosa. Ésta es su primera acepción y, probablemente, el sentido que coincide con la noción vulgar más generalizada.

De hecho, en todas sus acepciones, la palabra *estado* alude a una posición o posicionamiento de una persona o cosa, variando solamente el punto de referencia respecto del cual esa persona o cosa está situada o posicionada.

Así, *estado* evoca varios conceptos, que van desde el estado del tiempo hasta el estado como entidad política, por lo que el propósito de esta introducción es definir lo que significa para el Derecho.

570. DE LOS TRES STATUS ROMANOS AL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS EN EL DERECHO MODERNO

La palabra estado viene de la locución latina *status*. Esta última, a más de haber derivado en el término “estado”, también ha pasado a formar parte de nuestro vocabulario para designar un concepto de perfiles más nítidos. Se dice así que tal persona tiene *status*, que tal conducta no responde al *status* de la persona, etcétera.

La palabra *status* en el idioma castellano alude pues al estado, pero al estado en el sentido de posicionamiento social.

En realidad pues, el vocablo castellano que se corresponde con la locución romana *status* es “estado”.

¹ Bibliografía general: la citada en la nota 1 del cap. VIII; además: DÍAZ DE GUJARRO, Enrique, *Tratado de derecho de familia*, cap. I, Buenos Aires, 1953; BELLUSCIO, Augusto C., *Derecho de familia*, cap. III, Buenos Aires, 1979, pág. 43 y sigs.; MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *Derecho de familia*, Buenos Aires, nros. 12 y sigs., a partir de pág. 51; GUASTAVINO, Elías P., “Registro del estado civil y capacidad”, *J.A.* 1964-II-Doct. 40.

La significación semántica de ambos términos —*status* del Derecho Romano, estado de derecho actual— tiene sutiles diferencias. La relevancia jurídica de los conceptos que dichos vocablos representan es sustancialmente diversa.

En Roma se aludía a tres *status*: el *status libertatis*, el *status civitatis* y el *status familiae*. El primero hacía referencia a la calidad de hombre libre de la persona; el segundo, a la calidad de ciudadano romano; y el tercero, a la posición que ocupaba la persona dentro de la familia.

Es importante hacer notar que, para el Derecho Romano, en especial para el primitivo Derecho Romano, sólo era persona aquel que reunía en sí la triple calidad de hombre libre, ciudadano romano y *sui iuris*. De modo que los tres *status* eran los vértices del triángulo en que se basaba la personalidad. Esta necesaria conjunción de los tres *status* generaba en cada uno de ellos un carácter peculiar: cada uno de los tres *status* era constitutivo de la personalidad.

En realidad, la diferencia fundamental con el Derecho moderno radica en la posibilidad que existía en Roma de que determinados seres humanos carecieran de algunos de estos *status*, y la relevancia que esa carencia tenía.

Para el Derecho moderno no hay esclavos, y los derechos de los ciudadanos no difieren esencialmente de aquellos que no lo son (v. *supra*, n.º 305). En cuanto a la posición que las personas ocupan dentro de la familia, ésta guarda su importancia, pero, sin lugar a dudas, no depende de ella el carácter de persona de los seres humanos. Y en el ámbito del derecho privado, carece de relevancia ser ciudadano nacional o extranjero (art. 20 CN; art. 53, Cód. Civ.).

Como corolario de lo expuesto, tenemos que para el Derecho moderno sólo uno de los *status* romanos conserva relevancia: el estado de familia.

571. ESTADO CIVIL Y ESTADO DE FAMILIA

La doctrina nacional muestra dos corrientes de opinión acerca del contenido de la noción de estado.

a) Noción amplia de estado:

Para algunos el estado es una noción amplia que refiere al posicionamiento del sujeto con relación por lo menos a tres grupos de calidades que influyen en la capacidad del sujeto:

— con relación a sí mismo, en donde influye la edad y la salud; así, se puede ser mayor o menor de edad; sano o insano (demente, sordomudo que no sabe darse a entender por escrito, ebrio consuetudinario o toxicómano, disminuido en las facultades o pródigo); hombre o mujer;

— con relación a la sociedad en general, señalándose al respecto que constituyen elementos que determinan el estado, la nacionalidad,

con lo cual puede ser nacional o extranjero, y la profesión, con lo cual puede ser militar, eclesiástico, magistrado, comerciante, etcétera;

— con relación a la familia, lo que da lugar al denominado estado de familia.

b) Noción restringida:

Una corriente de opinión importante en cambio reduce la noción de estado al estado de familia (Orgaz, Llambías, Spota, Arauz Castex, Zannoni), afirmando que éste es el criterio del Código Civil; así, se afirma, los artículos 845 y 1001 expresamente aluden al “estado de familia”, y otros preceptos se refieren a la palabra “estado” en este sentido (arts. 325, 846, 847, 4019, inc. 9º, etc.).

c) Nuestro criterio:

En realidad ninguna de las dos opiniones expresadas es descartable.

Es indudable la relación que existe entre capacidad y estado, toda vez que éste influye en aquél decisivamente (v. *supra*, nº 371). Por lo tanto, la calidad de mayor o menor edad, sano o demente, comerciante, militar o sacerdote profeso, influye en la capacidad de hecho o de derecho del sujeto (v. gr., el magistrado no puede ejercer el comercio, el sacerdote profeso no puede contratar sino para su convento), o en la imposición legal de ciertas obligaciones (por ejemplo, el comerciante tiene obligaciones impuestas por la ley mercantil, como son la de matricularse y llevar contabilidad regular). En cambio el ser nacional o extranjero carece hoy de relevancia en el ámbito del derecho privado (art. 53).

Pero a la vez, es cierto que cuando el Código Civil alude al estado, lo hace, al menos como regla general, refiriéndose al estado de familia; y es este también el entendimiento del profano que requerido sobre su “estado civil”, responderá automáticamente: soltero, casado, viudo o divorciado.

Por lo tanto, a partir de este momento, nos referiremos al estado limitándolo al concepto de estado de familia.

572. CONCEPTO

La doctrina nacional es bastante anárquica cuando se trata de definir al estado de familia.

Una noción que se ha difundido extensamente, alude al estado como una posición o situación que el sujeto tiene dentro de la familia (Díaz de Guijarro, seguido por Borda).

Otros autores aluden al conjunto de derechos y obligaciones que dimanen de un vínculo familiar y que atribuyen a la persona una determinada posición dentro de la familia (Mazzinghi).

En la misma corriente de opinión, Zannoni define al estado como “el conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos que correspon-

den a las personas en razón de su emplazamiento familiar, los que, por estar a ellas atribuidos, procuran la tutela de su individualidad familiar (como persona) ante el orden jurídico". De allí Zannoni expone la vinculación que existe entre estado de familia y relación jurídica familiar; porque —afirma— el estado es la particular atribución a la persona, efectuada por el ordenamiento jurídico, como sujeto de relaciones familiares.

En nuestra opinión, la noción de estado de familia se refiere directamente al emplazamiento en la familia, a la posición que se tiene en ella; y de la cual surgirán relaciones jurídicas familiares cuyo contenido serán derechos y deberes.

Por lo tanto, podemos definir al estado de familia como la posición que ocupa el sujeto con relación a la familia, que actúa como causa de relaciones jurídicas familiares cuyo contenido son deberes y derechos, generalmente recíprocos.

573. EXTENSIÓN DE LA NOCIÓN "ESTADO DE FAMILIA"

Antiguamente un sector de la doctrina circunscribía la noción de estado de familia a las relaciones derivadas de la filiación y, en particular, de la filiación legítima.

Si bien tal concepción podía encontrar andamio en algunas disposiciones del Código que limitaban los vínculos familiares a los legítimos, hoy se encuentra absolutamente superada, y no sólo por la derogación de tales preceptos, sino también porque resulta claro que las relaciones conyugales y las parentales también forman parte de la noción de estado de familia.

Así, el estado de familia se determina con relación a:

- el matrimonio, con lo que se puede ser: soltero, casado, viudo, divorciado, separado personalmente, separado de hecho;
- las relaciones parentales, que se distinguen en tres grupos:
 - parentesco consanguíneo, que es el que une a personas que tienen vínculo de sangre;
 - parentesco adoptivo, que se crea por imperio legal cuando una adopción es concedida judicialmente;
 - parentesco por afinidad, que es el que se tiene con los parientes consanguíneos del cónyuge.

573.1. ESTADO Y CAPACIDAD

La relación entre las nociones de capacidad y estado ha sido expuesta *supra*, número 371, al que remitimos.

574. NATURALEZA

El estado es uno de los atributos de la personalidad (v. *supra* n° 365), y como tal, pertenece a toda persona, aun cuando ésta carezca de familia, como puede ser el hijo de padres desconocidos que se conserva soltero.

575. CARACTERES ²

Díaz de Guijarro ha hecho un examen cuidadoso de los caracteres del estado civil, y los autores más modernos siguen sus enseñanzas (así Belluscio y Zannoni).

De acuerdo con su exposición, el estado presenta los siguientes caracteres:

a) Universalidad:

Como ya se ha explicado, todo emplazamiento familiar genera un estado de familia; es decir que no se limita a la filiación, ni menos a los emplazamientos legítimos.

b) Unidad:

También alude a la indiferencia del estado con relación a la calificación de los vínculos en legítimos e ilegítimos. Derogados los textos originarios de los artículos 365 y 366, el actual artículo 240 (según ley 23.264) dispone: “...*La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*” (Zannoni).

c) Indivisibilidad:

El estado es indivisible, en el sentido de que no puede ser dividido o escindido con relación a distintos sujetos interesados en el mismo. Así, hasta la sanción de la ley 14.367, el hijo de una persona casada y otra soltera, era adulterino para ambos. Y hoy en día el hijo concebido mediante impedimento matrimonial dirimente (v.gr., impedimento de ligamen), es matrimonial para ambos cónyuges si uno de ellos ha sido de buena fe (art. 222).

d) Correlatividad:

Ciertos estados son comunes a dos personas; por ejemplo, el de cónyuges, el de padre e hijo, el de hermanos, etcétera. Ello se expresa diciendo que el estado es correlativo: al de padre corresponde el de hijo, al de esposo el de esposa, etcétera. Por ello estos estados causan deberes y de-

² Bibliografía especial: DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *Tratado de derecho...*, cap. II, págs. 385 y sigs.

rechos generalmente recíprocos. Decimos "generalmente" porque en algunos casos esa reciprocidad falta; así sucede en el caso del derecho hereditario de la nuera viuda sin hijos (art. 3576 bis).

Otros estados no admiten tal calificativo: viudo, soltero.

e) Oponibilidad:

El estado es oponible *erga omnes*, lo que se manifiesta a través del ejercicio de los derechos que de él emanan o cuando medie su invocación ante quienes pretendan desconocerlo o menoscabarlo (Belluscio).

f) Estabilidad:

El estado tiene permanencia, es decir que subsiste mientras no acaezca un hecho o un acto jurídico que produzca su modificación o extinción; como pueden serlo la muerte, el matrimonio, el divorcio, etcétera. Es decir que si bien es estable no es inmutable.

g) Inalienabilidad:

Se manifiesta en dos aspectos principales:

— Intransmisibilidad; obviamente el estado no es transmisible por actos jurídicos; así nadie podría ceder su calidad de esposo o de hijo.

— Intransigibilidad; el artículo 845 dispone que "*no se puede transigir sobre contestaciones relativas a la patria potestad, o a la autoridad del marido, ni sobre el propio estado de familia, ni sobre el derecho que corresponda reclamar al estado que corresponda a las personas, sea por filiación natural, sea por filiación legítima*".

Sin embargo, esta última regla tiene excepciones:

— el artículo 843 dispone que no se puede transigir sobre cuestiones de validez o nulidad de matrimonio, a no ser que la transacción sea a favor del matrimonio;

— el artículo 335, inc. d), autoriza la revocación de la adopción por mutuo acuerdo; se considera que ello autoriza también las transacciones sobre la materia (Belluscio, Zannoni);

— el artículo 846 establece: "*La transacción es permitida sobre intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona, aunque éste sea contestado, con tal que al mismo tiempo la transacción no verse sobre el estado de ella*". Si la transacción fuese simultánea sobre el estado de la persona, será de ningún valor, háyase dado un solo precio, o una sola cosa, o bien un precio y una cosa distinta por la renuncia del estado, y por el abandono de los derechos pecuniarios (art. 847).

De acuerdo con este criterio, la jurisprudencia ha admitido la validez de las transacciones celebradas sobre bienes hereditarios si no implicaba renuncia al estado civil invocado por las partes³.

³ C1ª Apel. La Plata, 12/3/1948, J.A. 1948-I-455; CNCiv., Sala D, 10/8/1951, L.L. 66-86; SCBuenos Aires, 3/7/1956, L.L. 85-240; id. 11/3/1969, J.A. 1969-3-634.

h) Irrenunciabilidad:

Tal característica emana de distintos dispositivos del Código. Así, los artículos 19 y 872 excluyen la renuncia de derechos que interesan al orden público; el artículo 251 impide renunciar al derecho de reclamar o impugnar la filiación; el artículo 230 declara nula la renuncia del cónyuge a reclamar el divorcio o la separación personal.

Zannoni señala dos excepciones a esta regla.

— los cónyuges separados de cuerpo mediante decisión judicial pueden reconciliarse (art. 234), cesando los efectos de la separación; hay, dice Zannoni, una verdadera renuncia al estado de separados que se admite en aras del matrimonio;

— en materia de adopción, los padres de sangre que hubiesen manifestado judicialmente su voluntad de que su hijo fuera adoptado, no son citados al juicio de otorgamiento de guarda (art. 317, inc. a).

i) Imprescriptibilidad:

El estado es imprescriptible, en el sentido de que no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo.

Pero ello no obsta a que en beneficio de su estabilidad, ciertas acciones de estado estén sometidas a plazos de caducidad.

j) Inherencia personal:

El estado es inherente a la persona, por lo que los terceros están excluidos del ejercicio de los derechos y deberes que emanan de la relación jurídica familiar causada en el emplazamiento en un determinado estado de familia.

• Zannoni destaca que este carácter se manifiesta en dos aspectos:

— Intransmisibilidad sucesoria: los derechos y obligaciones resultantes del estado no se transmiten a los herederos (arts. 498 y 3417);

Hoy quizá cabría señalar como excepción el supuesto del artículo 203, que impone como carga a los herederos el sostenimiento del cónyuge enfermo.

— Inexistencia de subrogación: no es admisible que los acreedores puedan ejercer los derechos que emanan del estado, salvo cuando se trata de atribuciones puramente patrimoniales; así el acreedor podría subrogarse en la acción de colación (art. 3478), solicitar la partición de la herencia (arts. 3452 y 3465, inc. i), o la revocación de la renuncia de la herencia (art. 3339).

576. EFECTOS

El estado de las personas produce los siguientes efectos:

— sirve para determinar el número y la naturaleza de los derechos y las obligaciones que incumben a las personas. Así el matrimonio crea

entre los esposos derechos y obligaciones que no existen entre los concubinos; el parentesco es una fuente de derechos y obligaciones que no existen con relación a las personas extrañas; especialmente deben tenerse presente los importantes derechos que se derivan de la sucesión y la obligación alimentaria; son distintos los derechos y obligaciones que existen entre padres e hijos que los que existen entre hermanos;

— influyen en la capacidad y el nombre de las personas;

— origina un derecho subjetivo a favor de la persona por el cual ésta puede proteger su estado a través de las llamadas acciones de estado;

— impone el deber de denunciar la orfandad o vacancia de la tutela de los parientes menores de edad (art. 378); y de denunciar la demencia de los parientes bajo sanción de indignidad (art. 3295);

— determina incapacidades de derecho (v.gr. arts. 1359 y 1361, inc. 1º; 1358) en algunos supuestos;

— en el derecho procesal es motivo de excusación o recusación (arts. 17 y 39, CPN); y de imposibilidad para declarar como testigo (art. 427, CPC);

— en el orden penal puede resultar factor eximente o agravante en la comisión de determinados delitos (art. 185 y 80, CPN).

577. TÍTULO DE ESTADO DE FAMILIA

a) *Concepto material:*

El estado de familia supone la existencia de un vínculo biológico o jurídico.

Así el estado de padre y de hijo se funda en el hecho biológico de la procreación; las sucesivas procreaciones entre los mismos padres genera el estado de hermanos, y así se causan otros estados parentales nacidos del vínculo de sangre.

Otros estados se causan en un acto jurídico; verbigracia, el estado de casado y los parentescos por afinidad encuentran su causa en el acto jurídico matrimonial.

Estos acontecimientos, hechos o actos jurídicos, causan el emplazamiento en el estado de familia, y constituyen el título del estado de familia en sentido material o sustancial.

b) *Concepto formal:*

A su vez, estos acontecimientos deben estar asentados en documentos públicos (partidas) que son el título formal del estado de familia (sobre el concepto de partida, v. *infra*, nº 588).

De este modo, el título sustancial o material del estado de hijo lo constituye el hecho jurídico del nacimiento, y el título formal está dado por la partida en la cual consta ese hecho jurídico.

Cabe puntualizar que el título formal puede estar dado por una sola partida (v. gr. la de nacimiento cuando se trata del estado de hijo o padre), o por un conjunto de instrumentos públicos, como sucede cuando se trata de probar el estado de nieto o sobrino, supuesto en el que deben acreditarse distintos emplazamientos materiales.

c) Título de estado por sentencia judicial:

Por otra parte, las partidas no son el único título formal. Es que una sentencia judicial recaída en una acción de estado que, a título de ejemplo, reconozca la existencia de una filiación de un matrimonio, constituye título suficiente del estado de familia (arg. art. 246, inc. 2º). La posterior inscripción en el Registro Civil tiene una función de publicidad formal, pero la sentencia en sí ya es título del estado de familia (conf. Belluscio, Zannoni).

d) Título de estado por otros medios:

Nuestro Código Civil admite el reconocimiento de hijos efectuado por instrumento público o privado reconocido (art. 248, inc. 2º, texto según ley 23.264), el cual es irrevocable (art. 249).

Para Belluscio el reconocimiento efectuado en instrumento público constituye título del estado de familia. Sin embargo, observa bien Zannoni que, si bien el reconocimiento así efectuado hace plena fe y es irrevocable, no es suficiente para considerarlo como título del estado civil en sentido formal, puesto que el reconocimiento requiere la inscripción en el Registro Civil, que viene a operar como un control de legalidad. Y señala como ejemplo, que se hubiera reconocido como hijo a alguien que ya está inscripto como hijo de otro; en ese caso, apunta Zannoni, el reconocimiento —aun efectuado por escritura pública— carece de virtualidad si, previamente, no se ha ejercido una acción de impugnación del primer reconocimiento (art. 40, dec. 8204/1963).

De modo que concluimos en que el título formal del estado de familia está dado sólo por las partidas o las sentencias dictadas en acciones de estado.

e) Título y prueba del estado civil:

El título constituye el medio de prueba inexcusable del estado civil a los efectos de su oponibilidad *erga omnes*. De modo que el matrimonio, la filiación, etcétera, se prueban exclusivamente por las respectivas partidas que los acrediten.

Sin embargo, es muy posible que tales partidas no puedan obtenerse; verbigracia porque el nacimiento no fue inscripto o por dificultades para obtener la partida (como sucede con los nacimientos producidos en países lejanos) o por otras razones (v. arts. 85, 87, 108 y 197).

En esos casos, es preciso recurrir a la prueba supletoria, a través de la cual se tendrá que acreditar la existencia del hecho o acto jurídico que da lugar al emplazamiento en el estado de familia (título en sentido material), para que se autorice la inscripción en el Registro Civil (título en sentido formal) (v. *infra*, nº 595).

578. POSESIÓN DE ESTADO ⁴

a) Concepto:

La posesión de estado consiste en el disfrute de un determinado estado de familia, sin que la persona tenga título para ese estado.

Así, goza de posesión del estado de hijo quien, sin estar inscripto como tal, recibe de otra persona el trato de hijo, pudiendo también llevar su apellido, públicamente o no. También existe posesión de estado de cónyuges entre quienes aparentan serlo pero en realidad conviven en situación de concubinato. Con ello dejamos expuesto que la posesión de estado de familia no se limita a la filiación.

b) Elementos:

Los autores han coincidido en señalar que, al menos con relación al estado de hijo, históricamente se han requerido por lo menos tres elementos para que la persona goce de la posesión de un estado civil. Ellos son:

— *nomen*: es decir que la persona lleve el apellido de aquel con respecto al cual se comporta como hijo;

— *tractatus*: que la persona reciba el trato de hijo;

— *fama*: que el sujeto reciba públicamente tal trato y ello haga que el resto de la gente conozca tal circunstancia.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han reelaborado estos elementos, apuntándose que tanto el *nomen* como la *fama* son menos trascendentes que el trato, particularmente cuando se pretenda acreditar una relación de filiación extramatrimonial.

c) Posesión de estado y estado aparente de familia:

La posesión de estado importa, independientemente de su titularidad, la apariencia de ese estado (Zannoni).

Sin embargo, esa apariencia puede presentarse en dos circunstancias distintas:

⁴ Bibliografía especial: DÍAZ DE GULJARRO, Enrique, "La posesión de estado: carácter irrevocable y valoración cualitativa", *J.A.* 1948-III-108; "El estado aparente de familia", *J.A.* 1953-III-Doct. 3; "El título de estado de familia y sus efectos propios", *J.A.* 1955-IV-266; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "La acción de filiación extramatrimonial del hijo póstumo", *L.L.* 1982-D-333.

— que la apariencia creada por la posesión de estado no coincida con el título del estado de familia, como sucede en la relación de concubinato. La doctrina nacional lo denomina estado aparente de hecho;

— que la apariencia creada por la posesión de estado coincida con el título de estado de familia, pero que éste carezca de alguno de los elementos que hacen a su validez; así sucede en el matrimonio putativo, que mientras no sea anulado produce sus efectos como tal (arts. 221 y 222). En la doctrina nacional, se lo denomina estado aparente de derecho.

d) Efectos de la posesión de estado con relación al estado de hijo:

A partir de la sanción de la Ley de fe de erratas (v. *supra*, nº 222), el artículo 325 establecía que, para promover una acción de filiación extramatrimonial con posterioridad a la muerte del presunto padre, era recaudo indispensable la prueba de la posesión de estado.

Este precepto fue derogado por la ley 23.264, pero el actual artículo 256 dispone que *“La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico”*.

De donde la posesión de estado sigue teniendo una importancia significativa en las acciones de filiación —equiparada legalmente al reconocimiento expreso— sin distinción acerca de la supervivencia o no del padre.

e) Importancia de la posesión de estado con relación al estado de cónyuge:

El artículo 101 de la Ley de Matrimonio Civil 2393 disponía que: *“La posesión de estado no puede ser invocada por los esposos ni por los terceros como prueba bastante, cuando se trata de establecer el estado de casados o de reclamar los efectos civiles del matrimonio. Cuando hay posesión de estado y existe el acta de la celebración del matrimonio, la inobservancia de las formalidades prescriptas no podrá ser alegada contra su validez”*.

La norma ha sido transcrita como segundo párrafo del artículo 197 del Código Civil (texto según ley 23.515).

Se advierte nuevamente la importancia de la posesión de estado, en cuanto su acreditación junto a la constancia de un acto inválido, sirve para sanear esa invalidez formal (conf. Llambías).

Amén de ello, señala Zannoni que el concubinato ha venido a erigirse en fuente de situaciones jurídicas relevantes para la adquisición de ciertos derechos. Así sucede en los siguientes casos:

— el artículo 9º de la Ley de Locaciones Urbanas 23.091 dispone que, en casos de abandono de la locación o fallecimiento del locatario, son continuadores de la locación *“quienes acrediten haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar”*, advertimos que la norma no se limita a amparar al concubino sino a cualquier otro que haya recibido

“trato familiar”, con tal que haya convivido con el locatario fallecido o abandonante;

— en materia previsional, la legislación ha ido paulatinamente reconociendo el derecho a pensión de quien ha convivido con el beneficiario de una prestación de esa índole (leyes 23.226 y 23.570);

— el artículo 3573 (texto según la ley 17.711) establece que: “*La sucesión deferida al viudo o viuda..., no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho*”, por lo que quien invoque esa solución excepcional deberá acreditar la posesión de estado de cónyuge.

II. ACCIONES DE ESTADO ⁵

579. CONCEPTO

Belluscio define a las acciones de estado como “las acciones judiciales que implican controversia sobre el estado de familia, es decir, las que se dirigen a obtener pronunciamiento judicial sobre el estado de familia correspondiente a una persona”.

580. APLICACIONES

Siguiendo la noción anterior, las acciones de estado pueden dirigirse a:

— comprobar un estado de familia, de modo que de resultar acreditado se otorgue a quien la ejerce un título de estado de familia; entre éstas se encuentra la acción de reclamación de filiación (matrimonial o extramatrimonial), la acción de adopción (simple o plena), y la acción de reclamación de estado matrimonial cuando falta el acta de celebración (art. 197) (Zannoni);

— extinguir un título de estado de familia, entre las que se hallan la acción de divorcio vincular, de nulidad de matrimonio, de nulidad de adopción, de desconocimiento de la paternidad o la maternidad;

— modificar el estado de familia de que se goza; por ejemplo, la acción de separación personal.

⁵ Bibliografía especial: BELLUSCIO, Augusto, *op. cit.* en nota 1, cap. IV, págs. 77 y sigs.; DÍAZ DE GUJARRO, Enrique, *op. cit.* en nota 1, cap. II, págs. 442 y sigs.; FASSI, Santiago J., “Las acciones de estado”, en *Estudios de Derecho de Familia*, Buenos Aires, pág. 31; “Autonomía de la acción de estado acumulada a otra acción típica”, *L.L.* 107-90; DÍAZ DE GUJARRO, Enrique, “La cosa juzgada de las acciones de estado”, *J.A.* 45-335; 1942-II-612; 1949-IV-475; “Imprescriptibilidad del estado de familia y caducidad de las acciones de estado”, *J.A.* 1953-III-Doct. 3.

581. ACCIONES QUE NO SON ACCIONES DE ESTADO

No son acciones de estado y por ende no están sometidas a las reglas propias de éstas, las acciones de rectificación de partidas del registro civil, ni las denominadas acciones de ejercicio de estado, que son aquellas que importan poner en acción los derechos que emergen de las relaciones jurídico familiares: acción de alimentos, de fijación de régimen de visitas, de tenencia de hijos.

582. ACCIONES DE ESTADO CONSTITUTIVAS Y DECLARATIVAS

Belluscio ha efectuado numerosas y precisas clasificaciones de las acciones de estado, pero dado que el estudio detallado de esta materia corresponde al derecho de familia —al que interesa más directamente—, nos limitaremos a puntualizar la distinción entre las acciones constitutivas y declarativas.

a) Acciones constitutivas:

Son definidas por Belluscio como aquellas que tienden a obtener una sentencia que cree un estado de familia nuevo o extinga o modifique el existente, y ellas son las acciones de divorcio y de filiación adoptiva.

b) Acciones declarativas:

Son las que se dirigen a obtener el reconocimiento de un estado de familia anteriormente existente. Las distintas acciones de filiación integran esta categoría.

c) Diferencia entre ambas:

La diferencia fundamental que existe entre ambas categorías radica en el carácter retroactivo que se asigna a las sentencias dictadas en las acciones declarativas, que no existe en las acciones constitutivas.

583. AUTORIDAD DE COSA JUZGADA EN MATERIA DE ACCIONES DE ESTADO

Es evidente que, si a través de una sentencia judicial se le reconoce determinado estado a alguien, los efectos de esa sentencia pueden repercutir en el interés de otros que no participaron en el proceso a que dicha resolución puso fin.

Pongamos por ejemplo: si A entabla un juicio contra B por reconocimiento de filiación, y de la sentencia resulta que A es hijo de B, C, que a la sazón era único hijo y que no participó en el proceso, ¿debe resignar-

se a ver reducidas a la mitad sus perspectivas sucesorias? En otras palabras: la sentencia recaída en un juicio de estado civil ¿tiene efectos entre partes o *erga omnes*? En esto radica la cuestión, y al respecto se han elaborado diversas teorías, tanto en el Derecho extranjero como en el nacional. Pasaremos revista a alguna de ellas.

a) Teoría del contradictor legítimo:

Para quienes sostuvieron esta teoría (Cujas, D'Argentré), la sentencia recaída en un juicio sobre el estado civil tiene efectos contra todos siempre que el proceso se haya seguido con un "opositor legítimo".

Ahora bien, el problema está en determinar quién es el contradictor u opositor legítimo.

D'Argentré sostuvo que es quien tiene el primero y principal interés; verbigracia, en una acción de filiación deducida por quien pretende el emplazamiento en el estado de hijo, el contradictor legítimo es aquel a quien se atribuye ser el padre. De modo que declarada la filiación en juicio seguido entre presunto padre y presunto hijo, la sentencia haría cosa juzgada *erga omnes*.

Esta teoría supone la ficción de postular una representación acordada por todos los demás interesados a quien se considera el contradictor legítimo. Dicha ficción, y la circunstancia de que la nitidez con que se distingue la figura del contradictor legítimo se diluye a medida que se aleja el parentesco en juego, produjeron el abandono de esta opinión a mediados del siglo pasado.

b) Teoría del valor relativo de la cosa juzgada:

Los defensores de esta tesis (Aubry-Rau, Demolombe, Laurent, Baudry Lacantinerie, Planiol), afirman que las sentencias recaídas en los juicios referentes al estado civil no difieren esencialmente de las demás sentencias, y por lo tanto, sus efectos sólo deben extenderse a quienes fueron parte en el juicio.

Sin embargo, reconocen numerosas excepciones a dicho principio.

— la sentencia tiene efecto frente a todos los herederos de las partes;

— tiene efectos *erga omnes*, si han intervenido en el juicio todos los parientes vivos. Esto significa que extiende sus efectos aun respecto de los parientes que nazcan con ulterioridad;

— tiene también efectos *erga omnes*, si la acción era de titular individual (como la acción de nulidad de matrimonio o el desconocimiento de la paternidad en vida del padre);

— o si se trata de una sentencia constitutiva (v.gr. divorcio o extinción de la paternidad).

c) Teoría del valor absoluto de la cosa juzgada:

Otros autores sustentan el valor *erga omnes* de la cosa juzgada en el carácter indivisible del estado civil. Una persona es padre de otra o no lo es, etcétera.

Ésta es una teoría convincente, basada en el principio filosófico de no contradicción (nada puede ser y no ser al mismo tiempo y desde el mismo punto de vista).

Ha pretendido ser refutada por Planiol, quien afirmó que si bien el estado es indivisible, la prueba que pueda rendirse para acreditarlo no lo es. El argumento, como afirma Llambías, exhibe una desproporción entre las premisas y la conclusión. El hecho de que la prueba pueda ser rebatible no afecta el valor de la cosa juzgada, cuyo fin es precisamente, "consagrar" los resultados de la prueba por imperfecta que haya sido, en aras de la seguridad jurídica.

Abonando la crítica de Llambías, podemos sostener que la refutación de Planiol parece enderezarse a la crítica de la cosa juzgada en sí misma más que a la posibilidad de que ésta surta efectos *erga omnes*. En efecto, si la prueba es endeble y rebatible, no sólo lo es respecto de los que no han participado en el juicio, sino también de quienes sí lo han hecho. Es muy cierto que los primeros tienen la posibilidad fáctica de aportar nuevas probanzas y esto les está jurídicamente impedido por la extensión a su respecto de los efectos de la cosa juzgada. Pero no es menos cierto, que quienes ya han sido vencidos, también podrían en los hechos lograr nuevas pruebas y también están impedidos de hacerlo por la fuerza de la cosa juzgada. Por supuesto que debe reconocerse que los primeros no han tenido siquiera una oportunidad de hacer valer sus pruebas, pero esa no es una cuestión atinente al valor que debe otorgársele a la prueba, sino al derecho de cuestionar la oponibilidad del título creado o reconocido por la sentencia que se ha dictado en un proceso en que no han sido partes. Por ello, la cuestión es tratada por los autores contemporáneos desde este punto de vista, como veremos seguidamente.

d) Teorías modernas:

En las doctrinas italiana y francesa actuales, prevalece la tesis según la cual hay que distinguir entre los efectos de la cosa juzgada y la oponibilidad del título que la sentencia constituye o modifica. La sentencia, como título, tiene efectos *erga omnes*, aunque como todo título puede ser impugnado por quienes no han sido partes en el proceso en la que se dictó (Cicú, Marty - Raynaud, Colin - Capitant). Esta tesis tiende a prevalecer en la doctrina nacional, y así es sostenida entre otros por Belluscio, Zannoni, Mazzinghi, Rébora, Busso y Fassi.

III. PRUEBA DE LA EXISTENCIA Y DEL ESTADO DE LA PERSONA ⁶

584. *IMPORTANCIA DE LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA Y HECHOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO DE LAS PERSONAS*

A nadie escapa la importancia que reviste para la sociedad el solo hecho de la existencia de una persona. Por el solo hecho de existir, nacen en cabeza de la persona un plexo de derechos cuya atribución la constituye precisamente en ese carácter.

La misma invocación de esos derechos implica alteridad, alude necesariamente a la existencia de otro sujeto como término de la relación jurídica. La atribución de un derecho en cabeza de un ente se formula a partir de un reconocimiento de que actúan otros entes. De allí que para que estos últimos puedan formularlo es necesario que conozcan fehacientemente el acaecimiento de los hechos que constituyen el fundamento fáctico de esos derechos.

Esos derechos pueden además, ser modificados, si ocurren determinados hechos o si se realizan determinados actos que alteren de algún modo el estado civil de las personas.

De allí la importancia que en la vida social y en el Derecho revisten la existencia y el estado de las personas, y de ahí la necesidad de probar ambos extremos en forma fehaciente (Salvat).

La forma adecuada de hacerlo es mediante la registración del nacimiento, la muerte y de toda otra circunstancia que pueda modificar el estado de las personas. Dicha función es asumida por lo que vulgarmente se conoce como Registro Civil, institución cuyos orígenes se remontan a la antigua Roma.

585. *ANTECEDENTES HISTÓRICOS*

a) Orígenes:

Según afirma Dionisio de Halicarnaso, el primer registro de esa índole habría sido creado por el rey Servio Tulio, quien lo habría encomendado a un colegio sacerdotal.

En épocas de Marco Aurelio, el registro pasó a ser llevado por funcionarios civiles, en un proceso de secularización semejante al que, siglos más adelante, se produciría respecto de los registros llevados por la Iglesia Católica.

⁶ Bibliografía especial: la citada en la nota 1 del cap. VIII; DÍAZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús, *Síntesis sobre nacionalidad y Registro Civil*, Madrid, 1978.

b) Los registros eclesiásticos:

La Iglesia asumió la tarea de llevar dichos registros con la caída del Imperio Romano de Occidente, tal como sucedió con multitud de otras funciones e instituciones que, de no ser por ella, no habrían sobrevivido a la invasión bárbara.

Así, durante siglos la anotación de los bautismos, matrimonios y defunciones en las parroquias fue el único registro que se llevó respecto de la existencia y estado de las personas.

Esto tenía el inconveniente de que quienes no profesaban la religión cristiana carecían de toda constancia referente a su estado civil. Por eso, al establecerse en Francia la libertad de cultos, se creó un registro especial para disidentes.

c) La secularización ⁷:

Con la Revolución Francesa se produce la secularización de los registros, los que pasan a ser llevados por el Estado. Este proceso fue posiblemente suscitado por el fuerte espíritu anticlerical que inspiró a la Revolución, y a la vez respondió a que el Estado no podía desentenderse de la prueba de hechos tan trascendentes.

d) Nuestro Derecho:

En nuestro país la prueba de la existencia y el estado civil de las personas se llevó a cabo mediante las llamadas partidas parroquiales, que eran copias expedidas por los párrocos de los asientos obrantes en los libros de cada parroquia. En 1833 Viamonte creó un Registro Civil para disidentes, ejemplo que fue seguido por otras provincias.

Recién con la sanción del Código Civil se produjo la secularización de los registros, dispuestas por los artículos 79 y 80, que eliminan para el futuro el valor probatorio de las partidas parroquiales.

El texto de dichos artículos dispone:

Artículo 79: *“El día del nacimiento, con las circunstancias del lugar, sexo, nombre, apellido, paternidad y maternidad, se probará en la forma siguiente”:*

Artículo 80: *“De los nacidos en la República, por certificados auténticos extraídos de los asientos de los registros públicos, que para tal fin deben crear las municipalidades, o por lo que conste de los libros de las parroquias, o por el modo que el Gobierno nacional en la Capital, y los gobiernos de provincia determinen en sus respectivos reglamentos”.*

Tal como surge del artículo 80, Vélez confió a las municipalidades la organización de los registros. Recién con la sanción de la ley 2393 la jurisdicción sobre los registros pasó a ser provincial. Gran parte de nuestra

⁷ Bibliografía especial: STURM, Fritz, *L'état civil laïc: diffusion d'une réforme française en Allemagne, Autriche et en Suisse*, Mélanges Pierre Engel, Lausanne, 1989, pág. 419.

doctrina celebra esa reforma considerándola un paso intermedio hacia el ideal que importaría la nacionalización de los registros (Machado, Llerena, Bibiloni, Arauz Castex, Borda y Llambías).

586. ORGANIZACIÓN DE LOS REGISTROS LOCALES

Un hito importanté en la línea de la centralización fue la sanción del decreto 8204/1963, modificado por la ley 18.327. Esta norma crea un régimen uniforme para los registros locales estableciendo normas básicas a las que deben sujetarse en cuanto a la forma de llevar los libros, inscripciones, etcétera.

De acuerdo con ese régimen, cada provincia ha organizado su propio registro, siguiendo las pautas establecidas en el decreto 8204/1963 y su ley modificatoria.

587. ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO CIVIL EN LA CAPITAL FEDERAL

a) Creación:

El Registro Civil de la Capital Federal, por su parte, fue creado en el año 1884, por la ley local 1565. Dicha ley estuvo en vigencia hasta que entró a regir la ley 14.586. Esta última sólo subsiste en los puntos no contemplados por el decreto 8204/1963, modificado por la ley 18.327.

b) Libros que deben llevar:

Según el artículo 5º del decreto-ley 8204/1963, es obligatorio que el registro lleve libros de nacimientos, matrimonios, defunciones e incapacidades, los cuales son de carácter indispensable, y pueden en su caso llevar otros si fuere necesario. Así el Registro de la Capital Federal lleva también un libro de adopciones (art. 4º, ley 14.586).

c) Forma de llevarlos:

Al igual que en los registros provinciales, el de la Capital Federal debe llevar los libros por duplicado, a fin de evitar su pérdida. Uno de los libros se guarda en la Dirección General del Registro Civil, y el otro, en el Archivo General de los Tribunales (art. 9º, ley 14.586).

En el caso de que uno de los libros se perdiera, la Dirección General ordenará la copia del otro, la que deberá ser firmada íntegramente por el oficial a cargo de esta tarea. En el supuesto de que los dos libros se extraviaren, dicha circunstancia deberá ser comunicada inmediatamente al juez competente, debiendo en tal caso ordenarse su reconstrucción con las constancias que obraren en los organismos públicos o privados y con cualquier otro medio de prueba.

588. PARTIDAS

a) Noción:

Se denominan partidas del Registro Civil a los asientos extendidos en los libros del Registro Civil con arreglo a la ley y a las copias auténticas de ellos.

b) Naturaleza jurídica:

Tales partidas constituyen instrumentos públicos destinados a suministrar una prueba cierta del estado de las personas.

Así lo dispone el artículo 979 inciso 10; si bien ese precepto sólo hace referencia a las partidas matrimoniales, una interpretación armónica con el inciso 2º del mismo artículo, que declara instrumentos públicos a las partidas parroquiales, autoriza a hacer extensivo tal carácter a todas las partidas del registro civil, aun a aquellas que no se refieren específicamente al matrimonio.

Tal interpretación está abonada por el artículo 24 del decreto-ley 8204/1963, que dispone que los testimonios, copias, certificados, libretas de familia o cualesquiera otros documentos expedidos por la Dirección General o sus dependencias, que correspondan a inscripciones registradas en sus libros y que lleven la firma del oficial público y el sello de la oficina respectiva, son instrumentos públicos y crean la presunción legal de la verdad de su contenido, en los términos prescriptos por el Código Civil.

c) Quid de las partidas parroquiales:

Cabe, sin embargo, formular una aclaración en orden a las partidas parroquiales, según que éstas sean anteriores o posteriores a la entrada en vigencia del Código Civil y a la organización de los registros en cada jurisdicción. Por aplicación del artículo 80 de ese cuerpo legal, las partidas parroquiales anteriores, tenían el carácter de instrumentos públicos, carácter que aún conservan y que no se puede desconocer, pues lo contrario implicaría aplicar retroactivamente la ley nueva. En cuanto a las posteriores a la vigencia del Código y a la organización del registro secular en la jurisdicción, han perdido el carácter de instrumentos públicos, sin perjuicio del valor que pueden tener como prueba supletoria del hecho o acto jurídico cuya prueba se persigue.

d) Personas intervinientes:

La confección de una partida del estado civil supone la intervención del oficial público y de una o varias personas distintas, que le suministran los elementos del acto que debe registrar. Estas personas, cuyo número varía según la naturaleza de las actas, pueden desempeñar tres funciones diferentes; pueden ser partes, declarantes o testigos.

Se llama parte a la persona a la que concierne el acta, la que puede actuar por sí o por medio de apoderado.

Los declarantes son las personas que hacen conocer al oficial público el hecho que debe inscribir, cuando la persona de la que se trata no está en estado de hacerlo (nacimiento) o ya no existe (defunción).

Por último, los testigos son los que manifiestan que el acto o hecho les consta; actualmente su importancia es menor, y por ello sólo son requeridos para los matrimonios (art. 188) o para los nacimientos o defunciones en el caso en que se hubieran producido sin intervención de médicos o parteras (arts. 31, y 55, inc. 2º, dec.-ley 8204/1963).

e) Contenido:

Los requisitos que deben cumplir las partidas están enumerados en el decreto-ley 8204/1963. Ellos difieren según sea el hecho o acto jurídico que se inscriba. Existen, sin embargo, algunas exigencias de carácter general, tales como la que establece el artículo 20 del mentado decreto-ley, al disponer que en toda partida debe aparecer el nombre, apellido, domicilio y número de documento de identidad de los intervinientes; en caso de que carezcan de documento de identidad se debe dejar constancia de ello consignando en su defecto la edad y la nacionalidad.

En toda partida, asimismo, se transcribe el hecho que se denuncia o el acto que se celebra. Hay casos en que se hace necesaria la transcripción de algún otro acto o hecho jurídico que sirva de antecedente al que se celebra en ese momento. A veces los que sirven de base a las registraciones son instrumentos que deben ser archivados bajo el número de la partida (art. 22, dec.-ley cit.).

Tal como lo dispone el artículo 26 del decreto-ley 8204/1963, "toda modificación del contenido de las inscripciones se registrará mediante acta de referencia, correlacionándola con sus antecedentes". Ésta, "actas de referencia" son las que se conocen más comúnmente como "notas marginales".

f) Formalidades:

Las formalidades que son exigidas por el decreto para el registro de las partidas no difieren, esencialmente de las que deben seguirse para otro tipo de registraciones. Se establece que los libros deben tener en lo posible textos impresos y páginas numeradas. En las inscripciones, pueden usarse abreviaturas y guarismos, salvo en lo que respecta a los datos esenciales que deberán consignarse en forma íntegra (art. 11, dec.-ley 8.204/1963). No pueden, en cambio, hacerse raspaduras. Las enmiendas, testaduras y entrelíneas deben salvarse antes de ser firmadas.

Una vez registrada una inscripción, la misma no podrá modificarse sino en virtud de una resolución de autoridad competente (art. 16, dec.-ley cit.).

En caso de que el oficial público establezca que no puede registrarse una inscripción, porque no cumple los recaudos legales, deberá entregarse al interesado una constancia de su presentación y efectuarse inmediatamente una consulta al respecto a la Dirección General (art. 19, dec.-ley cit.).

Los documentos que sirven de respaldo a las inscripciones deben ser archivados bajo el número asignado a la inscripción en el Archivo que al efecto debe llevar el registro (art. 22, dec.-ley cit.).

g) Expedición de comprobantes:

La función del Registro Civil no se agota en llevar en sus libros la registración de los hechos o actos que influyen en el estado de las personas, pues estas últimas tienen a veces que acreditar dichos hechos, actos, o bien la registración de los mismos ante diversas entidades.

Por eso es necesario que el registro se encuentre facultado a expedir certificados, extractos o testimonios que sirvan de comprobantes de los pertinentes asientos. Así lo dispone el artículo 18 de la ley 14.586. La importancia probatoria de dichos certificados se enfatiza por lo dispuesto por el artículo 19 de la citada ley en cuanto a que: "ningún comprobante extraído de otro registro que el del estado civil podrá presentarse en juicio para probar hechos que hayan debido asentarse en él, con excepción de los que se disponga en leyes especiales".

Cabe agregar que la ley 14.586 exige que para solicitar comprobantes del registro debe acreditarse un interés legítimo, aunque debe destacarse que en la práctica se expiden a cualquiera que lo solicite.

589. RECTIFICACIÓN DE LAS PARTIDAS

Como toda actividad humana, la inscripción en los registros está sujeta a la posibilidad de errores e irregularidades. Es por eso necesario prever la forma de subsanarlos.

Así lo hace el decreto-ley 8204/1963 en sus artículos 71 y 72, donde prevé dos tipos de rectificaciones.

Por una parte se contemplan las motivadas en los errores materiales que surjan evidentes del propio texto de las partidas o de su cotejo con otros instrumentos públicos, los que pueden ser subsanados por la Dirección General del Registro Civil, tanto de oficio como a pedido de parte. En todo otro caso, las partidas sólo pueden ser modificadas por orden judicial.

En los casos en que es necesaria la rectificación judicial, el juez competente es el de primera instancia en lo civil del lugar donde se encuentra la inscripción original o el del domicilio del peticionante a elección de éste.

En los casos en que la rectificación de las partidas aparece como una cuestión incidental en otro juicio, no cabe duda de que el juez interviniente tiene competencia suficiente para disponerla (conf. Borda, Salvat).

Conforme a lo que dispone el artículo 71 del decreto-ley 8204/1963, el procedimiento es sumario con intervención de los ministerios públicos. En el caso de la Capital Federal, debe darse audiencia a la Dirección del Registro Civil antes de dictarse sentencia.

Dictada la sentencia ordenando la rectificación será comunicada a la Dirección General del lugar en donde se encuentren los respectivos registros y al Registro Nacional de las Personas a efectos de la inscripción de las notas de referencia correspondientes (art. 74, dec.-ley 8204/1963).

590. NULIDAD DE LAS PARTIDAS

Lo primero que debe aclararse es que la nulidad de la partida significa la nulidad de la instrumentación del acto y no del acto en sí mismo. En otras palabras, la nulidad de la partida priva de efectos a la instrumentación del acto, pero no invalida los efectos del acto.

También debe señalarse que es criterio uniforme en la doctrina nacional que la validez de las partidas debe ser mirada con cierta benignidad. Sin perjuicio de ello, y en consonancia con lo dicho acerca de que las partidas, revisten el carácter de instrumentos públicos, las causales de nulidad son las mismas que para aquéllos, es decir, ausencia de capacidad en el oficial público, ausencia de competencia en el oficial ya sea por razón de materia o lugar, o bien por falta de acatamiento a las formalidades prescriptas por la ley.

Así, específicamente la nulidad se produce por fallas esenciales de la partida, como puede ser la falta de firma de las partes o del oficial público competente, o la falta de firma de los testigos esenciales del acto. Puede además, producirse cuando la partida contenga enunciaciones que no se correspondan con la realidad, como es el caso de la partida de defunción de un individuo que se halle con vida.

Respecto a la competencia del oficial público firmante, debe observarse que, no obstante ser ajeno a su jurisdicción, si por error común el hecho o acto son tenidos como pertenecientes a ésta (arts. 980 y 981), la partida es considerada como válida.

La partida será también nula si el oficial público fuese parte en el acto o hecho jurídico que se registra, y cuando lo fueran sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (art. 14, dec.-ley 8204/1963).

Por último, carecen de validez las actas extendidas fuera del libro pertinente (art. 998 y t.o., dec.-ley 8204/1963).

591. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTOS

El artículo 27 del decreto-ley 8204/1963 dispone que deben inscribirse en el Registro Civil todos los nacimientos que tengan lugar en el territorio de la Nación, cualquiera sea el domicilio de los padres; aquellos

cuyos registros sea ordenado por juez competente y los que ocurran en buques o aeronaves de bandera argentina o lugares bajo jurisdicción nacional.

Por su parte, el artículo 20 de la ley 14.586 dispone que deben inscribirse en el Registro Civil de la Capital Federal: a) los que ocurran en la ciudad de Buenos Aires; b) los que ocurran en territorio nacional si los padres tuviesen domicilio en la ciudad de Buenos Aires; c) aquellos cuyo registro sea ordenado por juez competente aunque su nacimiento no hubiese ocurrido en la ciudad de Buenos Aires; d) la sentencia de filiación y adopción referida a otros asientos de este registro y los reconocimientos; e) los que ocurran en buques o aeronaves de bandera argentina cuando el puerto inmediato de arribo sea la ciudad de Buenos Aires (lo cual implica agregar un requisito no previsto en el citado texto del decreto-ley 8204/1963; f) la sentencia que declare la reaparición de los declarados ausentes con presunción de fallecimiento. Sin embargo el artículo 21 agrega que pueden inscribirse los documentos de nacimientos ocurridos fuera de la ciudad de Buenos Aires a pedido de parte interesada.

a) Declaración de nacimiento:

En la Capital Federal, el padre, la madre o, en su caso, el pariente más cercano, el médico, la partera o la persona en cuya casa haya tenido lugar el nacimiento deberán denunciar el mismo dentro de los cinco días hábiles a que se hubiese producido. (arts. 22, 23 y 24, ley 14.486).

En la misma oportunidad, deberá consignarse el nombre que se quiera dar al nacido y su filiación.

Debe acompañarse un certificado de médico o partera en el que declaren haber visto con vida al recién nacido o, en caso de que el nacimiento se produzca sin intervención de dichos profesionales, la declaración de dos testigos (art. 31, dec.-ley 8204/1963).

La vigencia plena de la última parte de este precepto, que autoriza la inscripción del nacimiento con la declaración de dos testigos resulta dudosa, en cuanto el artículo 242 del Código Civil (texto según ley 23.264), dispone que: "*la inscripción deberá realizarse a pedido de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo*". Inclusive en el debate parlamentario se cuestionó esta solución de la ley 23.264, particularmente en cuanto a que en zonas marginales puede no hallarse presente ningún médico o, directamente no haberlo en kilómetros a la redonda. Más aún, en la Cámara de Diputados se había adicionado un texto según el cual: "En caso de manifiesta pobreza o marginalidad, el oficial público podrá aceptar la prueba testimonial de dos vecinos que hayan tenido conocimiento del embarazo y del parto", pero ese agregado fue deestimado por el Senado.

Obviamente, la intención del legislador de la ley 23.264 ha sido evitar las anotaciones fraudulentas de nacimientos, que sustituyen a la adopción y facilitan el comercio de niños ⁸.

Después del vencimiento del plazo de cinco días, y hasta un plazo de veinte días hábiles, la Dirección General podrá admitir la inscripción siempre que exista causa justificada y se acompañe certificado médico o de partera (art. 26, ley cit.). Si falta alguno de estos requisitos solamente podrán inscribirse por orden judicial.

En el orden nacional, el decreto-ley 8204/1963 dispone que la inscripción deberá formularse en un plazo menor de cuarenta días contados a partir del nacimiento y establece en un máximo de seis meses el plazo para realizar la inscripción tardía a que aludimos en el párrafo anterior.

b) Personas obligadas a denunciar el nacimiento:

Son las que dispone el artículo 30 del decreto-ley 8204/1963:

— El padre o la madre, y, a falta de éstos, el pariente más cercano que exista en el lugar o la persona a cuyo cuidado hubiera sido entregado el recién nacido.

— Los administradores de hospitales, hospicios, cárceles, casas de huérfanos u otros establecimientos análogos, públicos o privados, respecto de los nacimientos ocurridos en ellos, en el caso de que las personas mencionadas en el párrafo anterior no lo hicieren.

— Toda persona que hallare a un recién nacido o en cuya casa se hubiere expuesto. En estos casos, las personas indicadas tendrán la obligación de presentar las ropas y demás objetos hallados.

— La autoridad encargada de llevar el registro de los hechos acaecidos a bordo (art. 27, inc. 3º, dec.-ley 8204/1963), mediante la copia de la inscripción que deberá hacerse llegar al registro dentro de los cinco días posteriores al arribo.

Debe quedar bien en claro que no es imprescindible que sean los padres quienes hagan la declaración; puede válidamente efectuarla un tercero, sin necesidad de exhibir poder alguno, salvo —claro está— que las manifestaciones del denunciante sean destruidas mediante prueba en contrario.

c) Nacidos muertos:

Si del certificado del médico partero surge que la persona ha nacido sin vida, se registrará el asiento en el libro de defunciones. Si de ese certificado surge que ha nacido con vida pero que falleció inmediatamente, se asentarán ambos hechos en los correspondientes libros de nacimien-

⁸ V. ZANNONI, Eduardo - BOSSERT, Gustavo, *Régimen legal de filiación y patria potestad*. Buenos Aires, 1986, págs. 30 y sigs.

tos y defunciones. Debe destacarse que el nacimiento con vida es de trascendental importancia, pues a su acaecimiento están sujetos, como a una condición resolutoria, todos los derechos nacidos en cabeza de mismo (v. *supra*, n^o 323).

d) Constancias:

En los asientos de los nacimientos debe constar: nombre, apellido y sexo del nacido; lugar, hora, día, mes y año del nacimiento; nombre y apellido del padre y de la madre y sus números de documento de identidad; nombre y apellido del médico o partera que extiende el certificado; por último, nombre y apellido del declarante y número de su documento de identidad (art. 32, ley 14.486 y dec.-ley 8204/1963). En todos los casos en que no se posea número de documento de identidad, se procederá como lo establece el artículo 20 del decreto-ley 8204/1963, es decir, dejándose constancia de la edad y nacionalidad, aunque la ley 14.586 solamente exige que se mencione que carece de documento. El decreto-ley 8204/1963 exige también que se asiente el número de la ficha identificatoria (art. 32, inc. 4^o).

e) Mellizos:

Si nace más de un hijo vivo en un mismo parto, las nacimientos se asentarán en registros separados y seguidos, haciéndose constar en cada uno de ellos que, en ese parto, nacieron otras criaturas (art. 35, ley 14.586 y dec.-ley 8204/1963).

f) Hijos extramatrimoniales:

Si se trata de hijos extramatrimoniales, el artículo 34 del decreto-ley 8204/1963 dispone que no se hará mención del padre ni de la madre, a no ser que ésta o aquél los reconozcan ante el funcionario correspondiente.

Mas, a partir de la vigencia del artículo 242 del Código Civil, texto según ley 23.264, el artículo 34 del decreto-ley 8204/1963 queda parcialmente derogado en cuanto se refiere al nombre de la madre, el que sí deberá figurar en el asiento. En lo relativo a la mención del padre, será imprescindible el reconocimiento, a tenor de lo establecido en el artículo 247 del Código Civil, cuando se trata de hijos extramatrimoniales, y por la misma norma del artículo 34 del decreto-ley 8204/1963 que en esto continúa vigente ⁹.

g) Nacimiento en alta mar. Prueba:

El nacimiento ocurrido en alta mar (art. 81, Cód. Civ.) se prueba, si se trata de un buque de guerra de bandera nacional, por el acta que debe

⁹ ZANNONI - BOSSERT, *Régimen legal...*, pág. 33.

levantar el escribano del buque y, en barcos mercantes, por el que redacte el capitán o maestre. Aclaremos que "maestre" está utilizado aquí como sinónimo de capitán, por lo que no debe confundirse con el término contramaestre; por supuesto, que si no existe escribano o persona que cumpla su función en el buque de guerra, el acta la extenderá el comandante. Si el nacimiento se produjere en un barco de bandera extranjera, se probará de conformidad con las disposiciones que rijan en el Estado cuya bandera enarbole la nave.

Si el nacimiento se produce en el barco y se arriba a un puerto nacional dentro del plazo en que debe realizarse la denuncia, puede omitirse el acta en el buque.

h) Inscripción en el Registro Civil:

Según el artículo 27, inciso 3º, del decreto-ley 8204/1963, el Registro del Estado Civil tiene que inscribir los nacimientos que ocurran en buques o aeronaves de bandera argentina. Dicha anotación se efectuará en el Registro de Estado Civil de la Ciudad de Buenos Aires cuando el puerto inmediato de arribo del buque o aeronave fuese la ciudad de Buenos Aires (art. 20, inc. 5º de la ley 14.586).

i) Ley General de Navegación:

Según el artículo 927, inciso 5º, del Código de Comercio, el capitán estaba obligado a asentar en el libro diario de navegación los nacimientos y defunciones que ocurrieren a bordo. Tal disposición ha sido sustituida por la Ley General de Navegación (ley 20.094), cuyo artículo 123 reza así: "En su carácter de oficial del Registro Civil, el capitán extiende en el diario de navegación las actas de los nacimientos o defunciones que ocurran a bordo, y las de los matrimonios en artículo de muerte que allí se celebren, ajustando su cometido a lo dispuesto en la ley respectiva de la Capital Federal y en las complementarias que resulten aplicables".

Las copias autenticadas de las partidas deberán ser entregadas por el capitán a la autoridad marítima o consular, del primer puerto de escala. Similar disposición contiene el artículo 85 del Código Aeronáutico (ley 17.285).

j) Nacimientos ocurridos en el extranjero:

En este caso hay que distinguir si se trata de un nacional nacido en el extranjero o de un extranjero nacido en su país o en otro país extranjero.

Para el primer supuesto es de aplicación la norma del artículo 82 del Código Civil y quedan comprendidos:

- los hijos de argentinos nativos que, habiendo nacido en país extranjero, optaren por la nacionalidad argentina (ley 346, art. 1º, inc. 2º);
- los hijos del personal del servicio exterior nacidos fuera del territorio argentino y los hijos de cualquier funcionario argentino que estu-

viere desarrollando tareas encomendadas por los gobiernos nacionales, provinciales o municipales. En estos casos se los considerará argentinos nativos. Lo mismo cabe decir respecto de los hijos de los funcionarios argentinos que estuvieren actuando en un organismo internacional.

La prueba de estos nacimientos se efectuará por los certificados de los registros consulares o por los instrumentos emanados de las autoridades locales, debiendo en este último caso legalizarse por las autoridades argentinas la respectiva partida. Una vez efectuada la legalización, ambas partidas deberán ser inscriptas en el Registro Civil, dejándose expresa constancia en el asiento, las circunstancias del nacimiento.

En cuanto a la prueba de los nacimientos de extranjeros (art. 83, Cód. Civ.), la misma se acredita por lo que disponen las leyes vigentes en donde ocurrió el acto, de conformidad con lo normado por los artículos 12 y 950 del Código Civil.

k) Prueba del nacimiento de hijos de militares:

La regla la sienta el artículo 84 del Código Civil, que dispone: "*De los hijos de los militares en campaña fuera de la República, o empleados en servicio del ejército, por certificados de los respectivos registros, como fuesen determinados en los reglamentos militares*".

Ya Machado decía que se trata de una hipótesis realmente improbable, porque no es nada común que las esposas de los militares los acompañen durante la campaña y segundo porque los reglamentos respectivos nada dicen sobre la cuestión.

l) Inscripciones tardías:

La inscripción del nacimiento debe hacerse dentro del plazo que establezca la reglamentación, el que no debe exceder de cuarenta días (art. 28, dec.-ley 8204/1963). Vencido dicho plazo y hasta el término de seis años, la Dirección General podrá por resolución motivada admitir la inscripción cuando existan causas justificadas acreditadas fehacientemente y con intervención del ministerio público. Cuando el solicitante supere la edad de 6 años, se requerirá necesariamente la resolución judicial previa (art. 29 del dec.-ley 8204/1963, texto según ley 23.776).

Como es obvio, esta resolución judicial previa se dictará a tenor de la prueba supletoria que se haya producido en los términos del artículo 85 del Código Civil (v. *infra*, n° 595).

592. PRUEBA DE LA DEFUNCIÓN

La regla que rige los casos de muerte la sienta el artículo 104 del Código Civil al disponer que: "*la muerte de las personas ocurrida dentro de la República, en alta mar o en país extranjero, se prueba como el nacimiento en iguales casos*".

Si la prueba del día del nacimiento de las personas es de interés para los que nacen vivos, la prueba del día de la muerte es de interés para los que los sobreviven. Si la primera sirve para decidir sobre la capacidad o incapacidad en cuanto a actos trascendentales como el matrimonio, reconocimiento de hijos, disposición testamentaria en la menor edad, y de la plena para todos los actos de la vida civil; la segunda sirve para conocer la fecha de la apertura de la sucesión y, consiguientemente, de todos los derechos que proceden del hecho de la muerte, inclusive para saber si el que pretende haber sucedido tuvo o no aptitud porque estuvo o no concebido (art. 3324). Tan importantes razones justifican la necesidad de llevar un registro de nacimientos y defunciones.

¿Cómo se prueba el hecho de la muerte? Como el del nacimiento, por regla general, y así la muerte de las personas ocurrida dentro de la República, en alta mar, o en país extranjero, se prueba como se prueba el nacimiento en iguales casos. Por consiguiente, el fallecimiento ocurrido dentro de la República se probará con certificados auténticos extraídos de los asientos de los registros públicos; el ocurrido en alta mar, por copias auténticas de los asientos o actos que por ocasión de tales accidentes deban hacer los escribanos de los buques de guerra y el capitán de los mercantes; y el ocurrido en país extranjero por certificados de los registros consulares o por los instrumentos hechos en el lugar según las respectivas leyes, legalizados por los agentes consulares o diplomáticos de la República. En su defecto, el fallecimiento de las personas se probará por cualquier otro medio de prueba admitido por el Derecho.

a) Defunciones que deben inscribirse en el Registro Civil:

El decreto-ley 8204/1963 en su artículo 52, ordena que deben inscribirse en el libro de defunciones todas las que ocurran en el territorio de la República; aquellas cuyo registro sea ordenado por juez competente; las sentencias sobre ausencia con presunción de fallecimiento; y las que ocurran en buques o aeronaves de bandera argentina o en lugares sometidos a la jurisdicción nacional.

La norma coincide con lo dispuesto por la ley 14.586, la que a modo de aclaración dispone que se trata de los fallecimientos que se produzcan en la ciudad de Buenos Aires y los producidos en buques, aeronaves de bandera nacional cuando el puerto inmediato de arribo fuese la ciudad de Buenos Aires.

b) Personas obligadas a hacer la denuncia del fallecimiento.

Plazo para hacerlo:

El cónyuge del difunto, los ascendientes, descendientes, parientes, y en defecto de ellos, toda persona capaz que hubiese visto el cadáver o en cuyo domicilio hubiese ocurrido la defunción, debe proceder a denunciarla, por sí o por otro, al Registro del Estado Civil dentro de las 48 horas pos-

teriores a la comprobación del fallecimiento (art. 53 dec.-ley 8204/1963). El exiguo plazo fijado podrá ser ampliado en caso de que la muerte hubiese ocurrido en lugares distantes, teniendo en cuenta las particularidades del caso de que se tratare.

Si la defunción se hubiere producido en algún hospital, hospicio, cárcel, casa de huérfanos o cualquier otro establecimiento público o privado, los administradores de los mismos se encuentran obligados a efectuar la denuncia correspondiente (art. 53 segunda parte, ley 14.586).

c) Prueba del fallecimiento:

El certificado de defunción expedido por el médico que haya atendido al difunto en la última enfermedad, o, en su defecto, por cualquier otro médico solicitado al efecto o el de la partera, en caso de que el fallecido haya sido un recién nacido, son los instrumentos idóneos para probar el fallecimiento. En los casos en que resultare imposible obtener estos medios de prueba, se podrá demostrar el fallecimiento, también, con el certificado de defunción extendido por la autoridad policial o civil, para el caso de que no hubiera médicos en el lugar, con la salvedad de que la inscripción de estos casos en el Registro, deberá ser firmada por dos testigos que hayan visto el cadáver (art. 55 dec.-ley 8204/1963).

d) Contenido de la inscripción:

Ésta debe consignar apellido, nombre, sexo, nacionalidad, estado civil, profesión, domicilio y número de documentos de identidad del muerto. Lugar, hora, día, mes y año en que la muerte se haya producido. Nombre y apellido del cónyuge, nombre y apellido de los padres, lugar y fecha de nacimiento (art. 56 del dec.-ley 8204/1963). Asimismo, también debe consignarse la enfermedad o causa inmediata de la muerte, nombre, apellido y número de documento de identidad y domicilio del denunciante, conforme a lo que ordena la ley 14.586. El certificado de defunción correspondiente deberá ser completado con los mismos datos del asiento, más el de la causa del fallecimiento, debiéndose indicar en lo que a este dato respecta, si el mismo fue obtenido por conocimiento directo o por dichos de terceros.

En el supuesto de que se tratare de una persona cuya identificación se desconoce al momento de la inscripción, y luego se conociere su identidad, deberá hacerse saber tal circunstancia al registro a fin de que la asiente en una inscripción complementaria, de la que deberá ponerse nota en la original. Asimismo, deberá dejarse constancia en la complementaria de que existe una anterior.

e) Ley de Navegación y Código Aeronáutico:

La Ley de Navegación 20.094 dispone que cuando fallezca una persona a bordo, el capitán levantará inventario de sus papeles y pertenen-

cias con asistencia de dos oficiales del buque y dos testigos pasajeros si los hubiere. En cuanto al cadáver, podrá adoptar las medidas que estime corresponder según las particularidades del caso. Los bienes inventariados y el respectivo inventario, así como la copia autenticada de las actas de defunción, deberán ser entregadas por el capitán a la autoridad marítima o consular, según corresponda, del primer puerto de escala. El artículo 85 del Código Aeronáutico dispone las mismas medidas.

f) Remisión:

En el Capítulo XIX, tratamos las hipótesis particulares de la prueba de la muerte de militares ocurrida en combate, o dentro de la República, y de las muertes ocurridas en hospitales o lazaretos (arts. 105 a 107, Cód. Civ.), así como la prueba supletoria de la muerte.

593. PRUEBA DEL MATRIMONIO

La regla general es que el matrimonio se prueba según las normas vigentes al tiempo de su celebración. Si tenemos en cuenta que en nuestro país, diferentes han sido las leyes que han regulado esta institución, corresponde que seguidamente nos ocupemos de cómo se prueba el matrimonio según la ley que ha regido al tiempo de su celebración:

a) Prueba de los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil:

Como hemos visto en otra parte de esta obra (v. Cap. V), el Código Civil entró en vigencia el 1º de enero de 1871, por lo tanto, los matrimonios celebrados con anterioridad a esa fecha pueden ser probados por cualquier medio de prueba.

Sin perjuicio de ello, alguna resolución judicial exigió como recaudo previo que se demostrase la imposibilidad de obtener la partida parroquial correspondiente.

b) Prueba de los matrimonios celebrados con posterioridad al Código Civil pero anteriores a la Ley de Matrimonio Civil:

La forma de probar el matrimonio en estos casos, estaba establecida por el artículo 179 del Código Civil, el cual fija un orden en materia probatoria. Así, en primer lugar debía recurrirse a las partidas parroquiales o a las de las comuniones a las que pertenecieran los cónyuges; si no existiesen registros o resultara imposible acompañar las partidas por haberse celebrado el matrimonio en un país distante, el matrimonio se probaba por los hechos que demuestren que marido y mujer se han tratado siempre como tales, y que así eran reconocidos en la sociedad y en las respectivas familias (posesión de estado), y también por cualquier medio de prueba.

c) Prueba de los matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Matrimonio Civil:

El artículo 96 de la ley 2393 establecía que el matrimonio se probará con el acta de celebración o su testimonio. Es decir que el único medio de prueba admitido es la partida del Registro Civil. Solamente en los casos en que fuera imposible acompañar tal instrumento, podrá recurrirse a prueba supletoria.

d) Prueba del matrimonio en la ley 23.515:

A partir de la reforma introducida al Código Civil por la ley 23.515, el artículo 197, Código Civil, dispone que: *“el matrimonio se prueba con el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado o con la libreta de familia expedidos por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas...”*.

El mismo precepto establece las reglas sobre prueba supletoria que analizamos más adelante.

e) Matrimonios celebrados en el extranjero:

De conformidad con las previsiones existentes para los actos jurídicos celebrados en el extranjero (arts. 12 y 950, Cód. Civ.), el matrimonio celebrado en país foráneo deberá ser probado por los medios de prueba admitidos en el país de que se tratare.

Ello aparece ahora expresamente contemplado en el artículo 161 del Código Civil, reformado por la ley 23.515, conforme al cual: *“La prueba del matrimonio celebrado en el extranjero se rige por el derecho del lugar de celebración”*.

594. INSCRIPCIÓN DE PARTIDAS EXTRANJERAS

El artículo 63 del decreto-ley 8204/1963 permite la inscripción en el Registro Civil de las partidas extranjeras, debidamente legalizadas, consignando en la inscripción los datos esenciales que dichas partidas contengan.

Tal facultad resulta de gran importancia para los interesados, ya que les permite de un modo accesible obtener constancia certificada del hecho constitutivo del estado civil que traten de probar, a diferencia de los certificados originarios procedentes del país extranjero, los cuales en muchos casos serán de imposible, o cuanto menos engorrosa, obtención.

Por el supuesto de la inscripción de una partida de matrimonio celebrado en país extranjero, el decreto-ley 8204/1963 en su artículo 65 fija una regla especial, por la cual la inscripción de la partida en el Registro Civil deberá hacerse por orden del juez competente previa vista a la Dirección General, siempre y cuando se ajusten a las disposiciones de fondo y forma vigentes en nuestro país.

595. PRUEBA SUPLETORIA

Hemos visto ya, las reglas generales que hacen a la prueba de los hechos o actos jurídicos constitutivos del estado civil de las personas. Sin embargo, existen casos en que resultan imposible la acreditación de los mismos mediante la correspondiente partida; por lo tanto en dichos supuestos habrá que recurrir a la prueba supletoria (arts. 85, 87, 108 y 197, Cód. Civ.).

a) Casos en los que procede:

Según el artículo 85 del Código Civil, los casos en los que los particulares pueden ser dispensados de presentar una partida inscrita regularmente en los registros son:

— Falta de registros; en el lugar no existe el registro o los libros respectivos se han extraviado, perdido o destruido.

— Falta de asiento; los asientos pueden faltar porque los encargados del Registro han omitido realizar el asiento correspondiente.

— Irregularidad en los asientos. La misma puede acaecer porque se ha alterado el orden de los asientos, porque se los ha extendido en hojas sueltas, porque haya claros, lagunas, etcétera. Si la irregularidad da causa a la nulidad de la partida, también corresponde admitir el valor de la prueba supletoria por el mismo motivo que en el caso de la falta de asiento. También corresponde admitir la prueba supletoria cuando se trate de inscribir un nacimiento de una persona de más de 6 años de edad (art. 29, dec.-ley 8204/1963, texto según ley 23.776); es que existe un verdadero interés general en que la persona tenga asignado un estado civil ¹⁰. En estos casos de nacimientos no inscritos, la posesión de estado puede servir de prueba aun para acreditar una filiación legítima ¹¹.

b) Extensión a otras hipótesis:

Si bien el artículo 85 del Código Civil se refiere al nacimiento, las hipótesis en él contempladas pueden hacerse extensivas a otros hechos o actos que deben registrarse, como la muerte y el matrimonio.

c) Condiciones que hacen procedente la prueba supletoria:

Para que sea admisible la prueba supletoria, primeramente se deberá demostrar la imposibilidad de acompañar la partida, no admitiéndose a tal fin la prueba testimonial.

¹⁰ Puede verse una solución distinta a la propuesta en el texto en la sentencia de la Cour de Colmar, 6/10/1995, comentada negativamente por Jean Hauser en RTDC 1997-96.

¹¹ V. la jurisprudencia francesa concorde con el texto comentada por Jean Hauser y Danielle Huet Weiller en RTDC 1991-722.

En ese sentido, se ha considerado como único recurso auténtico y suficiente el informe de las autoridades competentes del Registro. También se ha admitido el certificado de la curia que hace saber que la partida no se halla registrada en los archivos parroquiales, y surge de la partida de matrimonio y la libreta de familia, que la interesada era nacida en la ciudad y bautizada en una iglesia situada en ella.

d) Prueba supletoria del matrimonio:

La cuestión aparece ahora resuelta en el artículo 197 del Código Civil, texto según ley 23.515. Dispone ese precepto que cuando existiese imposibilidad de presentar la partida, acta o certificado, podrá probarse la celebración del matrimonio por otros medios, justificando a la vez esa imposibilidad.

El segundo párrafo de ese mismo artículo, establece que: *“la posesión de estado no puede ser invocada por los esposos ni por terceros como prueba suficiente cuando se tratare de establecer el estado de casados o de reclamar los efectos civiles del matrimonio. Pero cuando hay posesión de estado y existe el acta de celebración del matrimonio, la inobservancia de las formalidades prescriptas no podrá ser alegada contra su existencia”*.

596. MEDIOS DE PRUEBA SUPLETORIA

Acreditada que sea la imposibilidad de obtener la correspondiente partida, es necesario producir la prueba supletoria para tener por probado el nacimiento, el matrimonio o la defunción.

A continuación veremos las diferentes hipótesis.

a) Prueba supletoria del nacimiento:

El artículo 85 *in fine* establece que en defecto de las partidas, puede probarse el nacimiento *“por otros documentos o por otros medios de prueba”*.

La doctrina se ha interrogado acerca de a qué otros documentos se refiere ese precepto, si éstos deben ser instrumentos públicos, o si por el contrario también es admisible la prueba mediante instrumentos privados, tales como las libretas de familia cristiana o anotaciones efectuadas por los familiares.

La cuestión, que también se ha presentado en Francia, ha sido resuelta en el sentido de admitir la amplitud en materia de prueba instrumental, no requiriéndose por tanto que los instrumentos sean de carácter público.

Sin embargo, no se ha admitido como prueba la libreta de enrolamiento ni las cédulas de identidad, por cuanto las mismas están destinadas solamente a probar la identidad de las personas.

En cuanto a los otros medios de prueba admitidos por el artículo 85, no cabe duda de que el más importante será el de la prueba testimonial, quedando obviamente a criterio del juez la apreciación de la convicción que produzca la prueba, de conformidad con las reglas sentadas por la sana crítica.

b) Prueba supletoria del fallecimiento:

El artículo 104 establece que en los mismos supuestos en que procede la prueba supletoria del nacimiento, procede la prueba supletoria del fallecimiento de una persona.

La cuestión se examina con mayor amplitud en el Capítulo XIX.

c) Prueba supletoria del matrimonio:

Ya hemos visto que el nuevo artículo 197 autoriza la prueba por cualquier medio siempre que previamente se acredite la imposibilidad de acompañar la partida, acta o certificado de matrimonio; y a la vez el mismo precepto reduce el valor de la posesión de estado, la que sólo servirá para el supuesto de inobservancia de las formalidades del acta.

d) Prueba supletoria de la edad por pericia médica:

Supongamos que no exista prueba alguna sobre la fecha del nacimiento de una persona y que, sin embargo, sea necesario determinar su edad.

El artículo 87 establece a este respecto que: "*A falta absoluta de prueba de la edad, por cualquiera de los medios declarados, y cuando su determinación fuere indispensable, se decidirá por la fisonomía, a juicio de facultativos, nombrados por el juez*".

La interpretación literal del artículo 87 puede llevar a concluir en que a falta de otro medio de prueba, deberá producirse la pericial médica. Ello no es así, sino que, por el contrario, en todos estos supuestos es necesaria su producción, independientemente que por otros medios pudiera llegarse, aun aproximadamente, a determinar la edad de una persona.

La importancia de la determinación de la edad de una persona es considerable ya sea a los efectos de la inscripción tardía del nacimiento, del enrolamiento militar, para establecer la validez o nulidad de un acto jurídico, según se trate de una persona mayor o menor de edad, para establecer el grado de responsabilidad penal en caso de haberse cometido algún delito, etcétera.

596.1. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

El Proyecto de 1998 reduce las disposiciones sobre la prueba del nacimiento, la muerte y la edad a sólo cuatro artículos, superando así el ca suismo casi desesperante del Código vigente.

La regla general es que el nacimiento y la muerte se prueba por las partidas (art. 134) y su rectificación se rige por la legislación especial. Si el nacimiento o la muerte han ocurrido en el extranjero se prueban por los instrumentos otorgados según las leyes vigentes en el lugar donde esos hechos han tenido lugar, autenticados de acuerdo con las convenciones suscriptas por la República.

Si no hay registro, el nacimiento o la muerte pueden probarse por otros medios (art. 136); y si el cadáver de una persona no es hallado o no puede ser identificado, el tribunal puede tener por probada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, si la desaparición se produjo en circunstancias tales que la muerte debe ser tenida como cierta (art. 136, 2º párr.).

Y finalmente, cuando no es posible acreditar la edad de una persona, se la determina judicialmente previo dictamen de peritos.

CAPITULO XVI

EL NOMBRE DE LAS PERSONAS FÍSICAS ¹

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

597. DEFINICIÓN. INTEGRACIÓN

El nombre es el medio de identificación de las personas en la sociedad.

Está compuesto por el prenombre o nombre de pila y por el apellido. El primero es la forma de designación de un individuo y se adquiere por su inscripción en el Registro Civil; el segundo es una designación común a todas las personas pertenecientes a una familia.

598. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El nombre nace como una necesidad del lenguaje, ya que es imprescindible la identificación de los individuos y de las cosas.

a) Derecho antiguo:

En un comienzo se utilizó un solo vocablo equivalente al nombre propio o individual. Esta denominación no era transmisible como los actuales apellidos.

Con el correr del tiempo al nombre individual se le adicionaron otros elementos como el nombre del padre en genitivo (ej.: Agamenón hijo de

¹ Bibliografía general: PLINER, Adolfo, *El nombre de las personas*, 2º ed., Buenos Aires, 1989; "La ley de nombre", *J.A. Doct.* 1969-484; RIVERA, Julio C., *El nombre en los derechos civil y comercial*, Buenos Aires, 1977; LUCES GIL, Francisco, *El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico español*, Barcelona, 1977; ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Consideraciones sobre el nombre de las personas*, Buenos Aires, 1961; ALLENDE, Guillermo L., "Sobre el nombre de las personas de existencia visible", *L.L.* 80-908; CIOCCO, José Domingo - SÁNCHEZ URTE, Ernesto, "El nombre de las personas naturales", *E.D.* 27-953; GARRIGA, Román, "El nombre de las personas", *J.A.* 1950-IV-77; SALAS, Acdecl, "El nombre de las personas físicas", *J.A.* 1950-IV-77; GARCÍA MELE, Horacio, *El nombre. El apellido de la mujer casada*, Buenos Aires, 1983; ETCHEVERRY BONEO, Rómulo, *El derecho al nombre*, La Plata, 1910; BORDA, Guillermo A., "La ley del nombre", *L.L.* 136-1192; JESTAZ, Philippe, "A propos du nom patronymique. Diagnostic et pronostique", *RTDC* 1989-269; MACIOCE, Francesco, *Profili del diritto al nome civile e commerciale*, Padova, 1984.

Atreo o “El Atrida”; Aquiles hijo de Peleo o “Pélida”); o la alusión a alguna característica peculiar del sujeto (ej.: Diógenes “El Cínico”) o el lugar de su procedencia (ej.: Tales de Mileto).

b) Derecho Romano:

En Roma en un primer momento, se mantiene la designación de las personas por un solo nombre. Así por ejemplo, a Rómulo, el fundador de Roma, no se le conoce apellido.

Luego la complejidad de la vida en la ciudad origina el uso del nombre integrado. Aparece así el *tria nomina* compuesto por: *praenomen*, o designación individual que distingue a los miembros de una familia, y que era impuesto por el padre en una fiesta familiar religiosa que tenía lugar el octavo o noveno día del nacimiento; el *nomen* que era la denominación común de todas las familias de la *gens*; y el *cognomen* que servía para distinguir las diversas ramas de la *gens*.

En circunstancias excepcionales y para evitar la homonimia se utilizaba el *agnomen*, que era un sobrenombre honorífico que distinguía generalmente el valor.

Así por ejemplo, en el nombre Publio Cornelio Escipión Africano; Publio era el *praenomen*, Cornelio el *nomen*, Escipión el *cognomen* y Africano el *agnomen*.

Este régimen era sólo para los hombres; a las mujeres se las conocía por un solo nombre (Marcia, Julia, etc.); salvo el caso de las casadas *in manum* que adicionaban el nombre de su marido (por ej.: Tulia Metelli).

c) Derecho español:

En España a partir del siglo IX se comienza a agregar al nombre individual una característica: el lugar de nacimiento, o el nombre del padre, o su profesión (ej.: Canus, Calvus, Carpintero). Pero estos nombres no se transmitían a los hijos, es decir, no individualizaban a una familia.

Es en la baja Edad Media cuando los nombres comienzan a vincularse a la familia. La costumbre de designar a las personas por sus características es el origen de muchos apellidos actuales (ej.: Calvo, Blanco, etc.).

d) Evolución posterior:

La existencia y uso de los registros parroquiales contribuyó a dar firmeza al nombre y al apellido, porque éstos sólo se podían probar con las partidas existentes en los mismos.

Es recién con la creación de los registros civiles con lo que se da mayor inmutabilidad al nombre.

En cuanto a las normas jurídicas que lo regulan, han recogido, generalmente, el derecho consuetudinario.

599. *EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN LA ARGENTINA* ²

El Código Civil no previó disposiciones expresas sobre nombre, y por ello su régimen fue diferido al derecho consuetudinario.

El primer cuerpo normativo que lo reguló fue el decreto 11.609/1943, completado por la ley 13.030 y el decreto-ley 8.204/1963.

Estos primeros cuerpos legales recogieron el derecho consuetudinario, los decisorios jurisprudenciales, pero en general fueron insuficientes.

Recién en el año 1969 con la ley 18.248, se reglamentó en forma orgánica el régimen del nombre.

Posteriormente tal ley ha sido modificada por las leyes 19.134 (adopción), 23.162 (nombres indígenas), 23.264 (Ley de Filiación y Patria Potestad) y ley 23.515 (de Matrimonio Civil) y nuevamente en el actual régimen de adopción (ley 24.779).

599.1. *PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998*

El Proyecto propicia incorporar la legislación sobre nombre al Código Civil. En esa inclusión se previeron algunas reformas pero no de fondo. En particular, el Proyecto no adoptó el denominado "nombre de familia" esto es el que escogen los cónyuges al casarse (o al tener el primer hijo), que puede formarse con el nombre de la esposa o del esposo o de ambos en cualquier orden y que es el que se transmite a los hijos. Como ya se ha visto, las legislaciones europeas vienen aceptando esta forma de elegir y transmitir el nombre para ajustarse a las disposiciones de la Convención sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación de la Mujer.

600. *NATURALEZA JURÍDICA*

En doctrina se han elaborado distintas tesis para explicar la naturaleza jurídica del nombre. A saber:

a) Tesis de la propiedad:

Fue sostenida fundamentalmente en Francia; considera que el nombre es el más sagrado de los derechos de propiedad. Se criticó tal idea por cuanto no se puede disponer del bien de ninguna manera, lo que va en contra del "ser" mismo de la propiedad; carece de cualquier vinculación o proximidad con una verdadera propiedad, por lo que ha sido totalmente abandonada (Jestaz).

² Bibliografía especial. Amén de la bibliografía citada en la nota 1, puede verse CERMESONI, Fernando, "Legislación del nombre", J.A. 11-356.

b) Tesis del derecho de la personalidad:

Gran parte de la doctrina actual entiende que el nombre es un “derecho o un bien de la personalidad”. El nombre al ser utilizado como forma de distinguir al individuo, es un atributo esencial de la personalidad.

La identidad personal es el derecho a ser “igual a sí mismo y distinto a los demás”, y el nombre es un elemento imprescindible al servicio de la identidad; por ende integra el derecho de la personalidad.

c) Tesis del derecho subjetivo extrapatrimonial:

Según Spota el nombre es un atributo de la personalidad y un derecho subjetivo intelectual y extrapatrimonial que forma parte de los “derechos individuales juntamente con el nombre comercial y con la propiedad intelectual e industrial aunque distinguiéndose de estos últimos por el ya señalado carácter extrapatrimonial”.

d) Tesis de la institución de policía civil:

Una importante corriente sostiene que el nombre debe ser considerado una institución de policía civil o institución general de orden público; es impuesto por la ley en forma obligatoria a los fines de identificar a los individuos.

Entienden sus sostenedores que la tutela jurídica del nombre no autoriza a hablar de un verdadero derecho subjetivo, porque si bien hay derecho a la reparación, este derecho no deviene del nombre mismo sino del resultado lesivo.

Se afirma que el hecho de la transmisión del apellido a los descendientes tampoco permite considerar que estemos frente a un derecho por cuanto la transmisión surge como consecuencia de la ley.

Se critica esta tesis por ser deshumanizante, ya que limita la función del nombre a un mero instrumento de clasificación y control.

e) Tesis del atributo de la personalidad y la situación jurídica objetiva:

Pliner ha distinguido entre el nombre en sí mismo y los derechos que de él surgen. Entiende que el nombre en sí mismo es un atributo de la personalidad porque le sirve al sujeto como signo exterior individualizante.

En cuanto a los derechos que emanan del nombre no los considera derechos subjetivos porque no puede ser libremente modificado y, por lo tanto, los engloba en la noción de “situación jurídica objetiva”.

f) Tesis de la institución compleja:

Entienden sus sostenedores que es tanto un derecho de la personalidad como una institución de policía civil. Éste es el criterio receptado por la ley 18.248.

g) Tesis del derecho de familia:

Sus exponentes parten de considerar que la familia posee personalidad jurídica y que uno de los "derechos de la familia" es el del nombre.

Las críticas que se le hacen se basan en que esta idea sólo explica al apellido, pero no al nombre; y que, por otra parte, no justifica el supuesto en que el nombre no esté basado en un vínculo de filiación sino en la atribución administrativa.

h) Nuestra opinión:

Entendemos que corresponde distinguir el nombre en sí de las facultades a que puede dar lugar.

En sí, el nombre es un atributo de la personalidad que contribuye a la individualidad del ser humano, y que por lo tanto, corresponde a toda persona física por el solo hecho de ser tal.

Desde otro punto de vista, existe un verdadero derecho subjetivo al nombre; de allí que la ley organice expresamente su protección por vía de acciones específicas (v. *infra*, n° 668), y en la doctrina de otros países, particularmente Francia, se incluye este derecho entre los denominados derechos de la personalidad o personalísimos.

Tampoco puede olvidarse el interés que el nombre tiene como institución de policía. Como afirma Jestaz en Francia, una constelación de funcionarios e instituciones está interesada en el nombre de cada uno de los ciudadanos y residentes en el país.

De allí que es adecuado a la naturaleza de la institución que el ordenamiento legal argentino la caracterice como un derecho-deber de identidad. Todas las personas físicas tienen un nombre, el que es en principio inmutable en razón de su función identificatoria, y que es protegido de las agresiones de terceros por vía de las acciones previstas expresamente en la ley 18.248.

601. CARACTERES

a) Obligatoriedad:

Según el artículo 1° de la ley 18.248, toda persona debe llevar un nombre.

b) Unidad:

El nombre es único porque las personas no pueden tener más de un nombre.

c) Indivisibilidad:

Nadie puede tener un nombre frente a unos y, frente a otros, uno distinto.

d) Oponibilidad erga omnes:

Esta característica consiste en la posibilidad de usar el nombre frente a todos, y es común a todos los derechos absolutos.

El nombre es oponible por la persona a quien corresponda contra todos, sea mediante el ejercicio de facultades, sea mediante acciones frente a quienes pretendan desconocerlo o vulnerarlo

e) Valor moral o extrapatrimonial:

El nombre es inestimable en dinero.

No obstante ello, en la doctrina española, enseña Francisco Luces Gil, que generalmente las acciones relacionadas con el nombre tienen un claro trasfondo económico; así las acciones de reclamación o impugnación del nombre van unidas a las reclamaciones hereditarias, a problemas de competencia profesional ilícita o de publicidad indebida. Por otra parte manifiesta que las lesiones al nombre en general se traducen en reclamaciones pecuniarias de indemnización.

Estimamos que corresponde distinguir entre el nombre y los derechos a que éste da lugar. El nombre en sí no tiene valor patrimonial pero origina derechos que sí lo tienen.

Por ejemplo, los nombres de personalidades famosas en el mundo del deporte son usados como marcas de determinados artículos deportivos; sin lugar a dudas para usar dicho nombre se debe pagar a su titular un precio en dinero. Vemos cómo el nombre es un derecho extrapatrimonial que puede originar derechos patrimoniales.

f) Inalienabilidad:

Uno de los caracteres fundamentales del nombre es ser inalienable e intransmisible entre vivos; deriva de su carácter extrapatrimonial, de su condición de atributo de la personalidad y de su regulación por normas de orden público.

El nombre no puede ser enajenado o transmitido mediante acto jurídico alguno. El principio no está establecido en la ley pero surge implícito de varias disposiciones como los artículos 21 y 953, pues este último dispone que el "objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio", y el nombre no lo está.

Por otra parte, el artículo 872 prohíbe renunciar a los derechos concebidos en miras del orden público. El acto por el cual se enajenase el nombre estaría afectado de nulidad absoluta y manifiesta.

La imposibilidad de transigir surge del artículo 844 del Código Civil, que prohíbe la transacción sobre las cosas que estén fuera del comercio.

Algún autor sostiene que este principio cede en el caso de la revocación de la adopción simple (art. 335, inc. d), pues la ley de nombre autoriza a que el adoptado conserve el apellido del adoptante si es pública-

mente conocido con él (Belluscio), y a tal efecto podría llegarse por vía de convenio o transacción. El argumento es dudoso, pues la ley de nombre (art. 14, ley 18.248) dispone que la autorización para continuar usando el apellido del adoptante debe ser concedida por el juez y en el solo caso de ser el adoptado públicamente conocido con el apellido del adoptante.

g) Alienabilidad de derechos patrimoniales derivados del nombre:

Consideramos que, en principio, no habría inconveniente en enajenar los derechos patrimoniales que surjan del nombre; por ejemplo: el jugador de fútbol que cobra una suma de dinero por permitir que con su nombre y apellido se identifique un modelo de zapatilla, puede enajenar el derecho a percibir tal suma de dinero.

Analógicamente cabe recordar que el artículo 846 establece la posibilidad de transigir sobre intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona.

h) Vinculación a una relación familiar:

En lo que hace al apellido es innegable su vinculación con la familia de origen.

Esto no se aplica a las personas de filiación desconocida.

i) Imprescriptibilidad:

El nombre no se puede adquirir —ni perder— por el transcurso del tiempo.

Puede apuntarse a título ilustrativo que cierta doctrina española predicó la posibilidad de que el apellido se adquiriese por un uso prolongado; ello fue admitido por la jurisprudencia en un sonado caso ("Carolina Duque de Torres"). Pero se trataba de dar solución práctica a la particular situación de los hijos adulterinos que usaban el nombre de su padre pese a que no podían ser reconocidos por éste. Eliminada la traba legal que imperaba en España, el tema pierde interés, y lo cierto es que debe sostenerse la tesis de la imprescriptibilidad, pues de otro modo se afectaría el principio fundamental de la inmutabilidad, ya que cualquiera podría modificar su apellido simplemente usando uno distinto al de su filiación.

La regla se aplica tanto al apellido cuanto a los nombres de pila, por lo que la jurisprudencia no admite la adición de nombres o apellidos por la sola circunstancia de que medie un uso prolongado ³.

³ CCiv. 1ª Cap., 8/9/1939, L.L. 16-74; *idem*, 28/6/1946, L.L. 43-856; CNCiv., Sala D, 14/8/1963, L.L. 111-605.

II. REGLAS CONCERNIENTES AL NOMBRE INDIVIDUAL O DE PILA

602. ADQUISICIÓN DEL NOMBRE DE PILA O PRENOMBRE

El prenombre se adquiere con la inscripción en el registro de conformidad a lo establecido en el artículo 2º de la ley 18.248.

603. ELECCIÓN DEL NOMBRE DE PILA ⁴

a) Régimen del Código Civil:

El derecho de imponer el nombre a sus hijos surge de la patria potestad. En el régimen originario del Código Civil, la titularidad de la patria potestad correspondía a ambos padres, pero su ejercicio se atribuía al padre. Ello implicaba que ambos padres tenían el derecho de imponer el nombre a sus hijos, pero en caso de desacuerdo era el padre quien, por tener el ejercicio de la patria potestad, podía imponer su criterio.

En lo que hace a padres matrimoniales, el régimen no había generado ningún inconveniente y no se registra ningún precedente jurisprudencial que demuestre la inconveniencia del sistema.

b) Ley 23.264:

En el año 1985, la ley 23.264 modificó el régimen de la patria potestad, estableciendo el ejercicio conjunto de la misma para el supuesto de padres matrimoniales y de padres extramatrimoniales que conviven. La ley presume que uno de los padres cuenta con el consentimiento del otro para todos los actos que no requieran el consentimiento de ambos, salvo cuando mediara expresa oposición.

El régimen difiere en el caso de padres divorciados y extramatrimoniales menores y mayores de edad. En estos supuestos resulta importante determinar quién es el que tiene el ejercicio de la patria potestad; debido a que quien la ejerza tendrá el derecho de imponer el nombre a su hijo.

Cabe analizar cada uno de los supuestos por separado.

⁴ Bibliografía especial: DASSEN, Julio, "Elección del prenombre", *J.A.* 1947-I-Doct. 42; LEGON, Fernando, "La función fonética del nombre en la inscripción de los nacimientos", *J.A.* 50-140; LÓPEZ OLACIREGUI, José María, "Elección de nombre", *J.A.* 1945-II-465; PECACH, Roberto, "Límites al derecho de determinar el nombre de los hijos", *J.A.* 63-131; BARRANCOS Y VEDIA, Fernando N., "La libertad individual y el nombre de las personas", *L.L.* ejemplar del 3/4/1989; DANIELIAN, Miguel - MAAS, Noel, "El nombre propio de los argentinos", *E.D.* 115-869; POSTIGLIONE, Roberto S., "El criterio jurídico, la razonabilidad y la lógica en la valoración de la procedencia o no respecto a la inscripción de prenombrados...", *E.D.* 128-675; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Prohibición de elegir nombres extravagantes, ridículos o contrarios a nuestras costumbres", *L.L.* 1979-B-651.

c) Hijos matrimoniales:

— acuerdo de padres: ambos cónyuges tienen el derecho de elegir el nombre de sus hijos. Si uno de ellos lo inscribiese en el Registro Civil, se presume que cuenta con el consentimiento del otro para hacerlo (art. 264, inc. 1º);

— desacuerdo de padres; en el supuesto en que los padres no se pusieran de acuerdo sobre la denominación a dar a sus descendientes, el conflicto deberá ser dirimido judicialmente, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 264 ter.

d) Valoración:

La doctrina ha señalado lo disvalioso de este sistema, por la gran injerencia estatal en algo que hace a la esfera íntima de la familia; además porque da lugar a situaciones injustas. Por ejemplo, en el supuesto de que el padre le quisiera poner Miguel, como su padre; y la madre, Juan, como el suyo, llevado el conflicto a decisión judicial nos encontraríamos con que el niño podría estar largo tiempo sin nombre —tanto como dure la contienda—. Por otra parte, el juez carece de elementos como para inclinarse por uno u otro nombre; a más de ello el magistrado de primera instancia podría elegir un nombre, y tal resolución podría ser modificada por la Cámara que quizá se inclinara por otro, a más que la Corte también podría variar el resolutivo.

Pensamos que el sistema debería ser: decisión conjunta y elección por alguno de los cónyuges en caso de desacuerdo; es decir que hubiera un derecho de decisión dentro de la familia y no, fuera de ella.

e) Supuesto de muerte de uno de los padres:

En caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio al otro, la elección deberá hacerla el otro padre (art. 264, inc. 3º).

f) Hijos extramatrimoniales:

— reconocido por uno solo de los padres:

En este supuesto, la elección la hará aquel que lo reconociera (art. 264, inc. 4º).

En el caso especial de la madre extramatrimonial, la inscripción podrá realizarla quien presente un certificado médico y obstétrico que determine la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (art. 242).

Ello implica que en los hechos cualquier persona que realice la inscripción le puede poner nombre al menor.

— reconocido por ambos padres:

Si ambos padres conviven se aplica el mismo régimen que para los padres matrimoniales, es decir que la elección será conjunta con decisión judicial en caso de desacuerdo.

— de padres menores de edad:

En este supuesto la elección del nombre debe ser realizada por el tutor que se designa al niño (art. 264 bis).

604. LÍMITES A LA ELECCIÓN DEL NOMBRE DE PILA

La ley de nombre dispone en su artículo 3º una serie de limitaciones a la elección del nombre de pila, prohibiendo la imposición de nombres:

- extravagantes o ridículos;
- contrarios a nuestras costumbres;
- que representen tendencias políticas o ideológicas;
- que susciten equívocos con respecto al sexo;
- extranjeros no castellanizados por el uso;
- primeros nombres iguales a los de los hermanos vivos;
- más de tres nombres.

605. ALGUNAS APLICACIONES JUDICIALES

Los tribunales han tenido oportunidad de expedirse en numerosísimos casos denegando o concediendo autorizaciones de nombres de pila, conforme a las reglas antes expuestas.

Dentro de los nombres extravagantes o ridículos, han considerado tales a Júpiter, Zoroastro, Pelópidas, etcétera, y más recientemente a Democracia, respecto del cual se dijo que, como designación de un ser humano resulta extravagante y ridículo, y llama a la confusión de sexos si se lo quiere imponer a un varón ⁵.

En cuanto a los nombres que representan tendencias ideológicas, los tribunales han autorizado el cambio de nombres como Anárquico, Ateo y Hengel Lenin. Dentro de esta especie puede mencionarse que el prenombre Evita fue autorizado expresamente en el año 1952, para luego ser vedado también expresamente. Recientemente se ha resuelto que, si bien ese nombre ha sido llevado por una persona muy importante en la vida política del país, no representa una tendencia política determinada en los términos del inciso 1º del artículo 3º ⁶.

En punto a los apellidos como nombre, algunos han sido autorizados por cuanto pueden ser al mismo tiempo nombre de pila. Tal por ejemplo Hidalgo y Agostino (aunque este último no debió haber sido aceptado por ser extranjero y corresponder al nombre castellano Agustín).

Respecto del equívoco de sexos es admitido unánimemente que ello se excepciona cuando se trata de nombres que pueden ser aplicados a ambos sexos. Tal el caso de nombres como María en los varones, que se

⁵ CNCiv., Sala G, 24/5/1984, E.D. 114-599.

⁶ CNCiv., 7/8/1984, E.D. 114-599.

aplica siguiendo a un nombre masculino; o José, que siguiendo a María indica, sin duda, que la portadora es una mujer.

Como caso anecdótico, digamos que también se ha autorizado el prenombre María María pues la repetición del nombre no encaja en ninguna de las prohibiciones del artículo 3º de la ley ⁷.

606. TENDENCIA ACTUAL CON RELACIÓN A LOS PRENOMBRES EXTRANJEROS

Maas y Danielián han calificado de mentalidad de factoría la tendencia actual de colocar a los hijos nombres extranjeros, que nada tienen que ver con nuestras tradiciones ni nuestros orígenes.

Sin perjuicio de que se comparta o no el juicio de valor que hacen los autores citados, lo cierto es que en la elección del nombre, como en muchos otros aspectos, se advierte una gran tendencia a la extranjerización.

Se advierte ello en que nuestros tribunales han admitido recientemente nombres tales como: Daira, Yadile, Clea, Anael, Alia, Agostino, Yair, Jacqueline, Evelyn, etcétera, basados en que estos nombres no contrarían nuestras costumbres, ni vulneran la lengua castellana, ni su fonética, ni son extravagantes, ni producen confusión con respecto al sexo, ni son ridículos ni contrarios a las buenas costumbres.

Un pronunciamiento judicial —que por diversas razones particulares del caso autorizó el nombre Annick— puso de relieve la tendencia universal hacia la liberalización de la elección de los nombres, como una derivación de la búsqueda del respeto por las garantías individuales del ser humano ⁸.

607. REFORMA DE LA LEY 23.252 (NOMBRES INDÍGENAS)

Aunque no estaba previsto en la ley 18.248, la jurisprudencia había aceptado los nombres de origen indoamericano, fundada en que pertenecen a los aborígenes de nuestra tierra, que hablan dialectos que integran el acervo cultural argentino, Así se permitió la colocación de nombres tales como Lihuen, Ixiel, Usel Hinchel y Kanki, entre otros.

El 20 de setiembre de 1984 se sancionó la ley 23.252 que introduce el artículo 3º bis a la ley del nombre, disponiendo: "Podrán inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas, que no contraríen lo dispuesto por el artículo 3º, inciso 5º, parte final".

Sobre la base de esta regla se autorizó el nombre Qori Wamancha ⁹.

⁷ CCiv., Com. 1ª Mar del Plata, 19/8/1971, L.L. 146-159.

⁸ CNCiv., Sala C, 17/10/1991, J.A. 11/11/1992, comentario de esta sentencia en RDPC n° 2, pág. 259.

⁹ CNCiv., Sala A, 3/3/1987, E.D. 128-675.

608. *AUTORIDAD COMPETENTE EN LA MATERIA. RECURSOS* ¹⁰

El artículo 3º establece que las resoluciones denegatorias del Registro Civil son recurribles ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil.

Como ésta es una disposición de orden procedimental, no corresponde su inclusión en una ley nacional, porque las normas procesales deben ser dictadas por las provincias de conformidad a lo dispuesto por el artículo 67, inciso 11, de la Constitución Nacional.

Por ello se ha entendido que tal precepto es de aplicación solamente en la Capital Federal.

609. *CONSTITUCIONALIDAD DE LOS LÍMITES A LA ELECCIÓN DE PRENOMBRES*

La Corte Suprema nacional ha establecido de manera expresa la constitucionalidad de las limitaciones impuestas por el artículo 3º de la ley 18.248.

Lo ha hecho en particular con relación a la prohibición de imponer nombres extranjeros que no tienen traducción al castellano.

Para sostener la constitucionalidad del precepto se ha dicho que si bien los padres tienen derecho a la elección del nombre, ese derecho, como los demás reconocidos por la Constitución, se ejerce conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14 CN), y que no aparece irrazonable la limitación impuesta por el artículo 3º, toda vez 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. Y la razonabilidad de la norma pasa por el derecho de la persona que va a ser identificada a serlo de modo que facilite aquella integración y lo ponga a resguardo de situaciones que la tornen más dificultosa (del dictamen del Procurador General de la Nación en la causa citada en nota) ¹¹.

III. REGLAS CONCERNIENTES AL APELLIDO

610. *APELLIDO. CONCEPTO*

El apellido es la designación común a todos los miembros de una familia.

Corresponde distinguir entre doble apellido y apellido compuesto.

¹⁰ Bibliografía especial: ZANNONI, Eduardo A., "Recurso jurisdiccional en ámbito provincial de las resoluciones del Registro Civil denegando la inscripción del prenombre", *L.L.* 137-522.

¹¹ CSN, 9/8/1988, *L.L.* 3/4/1989, fº nº 87.316. La Corte ratifica así la doctrina adoptada en anterior composición: v. Fallos 302-457; sobre la antigua jurisprudencia v. BORDA, Guillermo A., "Vicisitudes de la jurisprudencia de la Corte Suprema en torno al nombre de pila", *L.L.* 96-45; La Corte Suprema nacional ha ratificado la constitucionalidad del artículo 3º, ley 18.248 en sentencia del 18/7/1995, *E.D.* 26/9/1995 con nota de Bidart Campos; comentario de este fallo en *RDPC* nº 12, pág. 352.

611. APELLIDO COMPUESTO. DOBLE APELLIDO

El doble apellido resulta de la agregación del apellido materno al paterno. Este apellido va variando de generación en generación por las agregaciones.

Apellido compuesto es el que se presenta integrado por dos apellidos inseparables, de modo tal que si se suprime uno de ellos la denominación queda incompleta. El apellido compuesto es inalterable (ej. Martínez de Hoz, Álvarez de Toledo, Barón Supervielle).

612. ADQUISICIÓN DEL APELLIDO

El apellido se adquiere en principio por filiación, y no por voluntad paterna.

En el caso de la mujer casada, por el matrimonio se adquiere el derecho al uso del apellido del marido.

También puede adquirirse por un acto administrativo como acaece en los menores no reconocidos.

613. ELECCIÓN DEL APELLIDO. TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO COMPARADO ¹²

El apellido ha sido considerado siempre materia vinculada a la filiación y al matrimonio. De modo que él se recibe por el nacimiento, y normalmente el apellido que se adquiere es el del padre matrimonial; aun cuando en ciertos países es muy habitual el apellido compuesto con el de la madre, ubicado en segundo lugar. Por otro lado, la mujer casada adquiriría el apellido del marido, adicionándolo (como en la Argentina), o lisa y llanamente sustituyendo al propio (como en Francia o en los países anglosajones).

Por supuesto que se desechara cualquier posibilidad de que las partes pudiesen establecer convenios sobre la materia, regida por reglas de orden público por estar en juego la identificación de las personas.

Sin embargo, en la actualidad el enfoque de la cuestión ha variado sustancialmente.

¹² Bibliografía especial: NAUTRE, S. *Le nom en droit comparé*, Francfort, 1977; FERRAND, Frédéric, "Le droit de la famille et l'égalité des époux en République Fédérale d'Allemagne", *RTDC* 1986-867; FURKEL, Françoise, "L'arrêt de la Cour Constitutionnelle de Karlsruhe du 8 mars 1988 et la constitutionnalité des dispositions allemandes sur le nom conjugal", *RTDC* 1988-859; v. también sobre este mismo pronunciamiento WEYERS, Hans Leo - KADNER, Thomas, "Apuntes sobre la evolución del Derecho civil en la República Federal de Alemania en 1987", *ADC*, 1988-1238; DESTOPOPOULOS, Constantin, "Sur le nom de famille", *RTDC* 1969-716; JESTAZ, Philippe, "A propos du nom patronymique: diagnostic et pronostic", *RTDC* 1989-269; SUTTON, Geneviève, "Le nom aux Etats - Unis", *RTDC* 1990-427; FURKEL, F., "La réforme du nom en Allemagne", *RIDC* 1994-1135; JAJME, Erik, "Cognome e diritto di famiglia nella recente riforma tedesca", *RDC* 1995-1ª Parte-71; MASSARI, I., "Il cognome di famiglia nella nuova legge tedesca", *RDC* 1994-1ª Parte-573.

Se afirma que la adquisición del apellido del marido por el matrimonio, y la correspondiente postergación o supresión del propio, es una discriminación contra los derechos de la mujer. De allí que hoy se propicie la posibilidad de que la mujer opte por usar o no el apellido de su marido, tal como se ha consagrado con la ley 23.515 (v. *infra*, n° 629). Y aun en ciertos países se admite que el matrimonio elija un apellido de familia, que puede ser el de cualquiera de los cónyuges y que será el que se transmita a los hijos (así la ley de la República Federal Alemana del 14 de junio de 1976).

Otras legislaciones han avanzado más todavía, lo que permite a los autores europeos afirmar que la tendencia del derecho comparado es al abandono de la preeminencia del patronímico del esposo sobre el de la esposa. Así en ciertos países la mujer puede optar por usar su apellido, el de su marido o uno compuesto (Polonia, Yugoslavia, Rumania). A veces es a los hijos a quienes corresponde optar por el apellido de su madre (Suecia y Noruega), de donde los hermanos pueden llegar a tener apellidos diferentes (Yugoslavia).

En la ley alemana de 1993, los cónyuges deben elegir un apellido de familia o conyugal, que puede ser el de cualquiera de los esposos; pero si no lo hacen en el momento del matrimonio tienen cinco años para elegirlo, y mientras tanto conservan su propio apellido. Además pueden usar el suyo propio (apellido de acompañamiento), pudiendo agregarlo antes o después del apellido de familia o conyugal. La transmisión del apellido a los hijos también presenta ribetes extraños a nuestras costumbres, pues si los padres no han elegido un apellido de familia pueden transmitirle su propio apellido que puede no ser el de nacimiento, sino el de un excónyuge del cual se está divorciado o se es viudo.

Bien señala Françoise Furkel que estas legislaciones buscan dar preeminencia a los valores del nombre como atributo de la personalidad, pero olvidan su función como elemento cohesionante de la familia, y agregamos nosotros, omiten ponderar la función de identificación de los individuos que lo califican como institución de policía civil.

Volvemos sobre el tema con mayor amplitud en el número 629.

IV. APELLIDO DEL HIJO MATRIMONIAL

614. REGLA GENERAL

En principio el apellido del hijo matrimonial es el de su padre.

615. TRANSMISIÓN DEL APELLIDO COMPUESTO Y DEL DOBLE APELLIDO

El apellido compuesto se transmite de generación en generación en forma idéntica.

En el caso de doble apellido, se transmite a la descendencia solamente el primero de sus elementos. Ejemplo: el hijo de Silvia López y Juan Pérez, tiene derecho a usar el apellido Pérez López, pero sólo va a transmitir a su prole el apellido Pérez. Pero, a su vez, este hijo podrá adicionar el apellido de su madre o el doble apellido de su padre. Así si Pérez López se casó con una señora de apellido Flores su hijo tendrá que usar obligatoriamente el apellido Pérez, pero podrá ser también: Pérez López, Pérez Flores o Pérez López Flores, lo que revela que no se ha previsto una norma limitativa del número de apellidos.

De todos modos en nuestro país no es frecuente el uso de numerosos apellidos.

616. *PROHIBICIÓN DE SUPRESIÓN DEL APELLIDO*

De esta materia rige el principio de inmutabilidad del nombre por lo que, una vez que el apellido materno se adicionó al paterno, no se lo puede suprimir.

617. *OPCIÓN A FAVOR DE LOS PADRES*

Los padres tienen el derecho a inscribir al hijo con el apellido doble del padre o adicionar el materno al paterno, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 4º de la ley 18.248.

Si bien en doctrina, se ha interpretado que se requiere la conformidad de ambos padres para la imposición o la agregación del apellido materno, después de la reforma de la ley 23.264 ha de 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.

En la práctica cualquiera de los padres puede realizar tal solicitud ante el registro, antes de que el menor cumpla los 18 años.

618. *OPCIÓN A FAVOR DE LOS HIJOS*

A partir de los 18 años, los hijos pueden optar por agregar el apellido materno al paterno.

La ley no impone un límite de tiempo para hacer uso de esta opción, la que, por otra parte, se ejerce mediante un simple trámite administrativo. Pliner indica que no aparece como razonable que pueda ejercerse después que el individuo ha sido reconocido en su vida de relación con un apellido determinado.

V. APELLIDO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

619. *RECONOCIMIENTO UNILATERAL DEL PADRE*

En el supuesto en que el padre reconozca al menor, éste tiene derecho a usar el apellido paterno; pero si el reconocimiento es posterior al

nacimiento podrá, con autorización judicial, mantenerse el apellido materno cuando el hijo fuera públicamente conocido por éste (art. 5º).

La ley no hace alusión expresa al reconocimiento obtenido por sentencia judicial contra el padre.

Pliner sostiene que lo dispuesto por el artículo 5º no puede extenderse al reconocimiento forzoso, pues sería muy discutible tener que aceptar que el padre impusiera su apellido al hijo que se negó a admitir como propio.

Entendemos que la solución legal es idéntica en los supuestos de reconocimiento voluntario o sentencia judicial, por cuanto la ley no establece diferencias. Y, cuando el legislador ha querido que los efectos del reconocimiento voluntario fueran distintos que los del forzoso, lo ha establecido expresamente. Así cabe señalar que el reconocimiento del hijo durante la minoridad comporta dos consecuencias que no se extienden a la sentencia que declara la filiación: el usufructo sobre los bienes del reconocido (art. 287) y la vocación hereditaria con respecto al mismo (art. 3296). En todo lo demás, las consecuencias son idénticas; por ende, en materia de nombre rigen iguales principios para el reconocimiento voluntario y el obtenido por sentencia judicial.

620. RECONOCIMIENTO UNILATERAL DE LA MADRE

La ley 18.248 establece que el hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de los progenitores adquiere su apellido.

Esta ley era congruente con la forma de adquirir la filiación extramatrimonial en el régimen del Código Civil, en el cual ello acaecía solamente por el reconocimiento o por sentencia judicial.

Desde el año 1985, en nuestro país se puede determinar la filiación materna sin necesidad de reconocimiento, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 242, que prevé la posibilidad de su determinación con un certificado médico que acredite la identidad del nacido y el hecho del parto.

Con estos dos elementos se puede lograr la inscripción del recién nacido y también en este supuesto adquiere el apellido materno.

Podemos entonces afirmar que, en el caso de determinación legal de la maternidad (art. 242) y de reconocimiento unilateral de la madre, el menor adquiere el apellido materno.

621. RECONOCIMIENTO SIMULTÁNEO DE AMBOS PADRES

En el supuesto de reconocimiento simultáneo de ambos padres, el hijo adquiere el apellido del padre pudiendo adicionársele el apellido de la madre en iguales circunstancias que para el supuesto del apellido de los hijos matrimoniales.

La misma regla se aplica a la hipótesis de reconocimiento voluntario del padre y determinación legal de la maternidad.

622. OPCIÓN A FAVOR DEL HIJO. PROCEDIMIENTO

Si el reconocimiento del padre fuere posterior al de la madre, el hijo tiene por dos años contados a partir de los 18 años o de su emancipación por matrimonio, o desde el reconocimiento si fuese posterior a estos hechos, la opción para continuar usando el apellido materno o cambiarlo por el paterno, o anteponer éste al de la madre.

Para esta opción se requiere autorización judicial. Ello se ha criticado en doctrina, porque en el supuesto de los hijos matrimoniales, no se requiere intervención judicial, bastando la petición del interesado frente al registro. Pero este caso es diferente ya que no importa una simple adición de apellidos sino una modificación más trascendente, por lo cual parece prudente la intervención del juez.

Si bien la ley no ha establecido procedimiento debe aplicársele análogicamente lo dispuesto por el artículo 17 de la ley 18.248.

623. HIJO DE MUJER VIUDA

En el supuesto de hijo de mujer viuda, hay que distinguir el momento del nacimiento. Si el niño nace dentro de los trescientos días de muerto el marido de la madre, se lo considera hijo del matrimonio y, por ende, lleva el apellido del padre.

Si el hijo nace después de los trescientos días de disuelto el matrimonio de la madre, lleva el apellido de soltera de la madre y se rige por las demás disposiciones de la ley en materia de filiación extramatrimonial.

VI. APELLIDO DEL HIJO ADOPTIVO ¹³

624. ADOPCIÓN PLENA

La adopción plena confiere al adoptado el carácter de hijo legítimo y borra todos los lazos con la familia de sangre, excepto en lo que hace a impedimentos para contraer matrimonio.

Con relación al apellido de quien resultare adoptado por este sistema, corresponden las siguientes consideraciones.

a) *Adoptante individual mujer o varón solteros:*

El niño lleva el primer apellido del adoptante, pudiendo agregar el doble apellido de éste si el adoptante lo solicitare (art. 326).

¹³ MORENO DUBOIS, Eduardo E., "Problemas que plantea la ley de adopción en lo atinente al nombre del adoptado", *L.L.* 128-721; "El derecho del adoptante a cambiar o adicionar el prenombre de su hijo adoptivo", *L.L.* 134-921; ZANNONI, Eduardo A. - ORQUIN, Leopoldo M., *La adopción y su nuevo régimen legal*, Buenos Aires, 1972; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "El nombre de los hijos adoptivos", *E.D.* 42-875; BELLUSCIO, Augusto C., "El apellido del adoptado por mujer viuda", *L.L.* 135-394; LEZANA, Julio I., "El nombre y el apellido de los adoptados después de la sanción de la ley 19.134", *L.L.* 147-1274.

b) Adoptantes cónyuges:

Adquiere el apellido del marido como en el supuesto de hijos matrimoniales, pudiendo adicionar el doble apellido del padre o el apellido de la madre adoptiva.

c) Adoptante viuda:

En este supuesto, el niño lleva el apellido de soltera de la madre, salvo que existan circunstancias justificadas que autoricen atribuirle el apellido del marido de la adoptante. En algún caso se consideró que existían tales circunstancias, probado que el marido premuerto había manifestado la intención de adoptar a la criatura.

d) Adoptante divorciada, separada de hecho o separada legalmente:

En estos supuestos, el menor llevará el apellido de soltera de la madre, aun cuando ésta use el de casada.

e) Opción a favor del hijo adoptivo:

Al igual que en el supuesto de hijos matrimoniales, a partir de los 18 años el adoptado puede peticionar la adición del doble apellido de su padre adoptivo o la agregación del apellido de su madre adoptiva; ello es así por aplicación de la ley 18.248.

Como consecuencia de que desaparecen completamente los vínculos con su familia de origen, el adoptado no puede peticionar la agregación del apellido de su familia de sangre.

625. ADOPCIÓN SIMPLE

En la adopción simple, se mantienen algunos vínculos jurídicos con la familia de sangre, ya que si bien confiere al adoptado la posición del hijo legítimo, no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia de sangre del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados por la ley.

La ley 18.248 no reglaba sobre el apellido en el caso de la adopción simple ya que este instituto recién aparece con la sanción de la ley 19.134; en el régimen de adopción en vigor, el artículo 332 dispone: "*La adopción simple impone al adoptado el apellido del adoptante, pero aquél podrá agregar el suyo propio a partir de los 18 años. La viuda adoptante podrá solicitar que se imponga al adoptado el apellido de su esposo premuerto si existen causas justificadas*".

Corresponde distinguir los distintos supuestos que se pueden plantear, a saber:

a) Adoptante varón o mujer soltera:

El adoptado adquiere el apellido del adoptante, sin perjuicio de que el hijo adoptivo tiene el derecho de agregar el suyo propio o desde los 18

años puede adicionar el doble apellido del adoptante (art. 4º, ley 18.248). Sobre este punto, un tribunal ha dicho —durante la vigencia del anterior régimen de adopción (ley 19.134) que sustancialmente se mantienen en esta temática del nombre del hijo adoptivo— que el adoptado puede anteponer el apellido de sangre al del adoptante, pues autoriza a *agregar* ese apellido sin indicar orden ¹⁴; la solución judicial anotada es muy discutible.

b) Adoptantes cónyuges:

Lleva el apellido del marido, pudiendo adicionarse su doble apellido o el de la esposa; facultad que también tiene el hijo a partir de los 18 años. Asimismo a partir de esa edad puede adicionar su apellido de sangre.

c) Adoptante viuda:

En principio, el adoptado lleva el apellido de soltera de la adoptante viuda; el artículo 332 deja a salvo la posibilidad de que, a pedido de la adoptante se imponga al adoptado el apellido del marido premuerto cuando concurren causas justificadas.

La única causa justificada es que el marido premuerto haya manifestado claramente su voluntad de adoptar al menor o que le haya dado trato de hijo (conf. Belluscio).

d) Opción a favor del adoptado:

El hijo adoptado por adopción simple puede agregar su apellido de sangre. La Ley de Adopción no ha previsto desde qué momento puede ejercerse este derecho, pero por aplicación analógica de los artículos 4º, 5º, 6º y 12 de la ley 18.248, puede concluirse en que el menor está legitimado para hacer uso de esa facultad a partir de los 18 años, sin límite de tiempo posterior (arg. art. 4º, ley 18.248). Esta opción puede ejercerse directamente en sede administrativa (también art. 4º, ley 18.248).

VII. MENORES NO RECONOCIDOS

626. REGLA LEGAL

El artículo 6º de la ley 18.248 establece que el oficial del Registro del Estado Civil anotará con un apellido común al menor no reconocido, salvo que hubiese usado apellido, en cuyo caso se le impondrá éste.

El sistema argentino de atribución administrativa de nombre es correcto, porque se aplica a aquellas personas de filiación desconocida y mediante él se provee de un modo adecuado el bien de la identidad personal, dotando a estas personas de un signo individualizador.

¹⁴ CNCiv., Sala J, 31/8/1994, L.L. 8/6/1995, fallo n° 93.224, con nota de MAZZINGHI, Jorge A.; ver comentario de este fallo en RDPC n° 10, pág. 313.

Las características de los apellidos impuestos por decisión administrativa en nuestro derecho son:

— su provisionalidad: ya que establecida la verdadera filiación paterna o materna, o ambas a la vez, tales apellidos deben sustituir al impuesto administrativamente;

— su subsidiariedad con respecto a los apellidos usados de hecho. Si el interesado ha usado en su vida social un apellido, no procede la elección arbitraria de otro.

627. RECONOCIMIENTO POSTERIOR DE UNO DE LOS PADRES

Si, posteriormente, algunos de los progenitores reconociere al menor, el apellido dado administrativamente se sustituye por el del padre que lo reconoció, salvo que el menor ya fuera conocido por el apellido dado por el oficial del Registro público. Se aplican en este supuesto iguales reglas que para el caso de los hijos extramatrimoniales.

VIII. APELLIDO DE LA MUJER CASADA

628. MUJER CASADA. REGLA GENERAL EN LA LEY 18.248

La ley 18.248 estableció como principio general la obligación de la mujer casada de adoptar el apellido de su marido precedido de la partícula “de”. La omisión de su uso era considerado doctrinaria y jurisprudencialmente como causal de divorcio, por injurias graves.

629. REFORMA DE LA LEY 23.515. ANTECEDENTES. VALORACIÓN

Si bien el uso del apellido marital precedido por la partícula “de” estaba impuesto desde antiguo por la costumbre, existe una cierta tendencia universal a suprimir la obligatoriedad del uso del apellido marital. En este sentido la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por las Naciones Unidas el 18 de setiembre de 1979 y ratificada por la Argentina por la ley 23.179 del 8 de mayo de 1985, dispone en su artículo 16 que los Estados parte de la Convención adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación de la mujer garantizando el reconocimiento de los mismos derechos personales que al hombre, entre ellos el “derecho a elegir el apellido”.

Lo cierto es que la obligatoria adopción por la mujer casada del apellido del esposo no deja de significar una supeditación discriminatoria de la mujer, una supervivencia residual de la antigua potestad marital romana.

Siguiendo las tendencias del Derecho comparado, favorables a autorizar a la mujer casada el uso del apellido prematrimonial, el nuevo ar-

título 8º dispone que: “*será optativo para la mujer añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición ‘de’*”.

La nueva ley ha suprimido el párrafo del artículo 8º que permitía a la mujer continuar usando su apellido de soltera si fuese conocida con él en el comercio, profesión o industria. Ello implica que la mujer no se ve limitada a estos supuestos para seguir usando el apellido de soltera; sino que aun cuando no fuere conocida en profesión, industria o comercio, por el apellido de soltera, puede optar por continuar usándolo.

El sistema seguido por la Ley de Matrimonio Civil es bueno, ya que por un lado respeta nuestra costumbre de adicionar el apellido del marido precedido de la partícula “de” y, por otro lado, consagra la igualdad de los cónyuges al permitir que la mujer siga usando el apellido de soltera.

De todos modos, debe señalarse que nuestro nuevo régimen no se ha visto seducido por los sistemas más modernos que contemplan la incorporación del “nombre de familia”.

En los países del Este europeo, especialmente en los del área oriental, se reconoce, por lo general, a los contrayentes la facultad de determinar el apellido que han de utilizar durante el matrimonio, pudiendo optar por la conservación de su propio apellido, por adoptar ambos el apellido del marido, o el apellido de la esposa, o bien formar un apellido compuesto uniendo el de ambos, o adoptar el apellido de un tercero. Se inscriben en este sistema, Rusia, Rumania, Bulgaria, la ex Alemania Oriental, Albania, Polonia, Yugoslavia (v. *supra*, nº 613).

Estimamos que si bien resulta atrayente el pensar en adoptar el “nombre de familia”, él es extraño a nuestras costumbres, y la Ley de Matrimonio Civil en esto, como en muchas otras cuestiones, ha sido prudente, porque ha innovado pero sin incorporar los últimos institutos legislativos del derecho comparado, cuando ellos no se ajustaban a la evolución social de nuestro medio.

Es interesante señalar que la Corte Europea de Derechos del Hombre ha condenado una decisión de un tribunal suizo que había rechazado la demanda de un marido que pretendía hacer preceder su propio apellido al de su mujer que había sido elegido como nombre de familia; con lo cual se señala en la doctrina que el futuro de los países europeos en esta materia es el del doble apellido, quedando a determinar exclusivamente el orden de ellos ¹⁵.

630. NULIDAD DE MATRIMONIO. EFECTOS

El artículo 11 de la ley 18.248 establece que “*decretada la nulidad de matrimonio la mujer perderá el apellido marital. Sin embargo, si lo pidiera será autorizada a usarlo, cuando tuviera hijos y fuese cónyuge de buena fe*”.

¹⁵ *Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 22/2/1994, comentario en *RTDC* 1994-563.

Si ambos cónyuges fueran de mala fe, el matrimonio anulado se reputa como si nunca hubiera existido y produce iguales efectos jurídicos que el concubinato. Por ende la mujer no tiene derecho a seguir usando el apellido marital, por cuanto nunca tuvo ese derecho.

Si ambos cónyuges fueran de buena fe, el matrimonio producirá efectos jurídicos hasta el día de la sentencia que declare la nulidad. Ello implica que la mujer tenía derecho a usar el apellido marital, y por ende es correcto hablar de la continuidad en el uso del mismo; la ley concede el derecho a continuar en el uso del apellido marital, sólo si lo pidiera el cónyuge de buena fe y en el caso de tener hijos.

631. MUJER VIUDA

La ley de nombre otorga a la viuda un derecho potestativo de seguir usando el apellido del marido o suprimirlo mediante la anotación correspondiente (art. 10, ley 18.248).

Ello implica que la mujer viuda que durante la vigencia de su matrimonio hubiere optado por el uso del apellido marital tiene el derecho de seguir usándolo sin más, y tiene la opción de requerir la supresión del apellido marital al Registro Civil.

Toda la doctrina ha criticado el procedimiento por cuanto en el Registro Civil no se realiza ninguna inscripción de la adición del apellido marital; en consecuencia, el Registro en principio no tiene donde anotar la supresión; por ello el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Capital dictó la resolución del 8 de agosto de 1969, mediante la cual se dispone que efectuada la petición por la interesada, corresponde tomar nota marginal en la partida de matrimonio.

A partir de la ley 23.515, la mujer viuda que en vida de su marido no hubiese usado el apellido marital no tendrá que solicitar inscripción de supresión alguna.

En el caso de que la mujer viuda celebre nuevas nupcias, pierde el derecho a seguir usando el apellido del marido premuerto.

632. MUJER DEL AUSENTE CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO ¹⁶

En el supuesto de ausencia con presunción de fallecimiento, no se disuelve el matrimonio hasta que el cónyuge no contrae nuevas nupcias; por ende la jurisprudencia ha entendido que la mujer conserva la obligación de usar el apellido marital ¹⁷.

¹⁶ Bibliografía especial: MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, "El apellido de la mujer casada y la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento", *J.A.* 25-1975-404.

¹⁷ CNCiv., Sala D, 3/10/1974, *E.D.* 58-434.

En contra de ese criterio se ha manifestado Moisset de Espanés, para quien corresponde otorgar a la cónyuge del presuntamente fallecido el derecho de opción que tiene la divorciada y la viuda, ya que tanto la viuda como la cónyuge del presunto muerto tienen habilidad nupcial.

Cabe señalar que la ley 23.515 mantiene el mismo criterio que la ley 2.393, en el sentido de que el vínculo no se disuelve con la declaración de presunción de fallecimiento, sino que se disuelve por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado tal (art. 213, Cód. Civ.). Pero esta ley ha variado en otros criterios: llevar el apellido marital no es un deber sino una facultad (art. 8º, ley de nombre) y en el supuesto de divorcio vincular, el principio general es el de que la mujer pierde el derecho a usar el apellido marital.

Por lo que después de la ley 23.515 resulta todavía más evidente que la mujer del presuntamente fallecido puede optar por continuar o no usando el apellido de su esposo.

IX. APELLIDO DE LA MUJER DIVORCIADA

633. DIVORCIO VINCULAR (LEY 23.515). EFECTOS.

REGLA GENERAL

La ley 23.515 ha introducido en nuestro derecho el divorcio vincular y ha reglado específicamente sobre el apellido de la mujer divorciada vincularmente.

El artículo 9º de la ley de nombre dispone a partir de la ley 23.515, que “...decretado el divorcio vincular la mujer perderá el derecho a usar el apellido marital, salvo acuerdo en contrario o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades”.

El principio general es que la mujer divorciada carece de derecho para seguir utilizando el apellido de su esposo; ello parece congruente con la desaparición del vínculo.

634. EXCEPCIONES. VALORACIÓN CRÍTICA

Existen dos supuestos de excepción contemplados específicamente en la norma, que son la existencia de acuerdo sobre el uso del apellido y que la mujer sea conocida con el mismo en una actividad profesional.

La posibilidad del acuerdo sobre el nombre constituye una excepción a la regla de que se trata, una materia indisponible para los particulares.

En cuanto al derecho de la mujer, conocida en algún ámbito profesional con el apellido de casada, para continuar con el mismo se ha estimado que resulta una previsión injusta para aquellas mujeres que

pueden desear conservar su apellido marital aun cuando tengan una actividad reducida al ámbito hogareño o familiar, pero no han dado causa al divorcio.

635. *DIVORCIO DEL ARTÍCULO 31 DE LA LEY 14.394*

El artículo 11, *in fine*, de la ley de nombre, dispone que la mujer divorciada por el procedimiento del artículo 31 de la ley 14.394 no pierde el apellido marital cuando fuere cónyuge inocente que no pidió la disolución del vínculo.

Este precepto no ha sido modificado por la ley 23.515, de Matrimonio Civil, pese a que legisló expresamente sobre el apellido de la mujer divorciada vincularmente (art. 9º, ley 18.248), por lo que debe entenderse lo subsistente.

Es la solución adecuada, pues respeta derechos adquiridos durante la legislación pasada.

636. *APELLIDO DE LA MUJER SEPARADA*

Decretada la separación personal será optativo para la mujer seguir usando el apellido del marido (art. 9º, ley 18.248).

X. PRINCIPIO DE INMUTABILIDAD DEL NOMBRE ¹⁸

637. *EXPOSICIÓN DEL PRINCIPIO. RECONOCIMIENTO LEGISLATIVO*

La inmutabilidad implica que el nombre no se puede cambiar salvo excepciones restringidas; tiende a proteger los derechos individuales y a la sociedad, ya que se trata de dar seguridad en la identificación de las personas.

El principio de la inmutabilidad del nombre era desconocido en el Derecho Romano justiniano, que acordaba libertad para cambiar de nombre siempre que el cambio fuera "inocente", es decir, sin propósitos fraudulentos.

La estabilidad del nombre fue receptada por la ley del nombre francesa de 1794 y es hoy una regla generalizada.

¹⁸ Bibliografía especial: SEMON, Juan, "El principio de la inmutabilidad del nombre. Sus fundamentos y aplicación", *L.L.* 50-649; PLINER, Adolfo, "El dogma de la inmutabilidad del nombre y los justos motivos para cambiarlo", *L.L.* 1979-D-276; ANTONI, Jorge, "Cambio o adición de nombre", *J.A.* 1945-IV-Doct. 51; LEGON, Fernando, "Adecuación jurídica del cambio de nombre frente al Estado, a los particulares y a los terceros", *J.A.* 51-584.

El fundamento deviene de razones de seguridad, porque admitir el cambio arbitrario del nombre implicaría desorden, inseguridades e incumplimientos de deberes y obligaciones.

La inmutabilidad del nombre fue un tema discutido en la doctrina patria, hasta la sanción de la ley 18.248 que lo acoge en su artículo 15. Ha sido caracterizado en doctrina por Pliner como un "severo principio relativo" por ser una regla que admite excepciones, aceptables en forma restringida por estar involucrado el orden público.

638. CAMBIO O ADICIÓN DE NOMBRE

El nombre puede variarse ya sea por la alteración o modificación parcial (ej., nombres extranjeros que se castellanizan) o por la adición de un nombre (ej., supuesto de la mujer casada).

XI. CAMBIOS DE NOMBRE IMPUESTOS POR LA LEY

Hay ciertos cambios de nombre que se imponen por imperio de la ley. Ellos son:

639. DIVORCIO VINCULAR Y NULIDAD DE MATRIMONIO

Según el artículo 9º de la ley 18.248, modificada por la ley 23.515, la mujer casada que hubiera optado por usar el apellido marital perderá el derecho de usarlo después del divorcio vincular, salvo acuerdo en contrario o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese reconocida por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades.

El artículo 11 de la ley 18.248 establece que decretada la nulidad del matrimonio o del divorcio vincular que autorizaba la ley 14.394, la mujer pierde el apellido marital (salvo las excepciones vistas, *supra*, nº 634).

640. VIUDA QUE CONTRAE NUEVO MATRIMONIO

En virtud de la aplicación del artículo 10 de la Ley de Nombre, la viuda que se vuelve a casar pierde el derecho a seguir usando el apellido del marido premuerto.

641. HIJOS ADOPTIVOS

El apellido del adoptante es adquirido por los hijos adoptivos, pudiendo adicionar el de sangre cuando se trate de adopción simple (art. 12, ley 18.248 y arts. 326 y 332).

XII. CAMBIOS AUTORIZADOS POR LA LEY

642. *PRENOMBRE DEL ADOPTADO*

Los padres adoptantes pueden solicitar el cambio de nombre de su hijo adoptivo cuando este tuviera menos de 6 años. En el caso de tener más de 6 años, puede adicionar un nombre debiendo respetarse siempre el máximo de tres (art. 13, ley 18.248).

643. *MUJER VIUDA*

La mujer viuda que no contrae nuevo matrimonio, y que usaba el apellido marital, tiene derecho, tras la muerte de su marido, a solicitar ante el registro la supresión del apellido marital.

644. *MUJER SEPARADA*

Tras la separación personal, la mujer separada tiene el derecho a optar por continuar usando o no el apellido marital. Cuando existan graves motivos, los jueces, a pedido del marido, podrán prohibir a la mujer separada el uso del apellido marital (art. 9º, ley 18.248, reformado por la ley 23.515).

Doctrinaria y jurisprudencialmente se entiende que, para que el marido pueda solicitar al juez la supresión del apellido de la mujer separada, no basta con que el divorcio haya sido declarado por culpa exclusiva de la mujer sino que, además, resulta necesario que la causal que dio origen a la sentencia sea deshonrosa para el esposo.

Entendemos que también por actos posteriores puede solicitarse la supresión del apellido marital cuando ellos sean lesivos para el honor del marido. Por ejemplo, si la mujer llevara una vida licenciosa o fuese condenada por un delito doloso.

645. *EXISTENCIA DE JUSTOS MOTIVOS.**BREVE REVISIÓN DE LOS CRITERIOS JUDICIALES*

El artículo 15 autoriza el cambio de nombre cuando existiesen justos motivos; estos deben ser siempre de interpretación restrictiva, y el cambio sólo debe autorizarse cuando existan causas muy serias.

Cuadra advertir que en los últimos años se ha relativizado en exceso el principio de la inmutabilidad del nombre, tornando lo que Pliner llamaba "severo principio relativo" en un "blando principio relativo" o en una relatividad ¹⁹.

Corresponde examinar brevemente los criterios judiciales.

¹⁹ *LL. actualidad*, ejemplar del 3/10/1986, pág. 1, "García Ricardo O. s/información su-maria" Juzgado Nacional en lo Civil N° 29.

a) Cambio de nombre por nulidad del matrimonio de la madre en el supuesto de ignorancia de la identidad del cónyuge:

En un insólito caso fallado por la Cámara Nacional Civil, Sala A, se resolvió declarar nulo el matrimonio porque la mujer descubrió que el marido había adulterado su identidad para casarse y se ignoraba su verdadera identidad. En tal supuesto, se consideró que existían justos motivos para cambiar el apellido del menor, ya que la función identificatoria del apellido, se cumple plenamente si se dispone que el hijo lleve el de su madre y no el de quien figura formalmente como su padre en el acta de nacimiento, pero cuya identidad se desconoce realmente ²⁰.

b) Cambio de nombre por el uso de otro:

La jurisprudencia ha dicho, en innumerable cantidad de oportunidades, que el mero uso o costumbre no resultan suficientes para modificar o suprimir el nombre de pila ²¹. Lo contrario implicaría admitir la voluntad en el cambio de nombre.

c) Cambio de nombre de menores:

Se afirma que, cuando las personas legitimadas para escoger los nombres requieren modificaciones o adiciones en los prenombrados, el criterio para apreciar los "justos motivos" debe 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 ²².

d) Motivos sentimentales:

El nombre no puede modificarse por razones meramente sentimentales ²³.

Sin embargo una sentencia errada y permisiva ha admitido la agregación como segundo apellido del seudónimo del progenitor, basado en el ya prolongado uso y en razones puramente sentimentales ²⁴.

²⁰ CNCiv., Sala A, 12/3/1985, L.L. 1986-B-468.

²¹ CNCiv., Sala C, 21/12/1982, J.A. 1983-III-síntesis.

²² CNCiv., Sala G, 20/3/1985, L.L. 1985-III-276, E.D. 104-480.

²³ CNCiv., Sala E, 17/11/1982, J.A. 1983-III-síntesis.

²⁴ CNCiv., Sala F, 5/6/1986, L.L. 1987-E-187 con nota de LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., "De las soluciones singulares a las indebidas generalizaciones (el principio de la inmutabilidad del nombre a través de un fallo)".

e) Motivos religiosos:

Se ha aceptado el cambio de prenombre fundado en razones religiosas, en el caso de una conversa al judaísmo que solicitó sustituir Concepción por Raquel ²⁵. También se permitió la modificación del nombre Ateo por Atilio ²⁶.

f) Cuando el apellido fuera de difícil pronunciación:

El extranjero que se nacionaliza puede solicitar su adecuación gráfica y fonética al castellano (art. 7º, ley 18.248).

g) Nombre públicamente deshonrado por los padres:

Para modificar el nombre no es suficiente la comisión de un ilícito por los padres o parientes, sino que éste debe ser grave y debe haber adquirido notoriedad ²⁷.

h) Traducción al castellano del prenombre extranjero:

Se ha admitido la traducción al castellano del prenombre extranjero, como por ejemplo ²⁸, Guy por "Guido", ya que como afirma Pliner "no es sólo por prurito nacionalista que conviene preservar el idioma de los nombres de las personas, sino porque resulta chocante el uso de nombres de pila en lengua extranjera cuando existe traducción correcta".

i) Cambio de nombre por confusión de sexo:

Resulta legítimo alterar el prenombre cuando éste induce a confusión de sexo. Jurisprudencialmente se autorizó a cambiar a un varón el nombre Adila por Adalid, fundado en que aquél ocasionaba equívocos con respecto al sexo ²⁹.

j) Nombre que en nuestro giro tiene un significado ridículo o se presta a giros injuriosos o agraviantes:

Se ha admitido el cambio de nombre, como Mamerto; y la sustitución de apellidos, como Miculinis o Kakas.

k) Nombre que tiene implicancias políticas:

Se ha autorizado el cambio del nombre Hengel Lenin ³⁰, y también el del apellido Eichmann para una familia judía.

²⁵ 1º Inst. Capital, firme, 5/8/1966, E.D. 17-494.

²⁶ 1º Inst. Capital, firme, L.L. 34-949.

²⁷ CCiv. 2ª Cap., J.A. 195-IV-262.

²⁸ CNCiv., Sala C, 18/4/1979, L.L. 1979-D-277.

²⁹ CNCiv., Sala C, 27/7/1977, L.L. 1977-C-504.

³⁰ CApel. Azul, 26/6/1960, Rev. L.L. XXI, pág. 783, nº 21.

l) *Cambio de sexo:*

La problemática del cambio de sexo en las hipótesis de transexualismo es estudiada en el Capítulo XVIII. Pero aquí anticipamos que en algunos casos la jurisprudencia ha admitido que se cambie el nombre de la persona para adecuarlo a su apariencia externa, sea por padecer algún raro síndrome ³¹; o por mediar una suerte de hermafroditismo ³², o lisa y llanamente, por considerar que cabía autorizar un cambio de sexo ³³.

XIII. ADICIÓN AUTORIZADA POR LA LEY

646. HIJOS ADOPTIVOS

Los adoptantes pueden solicitar la adición de un nombre en el adoptado, si éste fuera menor de 6 años; el nombre adicionado puede anteponerse al que ya tuviera el menor, y si tiene más de esa edad debe agregarse a continuación de los que ya tuviere, respetando siempre el límite de tres nombres (art. 13, Ley de Nombre).

647. HOMONIMIA

Se admite que se pueda adicionar un nombre para evitar los efectos de la homonimia, por ejemplo, en el caso de primos que ejercen la misma profesión e inclusive en el supuesto de padres e hijos ³⁴.

648. EXTRANJERO QUE SE NACIONALIZA

El artículo 7º de la ley 18.248 autoriza al extranjero que se nacionaliza a adaptar gráfica y fonéticamente al castellano su apellido de difícil pronunciación.

XIV. PROCEDIMIENTO PARA EL CAMBIO DE NOMBRE

Las legislaciones se encuentran divididas en dos grandes grupos:

- aquellas en que los cambios de nombre son autorizados por la Administración (Italia, Suiza, Alemania, Bélgica e Israel);
- aquellas donde los cambios de nombre sólo son autorizados por el Poder Judicial, como en la mayor parte de los países de América Latina y Gran Bretaña.

³¹ 1ª. Inst. Civ. Cap., 5/3/1993, E.D. 13 y 14/7/1993, fallo n° 45.128, comentario de este fallo en *RDPC* n° 4, pág. 350.

³² CApel. Civ. y Com. San Nicolás, 11/8/1994, *J.A.* 1995-II-380.

³³ 1ª Inst. Quilmes, Prov. de Buenos Aires, mayo s/d, 1997, *L.L.* 1997-957.

³⁴ CNCiv., Sala B, 12/7/1974. *L.L.* 1975-A-779, 32.120 S.

En nuestro sistema los errores materiales pueden ser rectificadas administrativamente; los cambios de nombre deben someterse a la decisión judicial.

649. *JUEZ COMPETENTE*

Lo es el del lugar en que se encuentra la partida original o el del domicilio del interesado.

650. *TIPO DE PROCESO*

El artículo 16 de la ley 18.248 establece que la modificación, cambio o adición del nombre tramitará por el procedimiento sumarísimo. En aquellas provincias, como en Mendoza, donde tal procedimiento no existe, tramitará por el más breve que autorizan las leyes locales.

La Ley del Nombre establece así una excepción al principio general sentado en el artículo 71 del decreto-ley 8204/1963 que impone el juicio sumario para la rectificación de los asientos en los registros.

651. *MINISTERIO PÚBLICO*

En la modificación del nombre, se encuentra comprometido el orden público; es por ello que el legislador ha establecido la necesaria participación del ministerio público en el proceso dirigido a obtener ese resultado.

Si se tratare de la persona de un menor también deberá intervenir el ministerio pupilar (art. 59) so pena de nulidad relativa del procedimiento realizado sin su participación.

Cabe señalar que la participación del ministerio público no suple la del asesor de menores.

652. *PUBLICIDAD*

El pedido debe publicarse en un diario oficial una vez por mes en el lapso de dos meses.

Entiende la generalidad de la doctrina que debió preverse una publicidad más idónea. Es necesario señalar que los diarios oficiales son provinciales; ello acarrea mayor inseguridad al sistema, por cuanto en las restantes provincias no se hará ningún tipo de publicidad.

Si bien la ley no lo dice, nada obsta a que, ante un pedido del interesado y a su costa, se realice mayor publicidad en cualquier otro medio de difusión.

653. *OPOSICIONES*

Dentro de los quince días de publicado el último edicto se podrán formular oposiciones, fundadas en motivos graves, como podrían ser la homonimia o una usurpación de nombre.

El plazo resulta verdaderamente exiguo y la falta de oposición no impide el ejercicio de las acciones tutelares del nombre (v. *infra*, n° 668).

654. INFORMES

La ley exige que se requieran informes para determinar la existencia de medidas precautorias, a nombre del actor.

No se señala a quién se le deben solicitar los informes pertinentes, ni se establece cuál es el efecto de la existencia de medidas.

Entendemos que los informes deberán ser solicitados a los registros, como por ejemplo, al Registro de la Propiedad Inmueble y Registro Público de Comercio; el problema se presenta con el Registro del Automotor porque éste no lleva folio personal, por lo que no podrá informar sobre la existencia de medidas cautelares. Por otra parte los informes serán solamente provinciales, con lo que el proceso genera inseguridades.

Estimamos que la existencia de medidas precautorias no impide el cambio de nombres; simplemente deberá hacerse constar el cambio en el registro donde se halle asentado esa medida.

655. SENTENCIA

La sentencia tiene efectos *erga omnes* y debe ser comunicada al Registro Civil. El pronunciamiento judicial recién va a generar efectos cuando quede firme.

656. JUICIO SUCESORIO

Las partidas que acreditan vocación hereditaria pueden modificarse ante el juez de la sucesión.

Esta posibilidad debe considerarse limitada a la mera rectificación de erratas u omisiones materiales, pese a hallarse situada en el artículo 16 de la ley 18.248, pues no se concibe que dentro del juicio sucesorio se realice un cambio de nombre.

XV. EFECTOS DEL CAMBIO DE NOMBRE

El cambio de nombre produce una modificación en las partidas del titular, como así también de sus hijos menores, y en su caso, puede también modificarse la partida de matrimonio (art. 19, ley 18.248).

El cambio hecho por el padre sólo alcanza a los hijos menores, no a los hijos mayores de edad ni a los emancipados. Entendemos que si éstos desean solicitar el cambio, deberán iniciar igual procedimiento que su padre (conf. Pliner).

XVI. EL SEUDÓNIMO ³⁵657. *CONCEPTO*

Etimológicamente la palabra seudónimo significa nombre falso.

Nosotros lo concebimos como la designación que una persona voluntariamente se da a sí misma, sea con el objeto de ocultar su verdadera identidad o de darle realce en el ejercicio de una actividad, y que puede formarse con un nombre y apellido, con un prenombre o con una designación de fantasía.

658. *EL NOMBRE RELIGIOSO*

Es el adoptado por las personas al ingresar a órdenes religiosas, o por los cardenales de la Iglesia al ser elegidos papas.

En verdad se trata de una especie de seudónimo, ya que es una denominación elegida espontáneamente para usar en un determinado ámbito de la vida.

Se encuentra regulado por el Derecho Canónico; en nuestro ordenamiento positivo no tiene ninguna importancia ya que el Estado no reconoce al Derecho Canónico como obligatorio en el ámbito interno. Por ende, no importa un cambio de nombre, ni tampoco tiene influencia en el nombre registrado.

659. *EL NOMBRE INDIVIDUAL CANÓNICO*

En general coincide con el nombre civil. Es el que se impone a todos los cristianos en el acto del bautismo o de la confirmación; también se le denomina nombre de pila.

En nuestra legislación no es obligatorio que el nombre bautismal coincida con el del Registro Civil. Ello se compadece con la libertad de cultos, el pluralismo religioso, y la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

En España en la legislación de 1957, se exigía a los bautizados la adopción del mismo nombre en el Registro Civil. Inclusive se señalaba que la discordancia con el nombre de pila sería sancionada, y previo expediente podía autorizarse el del bautismo cuando éste fuere el habitual.

³⁵ Bibliografía especial: SEMON, Juan M., *El derecho al seudónimo*, Buenos Aires, 1946; MENDILHARZU, Eduardo F., "La protección jurídica del seudónimo", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. 19, año 1941; RIVERA, Julio C., "La tutela del seudónimo", *E.D.* 56-813; "Nuevamente sobre la tutela del seudónimo", *E.D.* 64-111; VALENZUELA GARACH, Fernando, "Consideraciones acerca de la utilización publicitaria o comercial de un nombre artístico", *RDP Madrid*, 1985-1019.

660. LOS APODOS, MOTES O SOBRENOMBRES

Al margen de la realidad registral en la vida cotidiana, pueden surgir apodos o motes que se caracterizan porque: trascienden de una esfera de la vida; son impuestos por otras personas; en general reflejan determinadas condiciones físicas o habilidades con las que se identifica a una persona; y a veces, son de carácter peyorativo.

Surgen de lo que se ha dado en denominar un "bautismo popular", y son muy comunes en las comunidades rurales debido a que exigen un menor esfuerzo memorístico. También son muy utilizados por los delincuentes en el mundo del hampa, tanto es así que los medios periodísticos generalmente identifican a los delincuentes con el nombre y con el alias.

En el ordenamiento español, la ley de enjuiciamiento criminal establece que las sentencias deben hacer mención, entre otras circunstancias, de los sobrenombres y apodos con que sean conocidos los procesados, y en la indagatoria será preguntado por el nombre, apellido y sobrenombre si lo tuviera. Igual criterio sigue el Código Procesal Penal de la Nación (arts. 495 y 241).

En el ámbito civil, el apodo tiene importancia en el testamento. Así el heredero instituido que se designa con un sobrenombre o apodo no controvertido, está suficientemente individualizado. Por ello se ha resuelto que no es indispensable que el heredero o legatario resulte individualizado por su nombre, siendo suficiente que el testamento contenga las indicaciones suficientes a tal fin; en tal orden de ideas, se ha considerado válida la institución cuando sólo se lo designó por el sobrenombre ³⁶.

En sentido concordante, en doctrina se admite que un testamento esté firmado con el sobrenombre ³⁷.

661. LOS DIMINUTIVOS Y APELATIVOS FAMILIARES

Los diminutivos familiares, denominados por la doctrina italiana como *vezzegiativo*, son designaciones que se les dan a personas en el seno de la familia o de los amigos íntimos; al igual que el sobrenombre, son impuestos por otras personas, pero a diferencia de éste, generalmente sólo se usan en el ámbito familiar y viene a sustituir al nombre propio y no al apellido.

Los apelativos familiares son deformaciones del nombre propio o abreviaciones del mismo. Así "Manolo" por Manuel, "Paco" por Francisco, "Mari" por María.

Algunos de estos diminutivos o apelativos familiares se generalizan tanto que pasan a constituir verdaderos sobrenombres.

³⁶ CNCiv. Sala A, 3/11/1964, L.L. 118-892 11.974S y J.A. 1965-III-616.

³⁷ PÉREZ LASALA, José Luis, *Derecho de sucesiones*, t. II, Buenos Aires, 1981, pág. 319.

662. DIFERENCIA DEL SEUDÓNIMO CON FIGURAS AFINES

Con el nombre se diferencia en los siguientes aspectos:

- éste es obligatorio, mientras que el seudónimo es voluntario;
- el nombre se adquiere y se transmite por filiación, mientras que el seudónimo se adquiere por un acto voluntario y se transmite por filiación;
- el seudónimo puede cambiarse libremente y dejar de usarse, en cambio el nombre es en principio inmutable;
- el nombre identifica a las personas en todas las actividades que despliega en la sociedad;
- el nombre es inalienable e imprescriptible en tanto que un prolongado no uso del seudónimo puede dar lugar a que lo adquiera otra persona.

Con el sobrenombre se distingue porque el seudónimo es elegido voluntariamente, mientras que aquél es impuesto por otras personas. El empleo del sobrenombre no está ligado a una particular esfera de la vida, mientras que el seudónimo generalmente se usa en una sola actividad.

Con el nombre religioso se asemeja porque es elegido voluntariamente para el uso en una determinada esfera de la vida, en este caso, la religiosa. El nombre religioso, propiamente dicho, puede considerarse como una especie de seudónimo. A diferencia del seudónimo, el nombre religioso se rige por el Código Canónico, ordenamiento que no influye en el régimen del seudónimo "civil".

663. NATURALEZA JURÍDICA

En doctrina se ha sostenido que el seudónimo es un derecho de propiedad, tesis que ha sido criticada porque se entiende que el seudónimo es un derecho extrapatrimonial, es decir, no susceptible de valoración económica.

También se ha afirmado que es un derecho personalísimo, pero ello no es aceptable: la persona es concebible perfectamente sin seudónimo.

Nosotros suscribimos la tesis del derecho de propiedad³⁸; no en el sentido del derecho real de dominio que regula el Código Civil, sino en la concepción constitucional del término, definida por la Corte Suprema nacional como comprendiendo todos los derechos apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad; todo derecho que tenga valor reconocido por la ley, ya se origine en las relaciones de derecho privado, ya nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción con-

³⁸ Es el criterio tradicional de la jurisprudencia francesa, generalmente aceptado por la doctrina; aunque recientemente un precedente de la *Cour de Paris*, 11/9/1996, D-1996-IR 249, parece encontrar el fundamento de su protección en el reconocimiento de un derecho de la personalidad; v. comentario crítico a este fallo en *RTDC* 1997-96.

tra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad ³⁹.

Esta idea tiene asidero en nuestro derecho positivo; el artículo 3º, *in fine*, ley 11.723, faculta a los autores que usan seudónimos a registrarlos, adquiriendo así la "propiedad" de ellos.

En cuanto a la naturaleza de esa propiedad, entendemos que se trata propiamente de un derecho intelectual, pues el seudónimo es una creación ideal destinada a resaltar una personalidad dedicada a alguna actividad generadora de provecho económico. En este sentido, el seudónimo se acerca en su naturaleza a los derechos que se ejercen sobre las marcas, patentes y nombres comerciales.

664. FUNCIÓN DEL SEUDÓNIMO

El seudónimo es utilizado con diversas finalidades, a saber:

a) Función individualizadora:

Cumple una función diferenciadora del ser humano y resulta un instrumento idóneo para identificar a una persona en un determinado ámbito de la vida. Inclusive algunos seudónimos se han extendido tanto que pocos recuerdan el verdadero nombre de su titular, por ejemplo: "Voltaire", por François Marie Arouet; "George Sand", por Aurora Dupin; o "Azorín", por José Martínez Ruiz.

b) Función de encubrimiento:

En ocasiones, la presentación al público de una determinada producción bajo el seudónimo obedece a la motivación subjetiva de no darse a conocer con el verdadero nombre; es, como el anonimato, un modo de proteger la intimidad personal.

c) Función de realce:

Algunas veces el seudónimo se utiliza para realzar la personalidad que se adopta o para hacerla más fácil de recordar por el público. Piénsese en un artista con un nombre vulgar o de difícil pronunciación, que por razones de publicidad utiliza lo que es dado en llamar "nombre artístico".

665. EXTENSIÓN DEL USO DEL SEUDÓNIMO

a) Sustitución excluyente:

En algunos casos, el seudónimo reemplaza por completo al nombre, llegando a olvidarse por completo el nombre civil.

³⁹ CSN, Fallos 145:307, *in re* "Bourdieu c/Municipalidad de la Capital".

En tales casos, se invierte el valor del nombre y seudónimo. En principio el nombre es lo general y el seudónimo sólo el signo que individualiza la persona en determinado ámbito de la vida. En casos de sustitución excluyente, el seudónimo es usado en la generalidad de los ámbitos, y el nombre sólo lo es en las relaciones frente al Estado.

b) Límites de la sustitución:

El seudónimo puede sustituir al nombre en todos los ámbitos, excepto en las relaciones de la persona frente al Estado. Ello implica que una persona no podría obtener documentos con su seudónimo en vez de con su nombre, ni puede transmitirlo a sus herederos.

Sin embargo, en algún precedente se autorizó la adición del seudónimo del padre como apellido de los hijos⁴⁰; y otro caso fue el del conocido Sergio Renán, cuyo seudónimo había sustituido absolutamente a su nombre, lo cual le provocaba múltiples problemas en su vida de relación, motivo por el cual, el tribunal estableció que, a los efectos de los actos públicos y jurídicos en general, el uso del seudónimo corresponde al titular del nombre, ordenándose tomar nota en las partidas del Registro Civil. En otras palabras, equiparó el seudónimo al nombre a todos los efectos civiles⁴¹.

666. PROTECCIÓN DEL SEUDÓNIMO

El artículo 23 de la Ley de Nombre establece que, cuando el seudónimo hubiere adquirido notoriedad, goza de la tutela del nombre.

Ello implica la extensión al seudónimo de las acciones de reclamación, usurpación y supresión del nombre.

El seudónimo ha de protegerse en todo supuesto en que el titular se vea vulnerado por una confusión perjudicial entre su actividad y la que cualquier otra persona despliegue.

667. LA NOTORIEDAD

Para otorgar protección al seudónimo, la ley exige que éste hubiere adquirido notoriedad.

Ello implica que no basta la inscripción, conforme al artículo 23 de la ley 11. 723, sino que es necesario que haya adquirido cierto reconocimiento para invocar la protección de la ley. Lo que aparece como lógico teniendo en cuenta que, si no se alcanza cierta fama, aunque sea modesta, no se podría invocar un mejor derecho frente a quien usa el seudónimo.

⁴⁰ CNCiv., Sala F, 5/6/1986, L.L. 1987-E-187, con nota de Leiva Fernández.

⁴¹ Ver noticia de este fallo en *RDPC* n° 16, pág. 398.

Pero por otro lado, el seudónimo notorio goza de protección aunque no esté inscripto.

XVII. PROTECCIÓN DEL NOMBRE

668. ENUMERACIÓN DE LAS ACCIONES TUTELARES

La ley ha organizado tres acciones para proteger el nombre de una persona: acción de reclamación o reconocimiento de nombre, acción de impugnación, contestación o usurpación de nombre y acción de supresión de nombre.

669. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN O RECONOCIMIENTO DE NOMBRE

a) Concepto:

Es la acción que se confiere a quien se le ha negado, afectado o desconocido el derecho de usar su nombre, a fin de obligar a quien incurra en esas actitudes a cesar en ellas y, si correspondiere, a publicar la sentencia que lo decida.

b) Legitimación activa:

La acción se concede al titular del nombre, y a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

c) Desconocimiento del derecho de usar el nombre:

El demandado debe haber ejercido alguna oposición al uso del nombre por parte del sujeto afectado.

670. EFECTOS DE LA SENTENCIA

Dos posiciones se han sostenido en doctrina; Spota y nosotros hemos sostenido que la sentencia tiene efectos *erga omnes*, solución que se funda en la "indivisibilidad del nombre".

Pliner considera, en cambio, que la sentencia sólo produce efectos entre las partes del juicio, pues según su juicio, la "indivisibilidad" del nombre no es suficiente para darle efectos *erga omnes* a la sentencia, por cuando la indivisibilidad se da en todos los hechos y en todas las calidades posibles.

De allí concluye en que, cada vez que se incurra en una negativa del uso del nombre, habrá que iniciar un nuevo proceso, sin que sea posible oponerle la sentencia anterior a quien desconociere el derecho a usar el nombre.

671. *CONDENA ACCESORIA*

El juez puede ordenar la publicación de la sentencia teniendo en cuenta las circunstancias del caso y mediando pedido de parte. Para ello tomará en consideración la mayor o menor difusión del hecho y el grado de fama de la persona.

También puede demandarse la indemnización de daños y perjuicios, que será otorgada si se dan los presupuestos generales de la responsabilidad civil.

XVIII. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN, CONTESTACIÓN O USURPACIÓN DE NOMBRE

672. *CONCEPTO*

Es la acción que se otorga al titular del nombre o a su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, contra aquel que lo usa sin derecho para que cese en su uso indebido y resarza daños y perjuicios.

673. *REQUISITOS*

a) Legitimación activa:

Son titulares de la acción tanto el titular del nombre como las personas individualizadas por el artículo 22 de la Ley del Nombre (cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos).

b) Uso indebido del nombre:

Para que la acción prospere es necesario que se use indebidamente el nombre. No procede la acción si el demandado lo usa correctamente, como ocurriría en el caso de homonimia.

674. *ACCIÓN PREVENTIVA DE CESE DE LA USURPACIÓN*

Nuestra legislación no prevé la acción de interdicción, por la cual se prohíbe el acto que todavía no se ha comenzado a realizar bajo la amenaza de una pena. Por ejemplo, si antes de la publicación de una obra, se toma conocimiento de que se va a utilizar indebidamente el nombre de otro autor.

Sin embargo, la prevención se podría cumplir mediante la utilización de las medidas precautorias, cuando se reunieren los recaudos señalados por las leyes procesales. En definitiva, el tema se vincula con la tutela de los derechos personalísimos, en los que las medidas preventivas deben ser admitidas con amplitud (v. *infra*, n° 774).

675. *CESE O SUPRESIÓN DE LA PERTURBACIÓN*

El efecto propio de la sentencia es el cese del uso indebido del nombre. El cumplimiento efectivo de este cese podrá lograrse mediante la fi-

jación de *astreintes* (igual que en el párrafo anterior se vincula con los derechos personalísimos; la aplicación de *astreintes* ha sido aceptada por la jurisprudencia francesa) ⁴².

XIX. ACCIÓN DE SUPRESIÓN DEL NOMBRE

676. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

Doctrinariamente esta acción ha sido denominada como “acción de defensa del buen nombre” o “acción de supresión”.

Es la acción que se confiere al titular del nombre y, en su caso, a sus herederos cuando su nombre ha sido usado maliciosamente para designar una cosa o producto industrial, comercial, fabril, etcétera, o un establecimiento, o como marca o insignia comercial, con tal que ese uso le acarree al actor un perjuicio material o moral y que tenga como objeto suprimir ese medio de individualización de la cosa o personaje, y obtener la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

El fundamento de la acción radica en que el uso indebido del nombre para individualizar un personaje de fantasía o una marca, puede lesionar la personalidad o la intimidad de un sujeto.

677. DISTINCIÓN CON LA ACCIÓN DE CONTESTACIÓN O USURPACIÓN DE NOMBRE

Mientras que en la usurpación, una persona se atribuye un nombre que no le es propio y se hace conocer o firma con él, en la acción de supresión el nombre, no es usado por una persona determinada sino que es empleado para designar una persona de fantasía o una cosa.

678. REQUISITOS

a) Legitimación activa:

Se aplica la regla del artículo 22 de la ley 18.248, ya estudiada.

b) Utilización maliciosa del nombre del actor para la designación de un personaje o de una cosa:

Nuestra jurisprudencia registra un famoso caso al respecto. Trátase del caso “Senillosa” ⁴³; en una obra cinematográfica denominada “Carnaval” aparece un personaje con el nombre de Raúl Senillosa, personificando a un señor de vida desordenada y de malos hábitos. Un señor Ricardo Senillosa demandó a la empresa productora del film por considerarse retra-

⁴² Sobre el punto v.: RIVERA, Julio César, “Derecho a la intimidad” en *Derecho de daños*, Buenos Aires, 1989, pág. 355.

⁴³ CCiv. 1^a Cap., 28/11/1945, J.A. 1946-III-116; L.L. 40-928.

tado en ése, poniendo de relieve que el apellido era el mismo que el del personaje, que se trataba de un apellido que proviene de un prócer, y que las iniciales del nombre coincidían. Además, destacó que en una época él también observó una conducta desordenada, pero luego la cambió. Asimismo consideró que algunos aspectos de la trama lo aludían directamente.

Tanto en primera como en segunda instancia, prosperó la demanda en lo principal, pero no se hizo lugar a la reclamación de daños y perjuicios.

Destacamos de este fallo que se hizo lugar a la acción sin haberse probado la malicia, aunque ésta resulta hoy, con la nueva ley, uno de los requisitos de la acción.

La doctrina en general critica este requisito, por ser de difícil o de imposible prueba, y resta eficacia a la tutela del nombre por cuanto en una aplicación estricta de la ley, la acción debería ser denegada en los casos de actitudes culposas o meramente negligentes.

La solución dada por Borda es presuponer la malicia en todos los casos, haciendo caer en la otra parte la carga de la prueba de lo contrario. No obstante reconocer la inteligencia de la solución, Pliner propugna la supresión de este requisito.

Es preciso destacar que, en un fallo posterior a la vigencia de la ley de nombre, se entendió que si bien el artículo 21 de la ley 18.248 exige la malicia no se refiere con ello al dolo, conceptos que si bien jurídicamente pueden considerarse sinónimos, en la realidad de las cosas, admiten diferenciaciones. Por ello condenó al creador de un personaje de fantasía, un "dragoncito Chipý", en la demanda entablada por una persona que llevaba ese apellido ⁴⁴.

c) Perjuicio material o moral:

Para hacer viable la acción, la ley exige la existencia de un perjuicio material o moral.

La jurisprudencia francesa registra un caso en el que se denegó la acción por falta de perjuicio. En las obras de Henry Montherlant figura un personaje, de vida licenciosa, de nombre Pedro Costa; un señor con igual nombre se presentó a reclamar, pero el tribunal le denegó la acción por entender que en París había más de dieciocho personas con ese nombre, que no se había demostrado el interés y que, por lo tanto, no estaban acreditados los daños. No basta que exista identidad de prenombrados sino que debe existir un riesgo, riesgo de la confusión perjudicial, que permita entender como verosímil el daño.

d) Efectos de la sentencia:

Tiene efectos *erga omnes*, lo que deriva del principio de indivisibilidad del nombre.

⁴⁴ CNCiv., Sala B, 27/10/1980, J.A. 1981-II-611.

CAPÍTULO XVII
EL DOMICILIO ¹

I. INTRODUCCIÓN

679. *NOCIÓN PREVIA*

La persona tiene o entrelaza relaciones con otros sujetos; esas relaciones suponen que los sujetos se comunican entre sí. Para que dichas comunicaciones sean posibles es necesario localizar a los individuos, vale decir, reconocerles una ubicación jurídica (López Olaciregui), un punto de conexión geográfico.

En este orden de ideas, podemos conceptualizar al domicilio como el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona para la producción de determinados efectos jurídicos (conf. Borda, Mazeaud).

a) El domicilio como concepto jurídico:

Los autores tienden a considerar el domicilio como una cuestión de hecho, con lo cual debe corresponderse con el lugar en el que la persona efectivamente reside; o como una cuestión jurídica, con lo que la residencia efectiva en un lugar es —al menos en algunos casos— indiferente.

Pero, como ha señalado con acierto Orgaz, ello importa confundir dos cuestiones claramente distintas: una es *qué es el domicilio*; la otra es *cómo se determina el domicilio en cada caso*.

Conforme a este último criterio, la ley señala el lugar donde se van a producir determinados efectos jurídicos, y éste es el domicilio. Y, para determinarlo, adopta elementos de hecho diferentes en cada caso estimados como objetivamente preferibles: sea la residencia efectiva, sea donde se ejerce una función pública, etcétera.

Esta concepción no necesita presumir la presencia del sujeto en el lugar que determina como domicilio de éste, como sostenía antiguamente la doctrina. Tanto es así que el artículo 90 determina el domicilio legal de las personas que allí menciona, “aunque la persona de hecho no esté allí presente”.

¹ Bibliografía general: la citada en las notas núm. 1 de los cap. VII y VIII. SALGADO, Juan, “Contribución al estudio del *domicilium* en el Derecho Romano”, RDP 1988-495.

En consecuencia, lo esencial no es la cuestión de hecho, el que la persona viva o no, efectivamente en un lugar; sino que la ley determine que ese lugar es su domicilio. Más aún, cuando el ordenamiento fija el domicilio de una persona en el lugar donde tiene su vivienda, tal lugar es su domicilio no porque allí esté su vivienda, sino porque la ley lo ha consagrado o investido de la calidad de domicilio (López Olaciregui).

De allí que, en definitiva, *el domicilio está siempre determinado o fijado por la ley* (conf. Orgaz, López Olaciregui, Spota, Enneccerus, Larenz).

b) Criterio del Código Civil:

Nuestro Código adopta un concepto jurídico del domicilio, tomando en consideración —como lo hemos dicho— distintos elementos para ubicar al sujeto.

c) Extensión del domicilio:

Enseña, con propiedad, Orgaz que *en el Derecho civil el domicilio es generalmente la ciudad o comuna* en que la persona reside habitualmente o se encuentra el lugar en que se le fija un domicilio legal; de modo que por principio, una persona tendrá su domicilio en Buenos Aires, en Morón o en Río Cuarto. Algunas veces se toma en cuenta *la provincia; y sólo en ocasiones es la casa en que se habita o el local en que se ejerce la actividad principal*, como sucede en los casos en que deben realizarse notificaciones judiciales o extrajudiciales; de modo que la casa o el local tienen más trascendencia cuando se trata de un domicilio especial que en materia de domicilio general, el que, reiteramos, se refiere básicamente a la ciudad o comuna.

d) Distinciones previas:

La ciencia jurídica ha sistematizado las distintas relaciones de la persona con el lugar en que se encuentra configurando un concepto para cada tipo de estas relaciones con diferencias graduales entre sí, que van de la simple habitación, a la residencia y, por último, al concepto jurídico de mayor trascendencia, cual es el “domicilio”, que acabamos de definir.

A continuación haremos las distinciones pertinentes.

680. RESIDENCIA

a) Concepto:

La residencia, entendida como una noción vulgar, alude al lugar donde habita la persona de manera ordinaria con cierto grado de estabilidad, aunque sin requerir el propósito de permanencia indefinida, ni el de centralizar allí la actividad de la persona.

Implica entonces, la permanencia en un lugar con carácter temporario y sin ánimo de vivir allí. Por ende, la residencia crea entre la persona y el lugar una relación de hecho semejante a la que deriva del domicilio, pero mucho menos estable y duradera.

Quien vive de forma habitual en Buenos Aires, tiene allí su domicilio; y si pasa sus vacaciones en Mar del Plata allí tiene su residencia en ese período.

b) Residencia y domicilio.

La residencia puede o no, según los casos, ser un elemento constitutivo del domicilio; tal será su carácter cuando la ley determina el domicilio (concepto jurídico) de la persona atendiendo a su residencia (concepto material).

Es así que esta última es el sustrato básico del domicilio. De tal suerte, la residencia se convierte en domicilio cuando existe voluntad de permanecer. La residencia puede existir, con independencia, en el lugar del domicilio, o en otro: en el primer caso, la residencia es habitual; y en el segundo, temporal, a diferencia de la accidental que causa la habitación.

En síntesis, para que la residencia se convierta en domicilio, es preciso que sea habitual, bastando para ello la intención y el hecho de la realización.

681. HABITACIÓN. CONCEPTO

La habitación es el lugar donde el individuo se encuentra accidental o momentáneamente, verbigracia, el hotel donde el viajero se aloja para seguir camino al día siguiente.

Comparada con la residencia, advertimos que se trata de nociones de orden vulgar, no técnico y, por ende, carentes, en principio, de relevancia jurídica; diferenciándose entre sí por la nota de cierta permanencia, que caracteriza a la residencia y de la cual carece la habitación.

682. EFECTOS JURÍDICOS QUE PRODUCEN

a) Efectos del domicilio:

La importancia del domicilio se advierte en función de las aplicaciones que se hacen de la noción.

Así se advierte:

— el domicilio determina la ley aplicable en orden a la capacidad de hecho de la persona (arts. 6º y 7º); de la misma manera se rigen por la ley del domicilio de la persona los bienes muebles que le pertenecen de situación no permanente (art. 11); la ley del domicilio del difunto, a su turno, rige la sucesión respecto de los bienes relictos (arts. 3283, 3612, 10 y 90, inc. 7º);

— determina la competencia judicial en el caso de ejercicio de determinadas acciones. Así, en los juicios de divorcio, nulidad de matrimonio o separación personal, es competente el juez del último domicilio conyugal efectivo o el del domicilio del cónyuge demandado (art. 227); el domicilio de los padres el día de su fallecimiento, determina la competencia del juez para discernir la tutela (art. 400); en los juicios de simple ausencia y presunción de fallecimiento interviene el juez del domicilio del desaparecido (arts. 16 y 24, ley 14.394); la competencia sucesoria se determina también por el domicilio del causante (art. 3284);

— las notificaciones o emplazamientos judiciales deben ser efectuadas en el domicilio real de la persona notificada, independientemente de que la jurisdicción corresponda a un juez diverso dada la índole del asunto (art. 339, Cód. Proc.), aunque en ciertos casos, es válida la notificación hecha en el domicilio especial (v. *infra*, n° 715).

— por último, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones, en ausencia de pacto expreso, o no tratándose de un cuerpo cierto y determinado, debe efectivizarse en el lugar del domicilio del deudor (art. 747). En caso de que éste cambie de domicilio, podrá exigirse el cumplimiento en el último domicilio o en aquel que tenía el deudor en el momento de constituirse la obligación (arts. 748 y 1212).

b) Efectos de la residencia:

Determina la competencia en algunos casos particulares: desconocimiento de último domicilio del ausente (arts. 16 y 24, ley 14.394); discernimiento de tutela de un menor huérfano cuyos padres tenían domicilio en el extranjero (art. 401).

Produce el efecto de domicilio legal respecto de los transeúntes y personas ambulantes (art. 90, inc. 5°).

c) Efectos de la habitación:

Produce los efectos del domicilio legal en los supuestos del artículo 90, inciso 5° del Código Civil.

Determina optativamente la competencia de los jueces de ese lugar en materia de acciones personales para hacer efectivas obligaciones que carecen de estipulación expresa en cuanto al sitio de cumplimiento (art. 5°, inc. 3°, Cód. Proc.) y cuando se debe discernir la tutela de menores expósitos o abandonados (art. 403).

683. CARACTERES DEL DOMICILIO

La generalidad de la doctrina ha señalado como caracteres del domicilio general u ordinario: unicidad (art. 93); necesidad (art. 90, inc. 5°); libre mutabilidad (art. 97); voluntariedad (arts. 95 y 97); inviolabilidad (art. 18 CN).

Sin perjuicio del desarrollo posterior que hacemos al tratar el domicilio real y legal, nos ocuparemos ahora de los caracteres más salientes del domicilio ordinario, cuales son los de necesidad y unidad.

684. NECESIDAD

Caracterizar el domicilio como atributo de la personalidad, acarrea una consecuencia lógica: ninguna persona puede carecer de domicilio, por cuanto se trata de una exigencia del orden jurídico para poder ubicar territorialmente a los sujetos y así exigirles el cumplimiento de sus obligaciones.

De allí que la ley se haya ocupado de establecerlo aun en los casos de desconocimiento de una residencia estable, centro de las actividades o de los negocios. En tal inteligencia, el artículo 90, inciso 5º, soluciona la cuestión atribuyendo el carácter de domicilio a la residencia actual, y en caso de no conocerse esta última, el artículo 98 acude al último domicilio conocido de una persona, dándole a éste el carácter de prevaleciente. Finalmente la ley prevé la hipótesis de que una persona haya abandonado su domicilio en país extranjero sin ánimo de volver a él, asignando relevancia en tal caso al denominado domicilio de origen (v. *infra*, nº 708).

685. UNIDAD

a) Concepto:

Aunque controvertido en doctrina y con soluciones diversas en el derecho comparado, cabe afirmar *a priori* que ninguna persona puede tener más de un domicilio general.

b) Justificación:

Se dice que si el domicilio ha de ser el asiento oficial es conveniente que haya sólo uno para cada persona.

c) Crítica:

Sin embargo, ese principio de unidad puede llevar a consecuencias disvaliosas, como someter a quien ha contratado con alguien que tiene el centro de sus actividades en una ciudad o provincia a demandarlo en otra, porque allí está el asiento de su familia; solución que emana del artículo 94.

De allí que muchos autores modernos y algunas legislaciones —como la alemana y la brasileña— se han inclinado por el sistema de pluralidad, en tanto la vida diaria enseña que el asiento de las actividades comerciales y familiares se presenta en la práctica disociado o diversificado, de suerte que el sistema de unidad se encuentra reñido con la realidad social (conf. Borda).

d) Proyecto de Unificación Legislativa:

Tal es la solución adoptada por el Proyecto de Unificación Legislativa que propone, como texto del artículo 94 del Código Civil, la siguiente redacción: "Si no coinciden el lugar de residencia y la sede de los negocios, el domicilio para las relaciones de familia es el lugar de residencia, y para las demás lo es la sede de los negocios".

Cuadra apuntar que los anteriores proyectos de reforma del Código Civil mantenían la prevalencia del asiento de la familia.

e) Sistema del Código Civil:

No obstante lo expuesto, nuestro derecho positivo aún reconoce al principio de unidad. Así se explica la concordancia entre los artículos 89 y 93 del Código Civil, de donde se infiere que en los supuestos de residencia alternativa debe atenderse a uno u otro lugar, y, en caso de disociación entre el lugar de residencia de la familia y los negocios, el primero determina el domicilio.

f) Excepciones:

Existen sin embargo, algunas excepciones al principio que venimos desarrollando.

En primer lugar, las personas que desempeñan dos o más funciones públicas tienen más de un domicilio legal, y por tanto, más de un domicilio general (art. 90, inc. 1º).

También existía una superposición de domicilios legales respecto de la mujer casada que ejercía una función pública (art. 90, incs. 1º y 9º, este último antes de la reforma de la ley 23.515 que lo derogó (v. *infra*, nº 705).

Por último, el domicilio de las personas jurídicas que tengan sucursales será estudiado oportunamente en el capítulo pertinente de esta obra; pero cuadra anticipar que, según el artículo 90, inciso 4º, tienen domicilio en las sucursales a los efectos de las obligaciones allí contraídas.

686. CLASIFICACIÓN. DISTINTAS ESPECIES

En principio pueden distinguirse dos categorías fundamentales; la primera, consistente en la vinculación de la persona con un ente político, exigida por la ley desde el punto de vista del derecho público, para el ejercicio de los derechos derivados de la ciudadanía, vale decir, el domicilio político.

La segunda, el domicilio civil, el cual, a su turno, presenta distintas categorías: general u ordinaria, que rige para la generalidad de las relaciones jurídicas de una persona, y, en contraposición a este último, el especial, con efectos limitados a una o varias relaciones jurídicas determinadas.

Cabe a su vez subdividir cada uno de estos géneros en especies diferentes.

Dentro de la categoría de domicilio general, encontramos las siguientes especies:

— domicilio real, definido por el artículo 89 como “*el lugar donde (las personas) tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios*”;

— domicilio legal, al que el artículo 90 caracteriza como “*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 cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente*”;

— domicilio de origen, que conforme al artículo 89 es “*el lugar del domicilio del padre, en el día del nacimiento de los hijos*” (art. 89).

Más adelante veremos que el domicilio de origen no es sino una subespecie del domicilio legal.

Por otro lado, el domicilio especial reconoce las siguientes especies:

— convencional o de elección, que es el elegido por las partes de un contrato;

— procesal o *ad litem*, que es el que toda persona está obligada a constituir al tomar intervención en un proceso judicial, y que debe hallarse dentro del radio del juzgado (art. 41, Cód. Proc.).

Para el tratamiento de cada una de las especies enunciadas, remitimos a los capítulos subsiguientes.

II. DOMICILIO GENERAL U ORDINARIO

687. NOCIONES

El domicilio general u ordinario comporta, como dijimos, una categoría de domicilio que tiene eficacia para la generalidad de las relaciones jurídicas; es considerado el domicilio por antonomasia, al cual se alude cuando se lo menciona pura y simplemente sin calificación alguna.

A él se refieren los caracteres de necesidad y de unidad, que hemos desarrollado precedentemente, y lo dicho en punto a su naturaleza al definirlo como un atributo de la personalidad.

En contraposición al domicilio general, el especial no es necesario, ni es imprescindible que sea único; por el contrario, es perfectamente admisible la pluralidad de domicilios especiales.

688. CLASIFICACIÓN

Presenta dos categorías:

— real, descrito por el artículo 89;

— legal, conceptualizado por el artículo 90, el cual enumera la distintas subespecies.

Algunos autores han agregado a esta clasificación la del domicilio de origen, contemplada por el segundo párrafo del artículo 89, al que nosotros consideramos una subespecie del domicilio legal (v. *infra*, n° 708).

Parte de la doctrina nacional critica la distinción entre domicilio real y legal, pues siendo el domicilio un atributo de la personalidad constituye una calidad de la persona otorgada por la ley. En consecuencia, es siempre legal, y no deja de serlo cuando la norma jurídica lo determina en función de ciertos elementos materiales, verbigracia, la residencia, librados a la autonomía de la persona. En síntesis, y como ya lo hemos dicho, es siempre la ley la que erige en domicilio, a los efectos jurídicos, las circunstancias constitutivas de lo que Freitas y, con él, Vélez Sarsfield, denominan domicilio legal o domicilio real y voluntario (conf. Llambías).

689. EFECTOS JURÍDICOS. REMISIÓN

Con relación a la materia enunciada en el epígrafe, remitimos en lo pertinente a lo expuesto *supra* número 682.

III. DOMICILIO REAL

690. CONCEPTO

Conforme al ya citado artículo 89, el domicilio real es el lugar donde la persona tiene establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios.

Se trata entonces, del asiento jurídico de la persona considerando el lugar de la residencia efectiva.

La idea de permanencia, según hemos visto, tipifica al domicilio real y lo diferencia de la residencia y de la simple habitación.

A esos conceptos, la doctrina adiciona un elemento intencional: debe tratarse de la residencia permanente con el ánimo de establecer allí el asiento de sus actividades.

691. CARACTERES

Además de los rasgos propios del género al que pertenece (domicilio general u ordinario), presenta los siguientes caracteres específicos que pasamos a enumerar:

— toma en cuenta la efectiva presencia y permanencia de la persona en un lugar;

— es “voluntario”, pues su constitución, conservación y extinción dependen de la voluntad del individuo a quien afecta, también en contra-

posición al legal independiente de esta voluntad e impuesto por la sola determinación de la ley;

— es de “libre elección”, como consecuencia de su carácter voluntario, por cuanto la norma jurídica asegura y garantiza la facultad del interesado para elegir libremente su domicilio y trasladarlo al lugar de su conveniencia y posibilidades. Tal principio, que enunciamos como de libre mutabilidad, está consagrado en el artículo 97, conforme al cual el domicilio puede cambiarse de un lugar a otro, no pudiendo esta facultad ser coartada ni por contrato ni por disposición de última voluntad. A su vez, encuentra sustento en el artículo 14 de la Constitución Nacional, el cual garantiza el derecho de “entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino”.

Concordantemente, el Código prohíbe en el artículo 531, inciso 1º, condicionar los contratos al deber de “habitar siempre en lugar determinado o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero”; y tampoco puede someterse a la misma condición una disposición testamentaria (art. 3609).

Esta característica no es absoluta. Así por ejemplo, algunas Constituciones provinciales imponen a los funcionarios públicos la residencia efectiva y dentro de los límites de la provincia.

— es inviolable (art. 18 CN).

692. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

a) “Corpus”:

Es el elemento material u objetivo constituido por la residencia efectiva del individuo en un lugar determinado.

En la práctica, el lugar de residencia y el del asiento principal de los negocios pueden ser diversos.

En ese supuesto, para determinar cuál es la residencia que causa domicilio, la ley se atiene al asiento de la familia según se desprende del artículo 94, conforme al cual “*si una persona tiene establecida su familia en un lugar y sus negocios en otro, el primero es el lugar de su domicilio*”.

Distinta es la solución del Proyecto de Unificación Legislativa que ya hemos visto (v. *supra*, n° 685).

b) “Animus”:

Consiste en la intención de permanecer en determinado lugar, constituyendo en él el centro de los afectos e intereses, por tiempo indefinido.

Actualmente, algunos autores no consideran a la intención como elemento del domicilio, pues si bien el Código alude a ella en algunos preceptos, la intención que se toma en cuenta es la que se manifiesta en hechos exteriores. En realidad, cualquiera sea el criterio que se adopte para

la determinación del domicilio real, lo cierto es que no parece aconsejable ni prudente manejarse en el plano de las puras intenciones, por lo común ocultas, a menos que se traduzcan en hechos o circunstancias de más asequible interpretación (conf. Orgaz).

693. CONSTITUCIÓN

Según el criterio generalizado, para considerar constituido el domicilio real, se requiere la concurrencia de los elementos expuestos: objetivo y subjetivo.

No es suficiente la simple presencia del *corpus* si no concurre el *animus*; por ello, no configura constitución de domicilio la radicación temporaria en un lugar, pues falta la intención de convertirlo en la sede permanente de la persona.

A la inversa, tampoco es posible que, por la sola intención del interesado, pueda constituirse el domicilio ordinario en otro lugar distinto del de su residencia.

694. PRUEBA DEL DOMICILIO

No existen reglas específicas sobre el punto, por lo que cualquier medio de prueba puede ser utilizado para acreditar el domicilio, incluida la testimonial y la de informes policiales.

La jurisprudencia ha entendido que las constancias de documentos públicos tienen preferencias sobre las meras declaraciones testimoniales.

Sin embargo, las constancias que obran en la libreta de enrolamiento, el documento nacional de identidad o la cédula de identidad expedida por algunas provincias, lo mismo que el llamado certificado de domicilio, o el que figura en las fichas electorales pueden ser contradichas por mera prueba en contrario, pues se basan en declaraciones del interesado no comprobadas por el oficial público.

695. CAMBIO Y CONSERVACIÓN

a) Libertad del cambio de domicilio:

Ya hemos dicho que la libre mutabilidad constituye una característica del domicilio real (art. 97), que subsiste más allá de algunas limitaciones circunstanciales.

b) Cuándo se produce:

El cambio se produce instantáneamente por la concurrencia de la habitación efectiva con la intención de permanecer en la nueva residencia.

Así lo dice el artículo 97, conforme al cual: *“El cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de la traslación de la residencia de*

un lugar a otro, con ánimo de permanecer en él y tener allí su principal establecimiento”.

Como dijimos antes, deben concurrir los dos elementos; de modo que el mero abandono material de la residencia no constituye cambio de domicilio si no va acompañado de la intención de establecerse en el nuevo lugar; y la sola intención, si no va acompañada del hecho *traslado*, tampoco constituye cambio de domicilio.

El ánimo a que se alude es el comportamiento que permita inferir una voluntad de hacer de ese lugar el centro de las actividades del sujeto. Esa intención no se presume y, en caso de duda, se conserva el domicilio anterior.

En algunos precedentes judiciales, se ha sostenido que por faltar el elemento intencional no cambia de domicilio el estudiante universitario que se traslada a otra ciudad para continuar sus estudios (v. Salvat), ni el que lo hace por razones de enfermedad ².

c) Prueba:

Como la voluntad de cambiar de domicilio puede ser tácita, la acreditación de esa intención dependerá de las circunstancias, y son admisibles todos los medios de prueba.

d) Cambio fraudulento:

La jurisprudencia no admite la eficacia de cambios de domicilio que encubren meros movimientos aparentes para violar las leyes y eludir los efectos de las sentencias judiciales. Así, la Corte Suprema nacional ha decidido que si alguien muda su domicilio al solo efecto de promover un juicio de concurso preventivo, tal mutación debe tenerse por no operada ³.

e) Conservación sólo ánimo:

El artículo 99 dispone que el domicilio se conserva por la sola intención de no cambiarlo o de no adoptar otro.

Es decir que el domicilio se puede conservar *sólo ánimo*.

Pero la correcta interpretación de este artículo depende de la extensión que se dé al elemento intencional, en el sentido de que *animus* no puede disociarse del comportamiento exterior del sujeto.

Quiere ello decir que la ley se refiere al caso de aquel cuya conducta exterior demuestra que no tiene intención de cambiar de domicilio.

Pero, si una persona se traslada realmente a otro lugar con la intención de permanecer en él por un tiempo indefinido, ese lugar debe considerarse

² CSN, 5/3/1907, Fallos 96:213; *idem*, 6/10/1926, J.A. 22-641; *idem*, 21/6/1937, J.A. 58-732.

³ CSN, 11/9/1973, J.A. 20-1973-99; v. RIVERA, Julio César, *Instituciones de derecho concursal*, t. I, Buenos Aires, 1996, n° 22, pág. 145.

como su domicilio aunque tenga el propósito impreciso de volver alguna vez a su anterior residencia.

f) Subsistencia del último domicilio conocido:

El artículo 98 dispone que: “*El último domicilio conocido de una persona es el que prevalece, cuando no es conocido el nuevo*”.

Es una derivación del principio de necesidad del domicilio.

Pero para que se aplique este precepto es necesario:

- que se haya abandonado el domicilio;
- que la persona haya estado en el país, pues de haber estado en el extranjero se aplicaría el artículo 96 que remite al domicilio de origen;
- que no se trate de persona transeúnte o trashumante, pues en tal caso tendría domicilio legal en el lugar de su residencia actual (art. 90, inc. 5º);
- que se desconozca la actual residencia.

696. EXTINCIÓN

En vida de la persona nunca hay propiamente extinción del domicilio, sino cambio de éste.

Es que siendo el domicilio un atributo de la personalidad, sólo se extingue definitivamente con la vida de la persona, y no se transmite a sus herederos.

IV. DOMICILIO LEGAL

697. CONCEPTO Y CARACTERES

En determinadas circunstancias precisadas por la ley, el legislador atribuye un domicilio a ciertas personas con total prescindencia de su residencia efectiva. El desempeño de una función pública, la situación de dependencia, la ubicación de la sede social, entre otras, permiten inferir que la persona física o jurídica no está en condiciones de fijar su domicilio, o bien, la norma jurídica se ha ocupado de señalar en forma absoluta que, necesariamente, en determinado lugar habrá de encontrarse su residencia forzosa.

El artículo 90 define esta categoría, también denominada “domicilio de derecho” como “...*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 cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente*”.

Se anuncia entonces una presunción absoluta. Esto significa que independientemente de la residencia efectiva, la ley presume, sin admitir prueba en contra, que la persona se encuentra allí presente de una manera permanente, de suerte que adquiere preeminencia sobre el domicilio real.

698. *CARACTERES**a) Forzoso:*

El domicilio legal está imperativamente determinado por la ley y no puede hacerse excepción a él. De esta imposición legal, habrá de inferirse que sería inútil la prueba de que la persona a quien se le atribuye reside en otra parte.

b) Excepcional y de interpretación restrictiva:

En tanto funciona en la hipótesis prevista por la ley, ésta no puede extenderse por analogía a otros supuestos.

c) Único:

Siendo el domicilio legal una especie del general u ordinario, participa de los caracteres propios de su género, en consecuencia, se entenderá que es único. Ante la concurrencia de varios hechos constitutivos de domicilio legal, uno de ellos prevalecerá para fijar el domicilio de la persona; será aquel que contempla una situación más estable y general (Busso - López Olaciregui).

Ello no obsta a que en algunos casos, haya que reconocer que si una persona ejerce dos funciones públicas en distintos municipios o provincias, tendrá dos domicilios.

d) Ficticio:

Algunos autores, en particular los franceses, dicen que el domicilio legal es ficticio en cuanto no corresponde a la residencia efectiva. Nosotros no compartimos tal calificación, toda vez que hemos señalado ya, en reiteradas oportunidades, que el domicilio es un concepto jurídico en todos los casos, y que para su determinación se puede tomar la residencia u otros puntos de conexión del sujeto con el entorno geográfico.

699. *DOMICILIO LEGAL Y DOMICILIO REAL*

El domicilio legal sustituye el domicilio real, pues por regla general no pueden subsistir dos domicilios generales (conf. Orgaz, Borda).

De modo que quien por disposición del artículo 90 tiene un domicilio legal atribuido, no podrá pretender hacer valer su domicilio real como asiento de sus relaciones jurídicas.

De allí, entre otros efectos, que la demanda dirigida contra un funcionario público (o de cualquiera otra persona comprendida en el art. 90), debe notificarse en su domicilio legal y no en el lugar de su residencia efectiva si fuere distinto.

700. DOMICILIO LEGAL Y DOMICILIO ESPECIAL

En cambio el domicilio legal no obsta a que la persona tenga domicilio especial en los casos en que él es admitido (derecho contractual y derecho procesal).

701. FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y ECLESIASTICOS

a) Lugar del domicilio:

Conforme al inciso 1º del artículo 90, “*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*”.

b) Concepto de funcionario público:

Algunos autores adoptan un criterio restringido, afirmando que los funcionarios públicos son aquellos que tienen facultad decisoria, concurren con su voluntad a formar la actividad administrativa y no están sujetos a las órdenes de sus superiores (Llambías, Spota, Bielsa).

Para otro sector de la doctrina, en una postura que podríamos denominar amplia, el Código se refiere a toda clase de empleados públicos, cualquiera sea la importancia de su menester (Borda, Salvat, Busso), es decir, abarca a los funcionarios y empleados públicos.

Es que la primera tesis, interpretada en sus justos términos, conduciría a sostener que sólo tendrían domicilio legal el Presidente de la República, en su carácter de jefe de la Administración Pública —pues todos los demás funcionarios están sometidos directa o indirectamente a sus órdenes— y los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —por la misma circunstancia—. Es que la distinción entre funcionario y empleado es propia del derecho administrativo, y carece de repercusión legislativa. Por lo demás, el Código Penal en su artículo 77 identifica ambos conceptos, y el resto del derecho positivo no hace distinción alguna.

Este criterio amplio fue receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al interpretar que el notario con registro es un funcionario público y, por ende, tiene su domicilio legal en el lugar donde funciona su registro ⁴.

c) Duración de la función:

Otro problema se plantea con la duración de la función encomendada. A estar a la letra misma del artículo 90, inciso 1º, aquélla deberá ser estable, vale decir, no temporaria, ni periódica, ni de simple comisión.

⁴ CSN, 10/11/1952, Fallos 224-883.

Por función temporal, habrá de entenderse aquella que tiene una duración fijada de antemano (los encargados de un censo).

Dentro del concepto de función periódica, quedan comprendidas las que se ejercen durante determinados períodos del año, o con intermitencias más o menos prolongadas (diputados, senadores).

Funcionario de simple comisión, en cambio, es quien ha sido destinado a cumplir ciertos o determinados objetivos (interventor federal).

Siguiendo esta idea, vale decir, atendiendo al carácter estable de la función que permite inferir un cierto grado de permanencia del funcionario en el sitio donde se desempeña, el cambio temporal de función, o bien el traslado a otro lugar para cubrir una vacante meramente accidental, no hacen variar el domicilio legal de dicho funcionario.

d) Momento desde el cual produce efectos:

Los efectos de este domicilio se producen a partir del momento en que el funcionario toma posesión del cargo, y no desde la fecha de su nombramiento, pues es a partir de aquél que la designación se hace efectiva.

e) Funcionarios eclesiásticos:

Por último, cabe poner de resalto que los oficios o ministerios eclesiásticos que al mismo tiempo representan funciones del Estado, imponen domicilio legal al clérigo que los desempeña.

Tales son, por ejemplo, los arzobispos, obispos y algunos pocos funcionarios de la curia; no así los párrocos, coadjutores, tenientes, etcétera, pues no son funcionarios ni reciben sueldo o asignación alguna del Estado.

f) Militares:

Con relación a los militares en servicio activo, el inciso 2º del artículo 90 dispone que "... tienen su domicilio en el lugar en que se hallen prestando aquél, si no manifestasen intención en contrario, por algún establecimiento permanente, o asiento principal de sus negocios en otro lugar".

Así, el Código dispensa a los militares un tratamiento especial, introduciendo una diferencia sensible, cual es que el interesado puede manifestar su voluntad de tener el domicilio en el lugar del asiento de su residencia y sus negocios.

La razón de este distingo radica en que la función militar activa supone cambios de destino periódico, que motivan como consecuencia mutaciones de domicilio; la solución legal obvia los inconvenientes aparejados por dicho cambio cada vez que variare el destino del funcionario.

El texto del artículo que comentamos contempla sólo a los militares en servicio activo del Ejército, Armada y Aeronáutica, sin distinción de jerarquías o grados, a excepción de los retirados que no prestan servicio.

702. LOS TRANSEÚNTES

El inciso 5° del artículo 90 establece que: “*Los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tuviesen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual*”.

Tal como hemos enunciado al tratar el principio de necesidad del domicilio, esta disposición tiene por finalidad ubicar a las personas, que de otra manera no podrían ser localizadas, en algún lugar determinado para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Se trata de sujetos que carecen de asiento fijo por diversas circunstancias (razones de salud, viajes de placer, quienes viven en casas rodantes y circulan dentro del territorio del país, o aun fuera de él, personas de ejercicio o profesión ambulante, etc.).

En tal supuesto, la ley contempla un elemento, por lo general irrelevante, como es la mera habitación o residencia actual, para fijar en función del mismo el domicilio de la persona.

Comprende a los transeúntes que son los vagabundos, que se trasladan de un lugar a otro sin detenerse en ninguno; los trabajadores ambulantes que, por razón de su oficio, carecen de residencia estable, verbigracia, los que forman parte de un circo trashumante; y a los que no tienen domicilio conocido, o mejor dicho nunca se les ha conocido domicilio, pues si alguna vez lo tuvieron ese sería su domicilio, mientras no hubiesen constituido uno nuevo (art. 98).

Todas estas personas se considera a todos los efectos legales, localizadas en su residencia actual. Aunque naturalmente, pueden constituir domicilio especial a los efectos del cumplimiento de sus obligaciones.

703. LOS INCAPACES

El inciso 6° del artículo 90 establece que: “*Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes*”.

La norma refiere a los incapaces de hecho, sometidos a representación, quienes al no poder dirigir su persona libremente, carecen de la posibilidad de constituir domicilio por sí.

a) Menores:

En punto a los menores, debe ponderarse la reforma al Código Civil dispuesta por ley 23.264.

En consecuencia, a los efectos de la determinación del domicilio de los menores sujetos a la patria potestad de sus padres, resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo 264 en su actual redacción.

Así, los hijos matrimoniales tendrán su domicilio en el de su padre y madre, fijado de común acuerdo entre ambos.

En caso de separación de hecho, divorcio, o nulidad de matrimonio de los progenitores, lo será el del padre o madre que ejerza legalmente la

tenencia, pues, entendemos, que allí se encuentra la residencia efectiva de menor.

En los supuestos de muerte de uno de sus padres, presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad o suspensión de su ejercicio, tienen el domicilio del padre o madre supérstite, presente o titular efectivo de la patria potestad, según sea el caso.

Si se tratase de hijos extramatrimoniales reconocidos por uno solo de los padres, el domicilio del menor será el de quien lo hubiese reconocido; reconocido por ambos, será el domicilio de la convivencia de sus padres; en caso contrario, el del progenitor que tenga acordada la guarda del menor en forma convencional o judicial. Del mismo modo el de quien hubiere sido declarado judicialmente su padre o madre, será domicilio legal del menor de edad en el caso de no haber sido voluntariamente reconocido (art. 264, incs. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º).

Si los menores no han sido reconocidos, vale decir, si se trata de hijos extramatrimoniales que carecen de la representación de sus padres tienen el domicilio de su tutor; a falta de éste, el del guardador; si fuese abandonado, es el de aquel que lo ha recogido.

El domicilio legal de los menores subsiste aun cuando hubieren dejado la casa paterna con licencia de los padres (art. 257); porque no se vincula con la residencia efectiva sino con la representación.

Pero, si ingresara a las Fuerzas Armadas o de Seguridad, con autorización paterna (art. 264, *quater*, inc. 3º), tendrá un nuevo domicilio legal.

Los menores emancipados tiene libertad para elegir su domicilio, pues no son incapaces.

b) Dementes y sordomudos:

Los dementes y sordomudos que no saben darse a entender por escrito, luego del discernimiento de la curatela, tienen el domicilio en el de su curador, aun cuando éste resida en otro lugar y lo conservan hasta que el cambio del domicilio del curador fuera autorizado judicialmente. Del mismo modo, si cesara la curatela sin rehabilitación del incapaz, el interdicto conservaría el de su ex curador, mientras no quedara constituido uno nuevo por el nombramiento de otro curador.

Los inhabilitados pueden fijar libremente su domicilio, pues no son incapaces.

c) Penados:

En orden a los penados, dejando a salvo el régimen especial previsto a su respecto por el artículo 12 del Código Penal, es claro que conservan una capacidad genérica y consiguientemente, retienen el domicilio precedente como suyo propio, mientras no constituyan uno nuevo. Así, el artículo 95 del Código Civil dispone que la residencia involuntaria por prisión no altera el domicilio anterior, si se conserva allí la familia, o se

tiene el asiento principal de los negocios. Ahora bien, si se han desintegrado los elementos constitutivos del domicilio anterior, el penado quedará encuadrado en el inciso 5º del artículo 90, interpretándose que su domicilio legal será el del lugar de su residencia actual, es decir, el establecimiento carcelario.

704. LOS DEPENDIENTES

El inciso 8º del artículo 90 hace referencia a las personas mayores de edad, que sirven o trabajan en casas de otros, quienes en todos los casos tendrán su domicilio en el de la persona para quien lo hacen, siempre que residan en la misma casa o en habitaciones accesorias.

La norma comprende a los mayores de edad, vale decir, a quienes tiene capacidad para constituir por sí un domicilio.

Para considerar constituida esta categoría, es preciso que se trate de una residencia estable; queda por ende, excluida la residencia temporal o accidental motivada, por ejemplo, por la contratación de personal de servicio para trabajar en una finca de veraneo; del mismo modo, quedan fuera del supuesto los trabajadores por horas, dado que carecen de situación permanente.

En el caso de que el empleador tuviera a su vez un domicilio legal, resultaría absurdo que el personal destacado en su casa adquiriese el domicilio que su empleador tiene atribuido como tal, pues como ha quedado dicho, el fundamento de la atribución de este domicilio se encuentra en la residencia efectiva. De allí entonces, que en todos los casos, el domicilio que adquiere el dependiente es el del lugar donde reside efectivamente con su empleador.

La norma en estudio resulta sobreabundante, pues todas las personas comprendidas tendrán su domicilio donde la ley se lo fija, vale decir, en el lugar de su residencia efectiva.

705. LA MUJER CASADA. INCIDENCIA DE LA LEY 23.515

En el régimen originario del Código, la mujer casada era incapaz de hecho relativo (art. 55), sujeta en consecuencia a la representación legal de su esposo (art. 57, inc. 4º). No obstante lo cual, la razón de ser de la imposición del domicilio de su marido no se hallaba inicialmente en esta incapacidad, sino en el deber de convivencia, y —más específicamente— en el de la esposa de seguir a su marido a donde quiera que éste fijara su residencia (arts. 51 y 53, ley 2.393).

Con la sanción de las leyes 11.357 del año 1926 y 17.711 del año 1968, concluyeron las últimas restricciones a la capacidad de la mujer, quien cualquiera fuera su estado tuvo a partir de entonces plena capacidad civil (art. 1º, ley 11.357, reformado por la ley 17.711 y art. 55, Cód. Civ. reformado por el mismo cuerpo legal).

Como anticipamos *supra* (v. nº 558), esta evolución culminó —en la materia que estamos tratando— con la sanción de la ley 23.515, que de-

rogó el artículo 90, inciso 9º (art. 9º de la ley citada), y reformó la Ley de Matrimonio Civil.

Actualmente entonces, a diferencia de lo establecido en la legislación derogada, ya no es el marido quien fija unilateralmente la sede del domicilio conyugal, sino que ambos cónyuges tienen la facultad de fijar, de común acuerdo, el lugar de residencia de la familia. El deber de cohabitación ha sido impuesto por el nuevo artículo 199 del Código Civil y rige a menos que por circunstancias excepcionales los cónyuges se vean obligados a mantener residencias separadas, o bien cuando sean relevados judicialmente del deber de convivencia en caso de que ésta ponga en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos, o de los hijos.

En caso de divorcio, separación personal, separación de hecho o nulidad de matrimonio, la mujer tendrá plena libertad para constituir su propio domicilio real, dado que en el estado actual del derecho positivo argentino, carece de sentido sujetarla a domicilio legal alguno, si a raíz de las circunstancias apuntadas precedentemente ha permanecido en el domicilio conyugal, siendo el marido quien ha optado por elegir un domicilio distinto, conservará aquél, entendido como el lugar de su residencia efectiva, en los términos del artículo 89.

706. *EL DOMICILIO DEL CAUSANTE. EFECTOS*

El inciso 7º del artículo 90 dice que: “*El domicilio que tenía el difunto determina el lugar en que se abre su sucesión*”.

Éste no es un caso de domicilio legal, sino que se trata de una regla atributiva de competencia judicial, que encuentra su concordancia en el artículo 3284.

En efecto, a tenor de lo dispuesto por el artículo 3284, será juez competente para entender en la sucesión el del lugar del último domicilio del difunto.

Además, el último domicilio determina la ley aplicable a la sucesión, sean los sucesores nacionales o extranjeros (art. 3283).

707. *LAS PERSONAS JURÍDICAS. REMISIÓN*

Para el tratamiento del tema, remitimos al Capítulo XX donde estudiamos en general el régimen de tal categoría de personas.

V. DOMICILIO DE ORIGEN

708. *CONCEPTO*

El artículo 89 define al domicilio de origen como el lugar del domicilio del padre el día del nacimiento del hijo.

Sin lugar a dudas, es el primer domicilio de una persona, pues siendo el recién nacido un incapaz tiene el domicilio del padre al comienzo de su existencia, siendo innecesario destacar que no se identifica con el lugar del nacimiento, el cual no siempre coincide con el domicilio paterno.

En caso de hijos de filiación desconocida, es dable inferir que carecen de domicilio de origen; en consecuencia, estimamos con Busso que, ajustando el sistema del Código al antecedente de Freitas, los niños expósitos y abandonados tendrán su domicilio de origen en el lugar de nacimiento o en el del establecimiento en que hubieran sido recogidos.

709. NATURALEZA

Hemos apuntado que algunos autores agregan esta clasificación a la de domicilio real y legal, como si fuere una tercera especie del domicilio general.

Sin embargo, predomina en la doctrina la inteligencia de que el domicilio de origen no es sino una especie del domicilio legal, toda vez que es instituido e impuesto por la ley con entera independencia de la voluntad de la persona.

710. EFECTOS

Su significación práctica es reducida.

Por una parte, determina el domicilio de la persona cuando se ausente de su domicilio en el extranjero *sin* ánimo de volver a él (art. 96). Adviértase que la norma opera en el caso de que el domicilio abandonado lo fuere en el extranjero; no así, si éste se encontraba en el país; en tal caso, perdurará su eficacia hasta la constitución de uno nuevo, ya sea en la República Argentina o en el exterior, por imperio del artículo 98, con independencia de la intención de volver a él o no.

Por otro lado, en el Código, el domicilio de origen determinaba la ley aplicable a la legitimación de los hijos extramatrimoniales (arts. 312 y 313). Actualmente por imperio de la reforma operada mediante la sanción de la ley 23.264, han quedado derogados los artículos 311 a 323, y se equiparan, a todos los efectos legales, los hijos matrimoniales a los hijos extramatrimoniales, borrando toda alusión al carácter legítimo o ilegítimo de éstos, por lo que carece de objeto práctico actual el tratamiento del supuesto enunciado.

VI. DOMICILIO ESPECIAL

711. CONCEPTO

Mientras el general u ordinario extiende su eficacia a todas las relaciones jurídicas de un individuo, de una manera indefinida y univer-

sal, el domicilio especial es aquel que produce sus efectos limitados a una o a varias relaciones jurídicas determinadas.

Del concepto enunciado, pueden inferirse los rasgos que lo distinguen del general u ordinario.

En efecto, ya no es "necesario"; puede ser "múltiple", toda vez que no le resulta aplicable el principio de "unidad" (la existencia de varios domicilios especiales no ofrece dificultad, pues cada uno de ellos registrará cada una de las relaciones jurídicas determinadas que le sirven de causa). Y, por último, a diferencia del domicilio general que, en su carácter de atributo de la personalidad es inalienable, el domicilio especial puede transmitirse a los sucesores universales; y aun puede transmitirse a los sucesores singulares (v.gr., a los cesionarios de un crédito).

712. *DISTINTAS ESPECIES. ENUMERACIÓN*

El domicilio especial se presenta bajo dos formas distintas; por una parte el denominado domicilio de elección o convencional, constituido por las partes en los contratos; por la otra, el domicilio *ad litem* o procesal, impuesto a toda persona que tome intervención en un juicio, en función de lo dispuesto por el artículo 41 del Código Procesal.

Ambos conceptos, aunque similares no se confunden, por el tiempo en que se los constituye, por las modalidades de su constitución y por la forma en que se reglamentan.

El régimen de ambas categorías pertenece a diversos ámbitos; mientras que el domicilio convencional queda regulado por el Derecho civil, el procesal o *ad litem* es materia de estudio de la legislación adjetiva.

713. *DOMICILIO PROCESAL. EFECTOS*

Una de las cargas impuestas a todo litigante, ya se trate de juicio contencioso o voluntario, es la de constituir domicilio procesal dentro del radio de la jurisdicción del tribunal de la causa (art. 40, prim. párr., Cód. Proc.). La razón de la norma se explica fácilmente: los actos de ciertos auxiliares del juez (notificadores, ujieres, oficiales de justicia), se efectivizan en el domicilio de las partes, debiendo tales constancias incorporarse luego al expediente con la debida contestación del oficial público, la cual da cuenta del cumplimiento de la diligencia en el referido lugar (cédula o mandamiento).

En todo caso, la carga no solamente impone el deber de constituir domicilio *ad litem* sino además denunciar el real. Ello teniendo en cuenta que, si bien la mayoría de las notificaciones procesales deberán cursarse al domicilio constituido, excepcionalmente existe el deber de hacerlo en el real (v.gr. la notificación de la prueba de absolución de posiciones o confesional).

El domicilio *ad litem* surtirá todos los efectos legales hasta la terminación del juicio o su archivo mientras no se constituyan o denuncien otros (art. 42, Cód. Proc.).

714. DOMICILIO DE ELECCIÓN O CONVENCIONAL

a) Concepto:

El domicilio convencional o de elección es el escogido por las partes de un contrato, para todos los efectos jurídicos derivados del mismo. Se encuentra contemplado en el artículo 101 que dice así: “*Las personas en sus contratos pueden elegir un domicilio especial para la ejecución de sus obligaciones*”.

Su estudio reviste gran importancia práctica, dado que es muy frecuente su utilización en tanto asegura a los contratantes la posibilidad de hacer efectivas las acciones judiciales derivadas del pacto, sin verse obligados a indagar el domicilio ordinario de cada una de ellas. En la práctica, en todos los contratos se fija un domicilio especial, particularmente cuando las partes tienen domicilios reales en jurisdicciones distintas.

b) Caracteres:

— puede no coincidir con el asiento principal de la residencia ni de los negocios, por lo que algunos autores lo califican de ficticio.

Concordantemente con esto se ha dicho, entonces, que el domicilio contractual es menos un verdadero domicilio que una derogación convencional de los efectos normales del domicilio real.

Esta idea es un resabio de la concepción que sólo considera domicilio al real.

Ya hemos tenido oportunidad de destacar el error de esta afirmación: el domicilio es un concepto puramente jurídico caracterizado como el lugar determinado por la ley como centro de las actividades jurídicas de un sujeto. En consecuencia, así considerado, el domicilio de elección participa de esta cualidad, como el real o el legal.

— es contractual; tal es la causa de su constitución, resultando siempre accesorio de un contrato y perdura mientras subsistan los efectos de este último;

— es excepcional y, por ende, de interpretación restrictiva;

— es fijo e invariable porque siendo cláusula contractual no puede, en principio, alterarse unilateralmente por uno de los contratantes.

c) Forma de constitución ⁵:

La determinación de un domicilio convencional no está sujeta a ninguna formalidad especial.

⁵ Bibliografía especial: FIGUEROA, Ricardo M., “Lugar de pago y domicilio convencional”, *J.A. Doct.* 1974-288.

Incluso, la manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita. Se considera que la individualización de un lugar de pago constituye tácitamente un domicilio especial, pero su efecto se limita a la prórroga de la competencia judicial (art. 102, Cód. Civ.), no siendo hábil para efectuar en él notificaciones judiciales (Salvat, Arauz Castex).

Sin embargo, constitución de domicilio y lugar de pago son dos conceptos distintos y, por ello, la elección de este último no importa elegir domicilio (conf. Figueroa). Atiéndese simplemente al caso en que se hubiere elegido el domicilio del acreedor como lugar de pago; sería absurdo pretender que además, el deudor haya fijado allí su domicilio especial.

d) Mutación:

El principio general indica que el domicilio de elección subsiste hasta tanto el acto para el cual ha sido constituido se halle enteramente ejecutado. Ello en atención a su carácter de cláusula accesorio de una convención principal; sus efectos duran tanto como ella.

Su determinación se presume hecha en beneficio de ambos contratantes, de allí entonces que no pueda alterarse sin la anuencia de ambos.

La regla es entonces, que la mutación o alteración del domicilio convencional sólo puede llevarse a cabo de común acuerdo. Ningún contratante puede modificarlo sin el consentimiento del otro.

Sin embargo, se ha encontrado una excepción a esta regla cuando la constitución de nuevo domicilio lo es dentro de la misma localidad; en tal caso, el cambio será válido sin necesidad de la conformidad de la otra parte, pues no se modificará la competencia judicial determinada por el domicilio (art. 102).

Bastará, en consecuencia, notificar el cambio en forma fehaciente para que el nuevo domicilio produzca sus efectos.

En todo caso, la modificación debe ser expresa y no tácita.

Cuando el domicilio convencional coincide con el real, la mutación de este último no altera la eficacia del primero.

e) Extinción ⁶:

Ya dijimos que el domicilio convencional perdura mientras subsistan los efectos del contrato en el cual se lo constituyó. En consecuencia, su extinción de pleno derecho sobreviene por la expiración o extinción misma del acuerdo al cual accede.

Aparte de ello, algunos pronunciamientos judiciales han admitido que carece de eficacia el domicilio de elección cuando el edificio donde se lo fijó ha dejado de existir por demolición o clausura; lo mismo cuando ha sido objeto de expropiación; y cuando el que lo constituyó ha sido desalojado a pedido de quien pretende hacerlo valer.

⁶ V. la jurisprudencia que se cita en el comentario al art. 101 en el *Código Civil Comentado* bajo la dirección de Belluscio.

La jurisprudencia se muestra vacilante respecto del efecto del transcurso del tiempo. Algunos pronunciamientos han sostenido que la circunstancia de que hayan pasado veinte, quince o diez años es suficiente como para considerar insubsistente al domicilio de elección. Pero otros fallos, en situaciones fácticas semejantes han sostenido que el mero paso del tiempo es insuficiente para dejar sin efecto la previsión contractual.

No constituyen causa de cambio la circunstancia de que la casa donde se fijó se encuentra deshabitada, ni que el deudor se haya mudado, ni por muerte o incapacidad de los contratantes.

715. EFECTOS DEL DOMICILIO DE ELECCIÓN O CONVENCIONAL

a) Determinación de la competencia judicial:

En función de lo dispuesto por el artículo 102, el principal efecto de la constitución de un domicilio contractual es la prórroga de jurisdicción, vale decir, que deja de ser competente el juez que hubiere correspondido al domicilio general —real o legal— de las partes, para serlo el del domicilio elegido.

Dicha prórroga es factible cuando la competencia se determina en razón del domicilio de las partes, no así en los casos en que se fija en función de la materia debatida en el pleito.

Una importante excepción, tanto con relación a las reglas de competencia en general (regidas en su mayor parte por el derecho procesal), cuanto con relación a la prórroga de competencia derivada de la constitución de un domicilio convencional, está constituida por el denominado “fuero de atracción”, virtualidad propia de los juicios universales de atraer para ser resueltas por ante un mismo juez un sinnúmero de acciones que suponen procesos contenciosos vinculados con el mismo patrimonio relicto —en el caso de las sucesiones *mortis causae*— o fallido o concursado —en el supuesto de concurso o quiebra—⁷.

Ese fuero de atracción es de orden público, en tanto está en juego el interés general de la justicia en dar intervención a un solo juez en todas las cuestiones atinentes al patrimonio que habrá de recaudarse, liquidarse y transmitirse bajo su dirección.

En tales casos, la competencia no puede prorrogarse por convención alguna, y por lo tanto, el domicilio constituido o de elección cede frente al fuero de atracción.

b) Notificaciones judiciales. Jurisprudencia plenaria:

Pese a que los artículos 101 y 102 no hacen referencia al tema de las notificaciones, la doctrina ha estado siempre conforme en que uno de los

⁷ Bibliografía especial: DE IRIONDO, L.U., “Fuero de atracción”, *E.D.* 7-459.

efectos propios del domicilio contractual es que en él deben practicarse las notificaciones judiciales y extrajudiciales a que hubiere lugar con motivo del contrato.

Sin embargo, respecto de las notificaciones judiciales es menester distinguir según que el domicilio haya sido constituido en un instrumento privado o en un instrumento público.

Esta distinción ha nacido en la jurisprudencia, que reaccionó así contra algunos abusos cometidos por algunos acreedores de mala fe, que hacían constituir domicilio a sus deudores en lugares donde estos últimos nunca recibían las notificaciones, de modo que los juicios se seguían en su ignorancia e indefensión.

Por ello, en sentencias plenarios de la Cámara Civil, la Cámara Comercial y la Cámara de Paz de la Capital Federal, se resolvió considerar ineficaz el domicilio constituido en instrumento privado, mientras no hubiera sido reconocida la firma por la persona a la cual se opone. En tal caso se dijo, la demanda no puede notificarse en el domicilio de elección sino que debe serlo en el real del demandado ⁸.

Si el domicilio constituido por el demandado lo fue en instrumento público, tiene plena eficacia, y las notificaciones practicadas en él surten todos los efectos legales. Del mismo modo ocurre si se trata de instrumento privado protocolizado por la parte demandada, o bien, si el domicilio especial se ha constituido en un instrumento privado en el cual las firmas han sido autenticadas mediante certificación notarial, o, tratándose de un boleto de compraventa sometido al régimen de la ley 14.005, e inscripto bajo ese sistema en el Registro de la Propiedad, pues en todos los casos mencionados el domicilio de elección fue revestido de suficiente autenticidad.

c) Notificaciones extrajudiciales:

El domicilio de elección es el lugar donde deben practicarse las notificaciones y emplazamientos extrajudiciales motivados por el contrato, vale decir, ofertas de pago, interpelación para constituir en mora, comunicación del ejercicio de la facultad resolutoria, denuncia de vicios redhibitorios, etcétera.

No cuadra aquí distinguir según que el domicilio haya sido constituido en instrumento público o privado, salvo que mediase un abuso de alguna de las partes respecto de la otra, que podría también configurarse de habersele hecho fijar un domicilio de elección en el que no podría recibir las comunicaciones que se le dirigieran. Tal lo que sucede cuando a una de las partes de un contrato se le hace constituir domicilio en un lugar en el cual es la otra parte la que ejerce señorío. (Baudry-Lacantinerie y Houque Fourcade).

⁸ CNCiv. en pleno, 10/6/1954, L.L. 75-606; J.A. 1954-III-273; CNCom. en pleno, 26/7/1956, L.L. 82-561; J.A. 1956-II-480; CNPaz, en pleno, cit. en L.L. 125-579; el criterio ha sido seguido por las jurisdicciones provinciales.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ABELEND, César
Derecho civil - Parte general, Buenos Aires, 1980.
- ALBALADEJO, Manuel
Derecho civil, vol. I, *Introducción y Parte general*, 6ª ed., Barcelona, 1980.
- ALPA, Guido - ZATTI, Paolo
Commentario breve al Codice Civile. Leggi complementari, Padova, 1992.
- ALTERINI, Atilio Aníbal
Derecho privado, 2ª ed., Buenos Aires, 1977.
- ARAUZ CASTEX, Manuel
Derecho civil - Parte general, Buenos Aires, 1974.
- AUBERT, Jean-Luc
Introduction au Droit et thèmes fondamentaux du Droit civil, 2ª ed., 1986.
- BARASSI, Lodovico
Instituciones de Derecho civil, trad. de Ramón García de Haro, Barcelona, 1955.
- BARBERO, Domenico
Sistema del derecho privado, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1967.
- BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.)
Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, ts. I a VI, a partir de 1978.
- BERGEL, Jean-Louis
Théorie générale du Droit, París, 1985.
- BIAGIAMI, Walter
Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale, 2001.
- BIANCA, C. Massimo
Diritto civile, t. I, Milano, 1993.
- BORDA, Guillermo A.
Tratado de Derecho civil argentino - Parte general, 8ª ed., Buenos Aires, 1984.
- BRECCIA, Umberto - BIGLIAZZI GERI, Lina - NATOLI, Ugo - BUSNELLI, Francesco D.
Derecho civil, trad. de Fernando Hinestrosa, Bogotá, 1992.

BUSO, Eduardo B.

Código Civil anotado, Buenos Aires, 1944.

BUTELER CACERES, José A.

Manual de Derecho civil - Parte general, Buenos Aires, 1975.

CAPITANT, H. - TERRÉ, F. - LEQUETTE, Y.

Les grands arrêts de la jurisprudence civile, ts. I y II, París, 2000.

CARBONNIER, Jean

Derecho civil, trad. de Manuel María Zorrilla Ruiz, Barcelona, 1960.

CASTÁN TOBEÑAS, José

Derecho civil español y foral, tomo I, vol. I y II, 14ª ed., revisada y actualizada por José Luis de los Mozos, Madrid, 1984.

CIAN, Giorgio - TRABUCCHI, Alberto

Commentario breve al Codice Civile, 2ª ed., Padova, 1992.

CIFUENTES, Santos

Elementos de Derecho civil - Parte general, 2ª ed., Buenos Aires, 1991.

COLIN, Ambrosio - CAPITANT, Henri

Curso elemental de Derecho civil, trad. de Demófilo de Buen, Madrid, 1941.

COLLART DUTILLEUL, François - DELEBECQUE, Philippe

Contrats civils et commerciaux, 5ª ed., París, 2001.

CORNU, Gérard

Droit civil, 2ª ed., París, 1985.

DA MOTA PINTO, Carlos Alberto

Teoria geral do Direito civil, Coimbra, 1980.

DA SILVA PEREIRA, Caio Mario

Instituições de Direito civil, 9ª ed., Rio de Janeiro, 1986.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo

Introducción al estudio del Derecho, 5ª ed., Bilbao, 1988.

DE BUEN, Demófilo

Introducción al estudio del Derecho civil, 2ª ed., México, 1977.

DE CASTRO y BRAVO, Federico

Compendio de Derecho civil, Madrid, 1970.

DE DIEGO, Felipe Clemente

Instituciones de Derecho civil español, revisada por Cossio y Gullón, Madrid, 1959.

DE JUGLART, Michel

Cours de Droit civil - Introduction, personnes, famille, t. I, 11ª ed., París, 1985.

DE RUGGIERO, Roberto

Instituciones de Derecho civil, trad. de Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1979.

- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores - HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores - POUS DE LA FLOR, María Paz
Derecho civil comunitario, España, 2001.
- DÍEZ PICAZO, Luis
Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Madrid, 1979.
- DÍEZ PICAZO, Luis - GULLON BALLESTEROS, Antonio
Sistema de Derecho civil, 4ª ed., Madrid, 1981.
- DUCCI CLARO, Carlos
Derecho civil - Parte general, 2ª ed., Santiago de Chile, 1984.
- ECHEVERRY BONEO, Rómulo
Curso de Derecho civil - Parte general, Buenos Aires, 1943.
- ENNECCERUS, Ludwig - KIPP, Theodor - WOLFF, Martin
Tratado de Derecho civil, t. I, *Parte general*, por Enneccerus, Ludwig, 13ª rev. por Hans Carl Nipperdey, trad. de Blas Pérez Gonzalez y José Alguer, Barcelona, 1953 (vol. II, 15ª rev. por H., C. Nipperdey, Barcelona, 1981).
- ESPIN CANOVAS, Diego
Manual de Derecho civil español - Parte general, 7ª ed., Madrid, 1979.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan
Ensayos sobre teoría general del Derecho y los derechos de las personas, Lima, 1996.
- FUEYO LANERI, Fernando
Instituciones de Derecho civil moderno, Santiago de Chile, 1990.
- GALGANO, Francesco
Diritto civile e commerciale, 2ª ed., Padova, 1993.
Diritto privato, 3ª ed., Padova, 1985.
- GARCIA AMIGO, Manuel
Instituciones de Derecho civil - Parte general, Madrid, 1979.
- GARCIA VALDECASAS, Guillermo
Parte general del Derecho civil español, Madrid, 1983.
- GHESTIN, Jacques
Traité de Droit civil (sous la direction de); *Introduction générale* par Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, 2ª ed., París, 1983.
- GOMES, Orlando
Introdução ao Direito civil, 8ª ed., Rio de Janeiro, 1986.
Introdução ao Direito civil, 2000.
- HATTENHAUER, Hans
Conceptos fundamentales del Derecho civil, trad. de Gonzalo Hernández, Barcelona, 1987.
- JOSSERAND, Louis

- Derecho civil*, trad. de Santiago Cunchillos Manterola, Buenos Aires, 1950.
- LARENZ, Karl
Derecho civil - Parte general, trad. de Miguel Izquierdo y Macías Pica-
 vea, Madrid, 1978.
- LASARTE ALVAREZ, Carlos
Principios de Derecho civil, tomo I, *Parte general y derecho de la perso-
 na*, 4ª ed., Madrid, 1995.
- LEHMANN, Heinrich
Tratado de Derecho civil - Parte general, trad. de José María Navas, Ma-
 drid, 1956.
- LEONI LOPES DE OLIVEIRA, J. M.
Direito civil - Introdução ao direito civil, vol. 1, 2001.
- LLAMAS POMBO, Eugenio
Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho civil, Buenos
 Aires, 2002.
- LLAMBIAS, Jorge J.
Tratado de Derecho civil - Parte general, 9ª ed., Buenos Aires, 1982.
- LLOVERAS DE RESK, María Emilia - BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia -
 BERGOGLIO, María Teresa.
Lecciones de Derecho civil, Córdoba, 1987.
- LORENZETTI, Ricardo Luis
Las normas fundamentales de derecho privado, Santa Fe - Buenos Ai-
 res, 1995.
- LOUZAN DE SOLIMANO, Nelly - TRINCAVELLI, Nélida E.
Derecho civil - Parte general, Buenos Aires, 1991.
- LUCARELLI, Francesco
Diritti civili e istituti privatistici, Padova, 1984.
- MACHADO, José Olegario
Exposición y comentario del Código Civil argentino, Buenos Aires,
 1899/1903.
- MARTY, Gabriel - RAYNAUD, Pierre
Droit civil, t. I, "Introduction générale à l'étude du droit", 2ª ed., Paris,
 1972
Les personnes, por Pierre Raynaud, 3ª ed., Paris, 1976.
- MAZEAUD, Henry, Léon y Jean
Lecciones de Derecho civil, trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Bue-
 nos Aires, 1959.
- MESSINEO, Francesco
Manual de Derecho civil y comercial, trad. de Santiago Sentis Melendo,
 Buenos Aires, 1971.
- NETO, Abilio - MARTINS, Herlander

- Código Civil anotado*, 3ª ed., Lisboa, 1980.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier
Compendio de Derecho civil - Parte general, Madrid, 1986.
- ORTIZ URQUIDI, Raúl
Derecho civil - Parte general, México, 1977.
- PERLINGIERI, Pietro
Codice Civile annotato, Torino, 1980.
- PESCATORE, G. - RUPERTO, C.
Codice Civile annotato, Milano, 1978.
- PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges
Tratado práctico de Derecho civil francés, trad. de Díaz Cruz y Le Riveland Brussone, La Habana, 1946.
- PUIG BRUTAU, José
Introducción al Derecho civil, Barcelona, 1971.
Fundamentos de Derecho civil, t. I, vol. I, *Parte general: Sujeto y objeto del Derecho*, por Luis Puig Ferriol, Barcelona, 1979.
- PUIG FERRIOL, Luis - GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen - GIL RODRÍGUEZ, Jacinto - HUALDE SANCHEZ, José Javier
Manual de Derecho civil, t. I, *Introducción y derecho de la persona*, Madrid, 1995.
- PUIG PEÑA, Federico
Tratado de Derecho civil español, Madrid, 1957.
- RESCIGNO, Pietro (dir.)
Trattato di Diritto privato, t. I, Torino, 1991.
- RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean
Tratado de Derecho civil, trad. de Delia García Daireaux, Buenos Aires, 1963.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael
Compendio de Derecho civil, t. I, "Introducción, Personas, Familia", 16ª ed., México, 1979.
- SALVAT, Raymundo M.
Tratado de Derecho civil argentino - Parte general, ed. actualizada por José María López Olaciregui, Buenos Aires, 1964.
- SANTORO PASSARELLI, F.
Doctrinas generales del Derecho civil, trad. de A. Luna Serrano, Madrid, 1964.
- SANTOS BRIZ, Jaime
Derecho civil, t. I, *Introducción y doctrinas generales*, Madrid, 1978.
- SCYBOZ, Georges - GILLIERON, Pierre - Robert
Code Civil suisse et Code des Obligations annotés, 4ª ed., Lausanne, 1988.

SEGOVIA, Lisandro

El Código Civil de la República Argentina. Su explicación y crítica bajo la forma de notas, Buenos Aires, 1881.

EL Código Civil argentino anotado, Buenos Aires, 1894.

SPOTA, Alberto G.

Tratado de Derecho civil - Parte general, Buenos Aires, 1965.

STRATTA, Alicia Josefina

Apuntes sobre el proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión decreto 685/1995 - Su influencia en los contratos), Buenos Aires, 2001.

TERRE, François

Introduction générale au Droit, Paris, 1991.

TRABUCCHI, Alberto

Istituzioni di Diritto civile, 28ª ed., Padova, 1986.

VON THUR, Andreas

Derecho civil - Teoría general del Derecho civil alemán, trad. de Tito Ravá, Buenos Aires, 1946/8.

WEILL, Alex - TERRE, François

Droit civil, Introduction générale, 4ª ed., Paris, 1979.

Les personnes. La famille. Les incapacités, 5ª ed., Paris, 1983.

ZATTI, Paolo - COLUSSI, Vittorio

Lineamenti di Diritto privato, Padova, 1987.

ÍNDICE GENERAL

Advertencia	7
Abreviaturas usadas más frecuentemente	9

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN AL DERECHO CIVIL. FUENTES DEL DERECHO CIVIL. LA RELACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO I

CONCEPTO, EVOLUCIÓN Y FUNCIÓN ACTUAL DEL DERECHO CIVIL

I. DERECHO CIVIL

1. Distinción entre derecho privado y derecho público.....	13
a) Tesis que distingue según la fuente creadora.....	13
b) Tesis que distingue según el interés protegido	14
c) Tesis que distingue según la naturaleza del sujeto.....	14
d) Tesis que distingue según la posición de las partes en la relación jurídica	14
2. Las ramas del derecho público	15
a) Derecho Constitucional	15
b) El Derecho civil constitucional	16
c) Derecho administrativo	17
d) Derecho financiero	18
e) Derecho penal	18
f) Derecho internacional público.....	18
g) El derecho ambiental.....	19
3. <i>Quid</i> de la ubicación del derecho procesal	20
4. El Derecho civil. Concepto	20
a) Noción preliminar.....	20
b) El Derecho civil y su aprehensión histórica	21

II. ORIGEN DEL DERECHO CIVIL. EL DERECHO ROMANO

5. La importancia del Derecho Romano.....	22
---	----

6. El concepto de Derecho civil en el Derecho Romano	22
7. Formas de manifestación del Derecho Romano. Las Leyes de las XII Tablas	23
a) Orígenes.....	23
b) Las Leyes de las XII Tablas.....	23
c) Evolución en la República	24
d) El Imperio	24
8. El derecho honorario o pretorio.....	24
a) El pretor; origen y funciones.....	24
b) Derecho honorario y Derecho civil	25
c) El pretor peregrino	25
9. La actividad de los juristas.....	25
10. La literatura jurídica.....	26
a) Orígenes; los primeros juristas	26
b) La actividad de los juristas en el Imperio.....	26
c) Las escuelas.....	27
d) Los principales autores	27
e) Valoración	28
11. El derecho posclásico.....	29
12. Las compilaciones.....	29
13. La compilación justiniana	30

III. LA INFLUENCIA DEL DERECHO ROMANO

14. El tránsito del Derecho Romano al derecho común.....	31
15. La recepción	32
a) Concepto y origen.....	32
b) La recepción en Alemania.....	32
c) La recepción en España.....	33
d) Las Partidas	33
e) El Derecho Romano en Francia	34
16. Los factores que condujeron a la unificación del derecho.....	35
17. Las escuelas de los glosadores y los posglosadores.....	35
18. El derecho canónico.....	36
19. El derecho mercantil.....	36
a) Causas de su aparición	36
b) Los estatutos	37

IV. LA FORMACIÓN DE LOS DERECHOS NACIONALES

20. La identificación del Derecho civil con el derecho privado.....	37
a) La necesidad de dar unidad al Derecho	37
b) Francia. La redacción de las Costumbres	38

c) La doctrina: identificación del Derecho civil con derecho privado	38
--	----

V. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL

21. Antecedentes. La escuela del derecho natural	39
22. Las codificaciones	40
23. El Código Napoleón	41
24. Principales características del Código Napoleón	42
25. La influencia del Código de Napoleón	42
26. La codificación alemana	42
a) Antecedentes. Polémica Thibaut - Savigny	42
b) Los fundamentos de la escuela histórica	43
c) Aporte de la escuela histórica	43
d) La escuela histórica y la codificación	44
e) La redacción del Código Civil	44
27. Los códigos del siglo XX	45
27.1. La descodificación	45
27.2. La reacción de la doctrina	47
27.3. La prueba de la continuidad del movimiento codificador.....	48
27.4. La recodificación. Alcance de los nuevos códigos	49
27.5. Breve esquicio sobre los códigos de la segunda generación .	50
a) Código Civil italiano de 1942	50
b) Código Civil de Portugal de 1966	51
c) Los códigos latinoamericanos	51
27.6. Los más recientes procesos de recodificación	51
a) Código holandés.....	51
b) Québec	52
c) Brasil	52
27.7. Los procesos de recodificación en curso en América latina .	52
a) Bolivia.....	52
b) Perú.....	53
c) Puerto Rico.....	54
27.8. Un caso singular. La recodificación permanente: el caso de Francia	54
27.9. Un caso extraordinariamente importante. La reforma del BGB.....	55
a) Sanción y puesta en vigencia.....	55
b) Razones	56
c) Fuentes	56
27.10. La codificación en los ex países socialistas (o los códigos de la tercera generación)	57
a) Introducción	57

b) Los casos concretos.....	58
27.11. Las codificaciones en los países musulmanes.....	59
27.12. China.....	60
27.13. Las codificaciones supranacionales.....	60
27.14. Conclusiones.....	61
27.15. La recodificación en la Argentina. Remisión.....	61
 <i>VI. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CIVIL A PARTIR DEL CÓDIGO NAPOLEÓN</i>	
28. Introducción.....	62
29. Los desprendimientos del Derecho civil.....	62
30. El derecho del trabajo.....	62
a) El trabajo en la codificación civil.....	62
b) Nacimiento del derecho del trabajo.....	63
c) Ubicación del derecho del trabajo.....	63
31. El derecho agrario.....	64
32. El derecho mercantil.....	64
 <i>VII. LAS TRANSFORMACIONES DE LAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES. CAUSAS IDEOLÓGICAS</i>	
33. La transformación ideológica como fundamento de las mutaciones institucionales.....	64
34. La relatividad de los derechos subjetivos: el abuso del derecho.....	66
35. Los límites impuestos al derecho de dominio.....	66
36. La autonomía de la voluntad.....	67
37. El personalismo ético como sustento de la relación jurídica fundamental.....	68
37.1. El principio de autodeterminación.....	69
 <i>VIII. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES. LAS CONDICIONES SOCIOECONÓMICAS DE LA VIDA ACTUAL COMO CAUSA</i>	
38. La masificación social. Influencia sobre la vida de la persona física.....	70
a) Los derechos de la personalidad.....	71
39. La vida urbana.....	72
40. El avance tecnológico.....	72
a) La medicina.....	73
b) La genética.....	73
c) La informática.....	74
41. La tecnología como objeto.....	74

IX. ORIENTACIONES ACTUALES DEL DERECHO

42. Evolución del principio de autonomía privada	75
a) Su reconocimiento legislativo	75
b) Factores que la restringen	76
c) Evolución en los últimos años del siglo XX	77
43. El control del contenido contractual predispuesto	77
a) Planteo de la cuestión	77
b) La reacción legislativa	78
c) Nuestro Derecho.....	79
44. La intervención del Estado	79
45. Las circunstancias de la economía	80
46. La protección de la parte más débil	82
47. Conclusión	83
48. El régimen de la responsabilidad civil: la responsabilidad por riesgo	84
49. Otras transformaciones importantes	85
50. La evolución del derecho de familia	86

X. EL DERECHO COMERCIAL. ORIGEN Y CAUSAS DE SU APARICIÓN

51. Antecedentes	87
a) Orígenes.....	87
b) La jurisdicción consular	88
c) El poder político de la clase comerciante.....	88
d) Los estatutos	89
52. La internacionalización del derecho comercial	89
53. El periodo intermedio.....	90
54. La codificación del derecho mercantil.....	90
55. ¿Qué es el derecho mercantil?.....	91
a) En la Edad Media.....	91
b) La aparición de la sociedad anónima	91
c) Las respuestas posibles	92
d) Las soluciones de los códigos	92
e) Los actos unilateralmente mercantiles	92
56. Influencias recíprocas con posterioridad a la codificación.....	93
a) La "comercialización" del Derecho civil	93
b) La "civilización" del derecho comercial.....	93
c) Tendencia a la unificación	94
d) Subsistencia de la autonomía del derecho mercantil.....	94
e) Orientaciones actuales	94
57. Derecho de los negocios o derecho económico o derecho de la em- presa	94
a) Concepto de empresa	94

b) Su recepción en la legislación.....	95
c) Otros factores.....	95
d) Hacia un “derecho económico” o “de los negocios”	96
58. La tendencia hacia la uniformidad del derecho comercial. El derecho supranacional	97
58.1. La globalización de los mercados. Influencia en el ámbito del derecho. La <i>lex mercatoria</i>	98
a) Qué es “el mercado”	98
b) La globalización de los mercados.....	99
c) Algunas características de los mercados globalizados	99
d) El derecho y el mercado. La <i>lex mercatoria</i>	100
e) El contrato como instrumento de la <i>lex mercatoria</i>	100
f) El arbitraje.....	101
g) Los principios <i>Unidroit</i>	101

XI. LA PUBLICIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

59. Influencia creciente del derecho público.....	102
60. Relatividad de este fenómeno	102

XI BIS. EL DERECHO PRIVADO Y LA ECONOMÍA. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

60.1. Relaciones entre derecho y economía. Etapas.....	103
60.2. La ponderación de los fenómenos económicos en la doctrina jurídica	103
60.3. Límites.....	105
60.4. La sistematización de la interacción de lo económico y lo jurídico: el análisis económico del derecho	105
a) Qué es el AED	105
b) Los principios básicos del AED.....	106
60.5. La eficiencia y la justicia y otros valores jurídicos.....	107
60.6. Conclusión.....	109

XII. EL DERECHO PRIVADO EN LA ACTUALIDAD. FUNCIÓN DEL DERECHO CIVIL

61. Ramas del derecho privado	109
62. Función actual del Derecho civil	110
63. Definición	111

CAPÍTULO II

FUENTES DEL DERECHO CIVIL

I. FUENTES DEL DERECHO - INTRODUCCIÓN

64. Concepto	113
65. Clasificación	114
66. Cuáles son las fuentes del derecho.....	114
a) Enfoque previo	114
b) Distintas posiciones	115
c) Nuestro criterio	115
d) El contrato como fuente de derecho objetivo.....	116
67. La jerarquía de las fuentes	116
68. La jerarquía de las fuentes en el derecho argentino. Remisión.....	117

II. LA LEY

69. Concepto	117
70. Caracteres. Enumeración.....	117
71. La obligatoriedad	117
72. La generalidad	118
73. Justicia	118
74. Autenticidad	118
75. Clasificaciones de la ley	119
a) Ley en sentido material y en sentido formal.....	119
b) Ley de derecho estricto y de derecho equitativo.....	119
c) Leyes imperativas y supletorias	120
d) Ley preceptiva y prohibitiva	120
e) Ley complementaria e interpretativa	120
76. Ley de orden público.....	120
a) Noción.....	120
b) El orden público económico y el orden público social.....	121
c) Ley de orden público y ley imperativa	121
d) Quién determina que una ley es de orden público	121
e) El orden público en el Derecho civil argentino.....	122
77. Otras clasificaciones	122
a) Por la esfera territorial de aplicación.....	122
b) Por la materia que abarcan	122

III. LA FORMACIÓN DE LA LEY

78. Sanción	123
a) Concepto.....	123

b) Sanción defectuosa	123
79. Promulgación.....	123
80. Veto.....	124
81. Publicación.....	124
a) Vinculación con la obligatoriedad	124
b) Sistemas de entrada en vigencia de la ley	125
c) Sistema del Código Civil	125
d) Ley que establece fecha de vigencia pero no ha sido publicada.....	125
e) Ley que no establece fecha de entrada en vigencia	125
f) ¿A qué norma se aplica?	126
g) Ley no publicada	126
h) Leyes secretas.....	126
i) Errores en la publicación	126
j) Entrada en vigencia de la ley sometida a reglamentación.....	126

IV. LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS

82. Supremacía de la Constitución	127
83. Ejercicio del contralor de constitucionalidad	127
84. Declaración de inconstitucionalidad.....	127
85. Inconstitucionalidad por injusticia	128
86. La jerarquía del resto de la legislación.....	128
a) Atribuciones de las provincias	128
b) Ubicación de la legislación provincial con relación a la legislación federal	129
c) Atribuciones de los municipios y otros órganos.....	129
d) Atribuciones del Poder Ejecutivo nacional	129
87. Los tratados.....	129
a) Importancia actual en el derecho privado	129
b) Incorporación de los tratados al derecho interno	130
c) Jerarquía de los tratados	131
d) Los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional	132
e) Los tratados internacionales sobre derechos humanos no enumerados en el artículo 75, inciso 22	133
f) Los tratados de integración	134
g) Operatividad de los tratados	134
88. Legislación <i>de facto</i> . Subsistencia y derogación	135

V. DEROGACIÓN DE LA LEY

89. Derogación expresa y tácita	136
---------------------------------------	-----

90. Derogación de disposiciones subordinadas.....	136
91. Derogación de disposiciones derogatorias.....	136
91.1. Anulación de las leyes por el mismo Poder Legislativo	137
92. Desuetudo	137

VI. ACTOS CONTRARIOS A LA LEY

93. Principio general.....	137
94. El Derecho civil argentino	138
95. Nulidad.....	138
96. Correlación con el artículo 1037	138
97. Otras sanciones	138
98. El acto en fraude a la ley.....	138
a) Noción.....	138

VII. LA COSTUMBRE

99. Concepto	139
100. La costumbre como fuente material y formal.....	139
101. Elementos de la costumbre. Restricción preliminar	139
102. El elemento objetivo. Condiciones que debe reunir	140
a) El uso	140
b) La uniformidad del uso	140
c) La generalidad.....	140
d) La constancia del uso.....	140
e) La duración.....	141
f) La materia del uso	141
103. El elemento subjetivo. Distintos criterios para su caracterización .	141
104. Distinción entre la costumbre y la jurisprudencia	142
105. Usos convencionales o del tráfico. Distinción con la costumbre e importancia	142
106. Fundamentos de la costumbre, examen de diversos criterios.....	143
a) Aprobación tácita del legislador	143
b) La escuela histórica	143
c) La teoría de la voluntad	144
d) Doctrina de la misma naturaleza humana	144
107. Clasificaciones de la costumbre	144
a) <i>Secundum legem</i>	144
b) <i>Praeter legem</i>	144
c) <i>Contra legem</i>	144
d) Costumbre local o general	145
108. Importancia	146
109. Ventajas y desventajas.....	146

110. Prueba de la costumbre	147
-----------------------------------	-----

VIII. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ARGENTINO

111. El antiguo artículo 17	147
112. La reforma de la ley 17.711	148
113. La costumbre <i>praeter legem</i> . Su aplicación.....	148
a) Los preceptos comprometidos.....	148
b) Procedencia entre ley análoga y costumbre.....	148
c) Proyecto de unificación legislativa.....	148
114. La costumbre <i>contra legem</i> en nuestro derecho	149
115. La costumbre en el derecho comercial.....	149
a) Interpretación	149
b) Normas del Código de Comercio	149
c) Jerarquía	149

IX. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

116. Concepto	150
a) Orientación iusnaturalista.....	150
b) Orientación positivista	151
c) Criterios que combinan ambos conceptos	151
117. Los principios generales en el Código Civil	151
a) El artículo 16, Código Civil	151
b) Sus fuentes.....	152
118. Funciones que cumplen	152
119. Principios generales y fuentes formales: jerarquía	153
120. Enumeración de los principios generales. Criterios asistemáticos.	153
121. Exposición de Larenz	154
a) La idea de Derecho	154
b) Relatividad de la enumeración de los principios generales del Derecho.....	154
c) Enumeración.....	154
121 bis. Criterio de Guastavino	155
122. Invocación y prueba de un principio general	156
122 bis. Límites de la aplicación del principio general.....	156
122 ter. La aplicación de los principios generales y el recurso extraordi- nario.....	158

X. JURISPRUDENCIA

123. Acepciones del término	158
124. Antecedentes	159

125. Importancia actual.....	159
126. La jurisprudencia como fuente del Derecho.....	160
a) Opiniones negativas	160
b) Opiniones positivas	161
c) La cuestión en otros ámbitos	161
d) La cuestión en el Derecho nacional	163
e) El rol de la jurisprudencia en nuestro país	163
127. Elementos de la jurisprudencia.....	164
128. Métodos de unificación de la jurisprudencia.....	164
a) El recurso extraordinario.....	165
b) Los fallos plenarios	166
c) El recurso de casación.....	167

XI. DOCTRINA

129. Concepto	168
130. Antecedentes	168
a) Nacimiento y desarrollo	168
b) Su importancia	168
c) La doctrina argentina	169
131. Valor de la doctrina como fuente.....	169

XII. OTRAS POSIBLES FUENTES

132. La autonomía de la voluntad.....	170
133. La equidad.....	170
134. Las reglas corporativas	171
135. Las reglas tradicionales o de la experiencia	172
135.1. El derecho comparado.....	172
a) Noción	172
b) Utilidad.....	173
c) El derecho comparado como fuente de derecho. El argu- mento de derecho extranjero en las sentencias judiciales	173

CAPÍTULO III

APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS

I. APLICACIÓN DE LA LEY

136. Concepto	175
137. La subsunción como método de la aplicación de la ley	176
a) Origen del término	176

b) Exposición	176
c) Crítica	176
138. Vinculación con la interpretación	177
139. Aplicación del Derecho en el derecho argentino	177
140. Prueba del Derecho	178
a) Regla general	178
b) El derecho consuetudinario	178
c) Derecho extranjero	178
141. Negativa a aplicar una norma	179

II. INTERPRETACIÓN DE LA LEY

142. Concepto	180
143. Interpretación de la ley y de los actos jurídicos	180
144. Normas a las que se aplica	180
a) <i>Quid</i> de la ley clara	180
b) La costumbre	181

III. CLASES DE INTERPRETACIÓN SEGÚN QUIÉN LA FORMULE

145. Legislativa o auténtica	181
146. Judicial	182
147. Interpretación doctrinaria	182

IV. CLASES DE INTERPRETACIÓN SEGÚN SU ALCANCE

148. Criterios generales	183
149. Interpretación declarativa	183
150. Interpretación restrictiva	183
151. Interpretación extensiva	184
152. Diferencias entre la interpretación declarativa y las interpretaciones correctoras	184

V. REGULACIÓN LEGAL DE LA INTERPRETACIÓN

153. Procedencia	184
154. Ubicación	185
155. Derecho comparado	185
156. El Código Civil argentino	185
157. Proyecto de unificación legislativa	186

VI. LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA

158. Descripción.....	186
a) Determinación del sentido de los elementos que aparecen en el supuesto de hecho de la norma.....	186
b) Atribución de carga de valor a conceptos indeterminados	186
c) Esclarecimiento de las consecuencias que las normas ligam al supuesto de hecho.....	186
d) Adopción de la decisión cuando ella es dejada al arbitrio del intérprete.	187

VII. LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS. EXPOSICIÓN DE LAS TENDENCIAS DOCTRINARIAS

159. Valor relativo de esta exposición	187
160. La escuela de la exégesis.....	188
a) Origen.....	188
b) Postulados	188
c) Elementos de la interpretación	188
161. Escuela de la libre investigación científica.....	189
a) Origen.....	189
b) La interpretación evolutiva	189
c) La libre investigación científica	189
d) El Derecho libre	190
162. Jurisprudencia de conceptos	191
163. La jurisprudencia de intereses	191
164. Jurisprudencia de valoraciones.....	192
165. Tendencias modernas	192
a) La teoría pura del Derecho	192
b) El trialismo	193
c) La tendencia al sincretismo	194
166. Modo de actuación de los tribunales	195

VIII. ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN

167. Los cuatro elementos definidos por Savigny	196
168. Utilización de estos elementos.....	196
169. Evolución	197
170. Elemento gramatical, semántico o literal.....	197
a) Valor de los epígrafes	197
b) Definiciones	197
c) Jurisprudencia nacional.....	198

171. Elemento histórico	198
a) Valor de los trabajos preparatorios	198
b) El valor de las notas del Código Civil	199
172. El elemento lógico	201
173. Elemento sistemático	202
174. Elemento sociológico	202
a) <i>Los standards jurídicos</i>	203
175. El elemento teleológico	203
176. Elemento comparativo	204

**VIII BIS. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY SEGÚN EL ANÁLISIS ECONÓMICO
DEL DERECHO**

176.1. El análisis económico del derecho (AED). Remisión	204
--	-----

IX. INTERPRETACIÓN INTEGRADORA

177. Obligación de fallar en materia civil	207
178. Lagunas legislativas y la plenitud del ordenamiento	207
179. Casos en que existen lagunas	208
a) Ausencia de regulación	208
b) Por imperfección técnica	208
c) Lagunas de regulación oculta	208
180. Cómo llenar las lagunas de la ley	208
181. La analogía	209
a) Concepto	209
b) Analogía de ley y analogía del Derecho	209
c) Fundamentos	209
d) Analogía e interpretación extensiva	209
e) Requisitos de procedencia	210
f) Analogía y ley penal	210
g) Otras exclusiones de la analogía	210

CAPÍTULO IV

EFFECTOS DE LA LEY CON RELACIÓN AL TIEMPO

I. PLANTEO DEL PROBLEMA. INTRODUCCIÓN

182. Cuestiones que suscita la sanción de nuevas leyes	211
183. Valores que están en juego	211
184. Principio de irretroactividad de la ley	212
a) Origen	212
b) Incorporación a los textos constitucionales	212

c) Incorporación a las legislaciones civiles	213
d) La irretroactividad en materia penal	213
185. Excepciones a la irretroactividad.....	213
a) Las leyes de orden público.....	213
b) Leyes interpretativas	214
c) Leyes expresamente retroactivas.....	214
186. Conclusión: la irretroactividad es un principio de hermenéutica...	214

II. DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE RETROACTIVIDAD

187. Planteo	214
188. Doctrina de los derechos adquiridos.....	215
a) Origen. Principales expositores.....	215
b) Concepto de derecho adquirido	215
c) Concepto de mera expectativa	215
d) Formulación de la doctrina	216
e) Recepción legislativa.....	216
f) Crítica.....	216
189. Doctrina de los hechos cumplidos	217
a) Exposición	217
b) Desarrollos ulteriores	217
c) Recepción legislativa.....	217
d) Importancia	218
190. Doctrina de Roubier.....	218
a) Exposición	218
b) Elementos.....	218
c) Influencia	219
d) Síntesis de supuestos en los cuales una ley sería retroactiva	219
191. Elaboraciones posteriores a Roubier	220

III. LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

192. Textos comprometidos	221
193. Principios reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia.....	221
a) Irretroactividad de la ley.....	221
b) Efecto inmediato de la ley nueva	221
c) Excepción de las leyes interpretativas.....	222
d) Excepción de las leyes de orden público	222

IV. EL RÉGIMEN VIGENTE

194. Textos comprometidos	222
a) Artículo 3º.....	223

b) Derogaciones	223
c) <i>Quid</i> de los artículos 4046 a 4051	223
d) Ley 17.940	223
e) <i>Quid</i> del artículo 4051	223
195. Antecedentes de la reforma	224

V. EXÉGESIS DEL NUEVO RÉGIMEN

196. Enumeración de las reglas que contiene.....	224
197. Concepto de situación y relación jurídica	224
198. Efecto inmediato.....	225
a) Regla general.....	225
b) Concepto de consecuencias	225
c) Consecuencias a las que se aplican las nuevas leyes	226
d) Situaciones jurídicas ya constituidas o ya extinguidas....	226
e) Situaciones jurídicas en curso de constitución	226
f) Excepciones	226
199. Irretroactividad	227
200. Alcance del principio de irretroactividad.....	228
201. Crítica a la derogación del artículo 5º.....	228
202. Crítica a la derogación del artículo 4º.....	228
203. Límite de la retroactividad legal.....	228
204. Subsistencia de la ley antigua.....	229
a) Concepción de Roubier.....	229
b) Fundamento	229
c) Críticas al texto del artículo 3º.....	230
d) Respuesta	230
e) Evolución de las ideas en la materia	230

VI. APLICACIONES PRÁCTICAS DEL ARTÍCULO 3º

205. Ley 17.711.....	231
a) Daño moral	231
b) Responsabilidad objetiva (art. 1113).....	232
c) Mora automática (art. 509)	232
d) Pacto comisorio (art. 1204).....	232
e) Publicidad de los derechos reales.....	232
f) Sociedad conyugal	232
g) Lesión	233
h) Divorcio	233
i) Capacidad.....	233
j) Prescripción.....	233
206. Leyes 23.264 y 23.515	234

207. Leyes procesales	235
208. Ley de Concursos.....	235

VII. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

209. Solución propiciada	237
--------------------------------	-----

VIII. EFECTOS DE LA LEY CON RELACIÓN AL TERRITORIO

210. Exposición de la problemática.....	237
---	-----

CAPÍTULO V

LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL

I. LA CODIFICACIÓN COMO MODO DE EXPRESIÓN DEL DERECHO CIVIL

211. Introducción	239
212. Recopilación y consolidación.....	240
213. Codificación. Concepto.....	240
a) Unicidad	240
b) Homogeneidad	240
c) Exclusividad.....	240
d) Sistematización.....	241
e) Ventajas de la codificación.....	241
214. La codificación en el Derecho civil	241
a) Antecedentes.....	241
b) Código Napoleón. Remisión	241
215. La codificación en América latina. Razones	241
216. La codificación en América latina. Antecedentes.....	242
a) El Código Civil chileno.....	242
b) La obra de Freitas	243

II. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. ANTECEDENTES DE SU SANCIÓN

217. La legislación civil a partir de 1810. El denominado Derecho Patrio	243
a) Vigencia del Derecho hispánico	243
b) La emancipación nacional: el Derecho Patrio	244
218. La Organización Nacional. El decreto de 1852 y la ley 12	245
219. El Código de Comercio del Estado de Buenos Aires	245
a) Antecedentes.....	245
b) Preparación y sanción	245
c) Debate sobre la intervención de Vélez Sarsfield.....	246
d) Nacionalización del Código de Comercio	246

220. La ley 36 y el decreto del 20/10/1864.....	246
221. Vélez Sarsfield	246
a) Antecedentes biográficos	246
b) Su carrera política.....	247
c) Su formación jurídica	247
222. La sanción del Código Civil	248
a) La preparación y la sanción del Código Civil	248
b) Ediciones	248
c) Leyes de fe de erratas	248
d) Edición de La Pampa.....	249

III. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

223. Fuentes	249
a) El Derecho Romano.....	249
b) El Derecho vigente	249
c) El Código Napoleón y sus exégetas	250
d) Freitas	250
e) Otras fuentes	250
f) El Derecho canónico	250
g) Crítica de Alberdi. Su refutación.....	251
224. Método del Código.....	251
a) Importancia	251
b) Las partes del Código	251
c) Crítica	252
225. Los grandes principios del Código Civil	252
a) Principio de la autonomía de la voluntad	252
b) Responsabilidad fundada en la culpa	253
c) Propiedad absoluta.....	253
d) Familia fundada en el matrimonio indisoluble	253
226. Valoración	253

IV. LAS REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL. PRIMERA ETAPA

227. Legislación posterior hasta 1968.....	254
a) Ley de matrimonio civil	254
b) Ley de derechos civiles de la mujer.....	254
c) Ley de adopción.....	255
d) Ley de propiedad horizontal	255
e) Ley de venta de inmuebles fraccionados y a plazos	255
f) Ley sobre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio	255
g) Catastro y prescripción de inmuebles	255
h) Régimen de menores y de la familia.....	255

i) Nombre.....	255
j) Registro de la Propiedad Automotor.....	256
k) Registro Civil.....	256

V. PROYECTOS DE REFORMA INTEGRAL

228. Planteamiento del problema.....	256
229. Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni	257
a) Antecedentes.....	257
b) Método.....	257
c) Valoración.....	258
230. Proyecto de 1936	258
a) Antecedentes.....	258
b) Método.....	258
c) Valoración.....	258
231. Anteproyecto de 1954	259
a) Antecedentes.....	259
b) Método.....	259
c) Valoración.....	259

VI. LAS REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL. SEGUNDA ETAPA

232. La reforma de 1968: ley 17.711.....	260
a) Antecedentes. Sanción	260
b) Principales reformas introducidas	260
c) Juicio crítico	261
233. Las reformas posteriores a 1968	262
a) Registro inmobiliario	262
b) Nombre de las personas físicas.....	262
c) Adopción.....	262
d) Prehorizontalidad.....	262
e) Fundaciones.....	262
f) Catastro nacional.....	262
g) Derecho de habitación del cónyuge superviviente.....	263
h) Derecho a la intimidad	263
i) Cláusulas de ajuste en hipotecas y prendas	263
j) Trasplantes.....	263
k) Marcas y señales.....	263
l) Ley de sangre.....	263
m) Filiación y patria potestad	263
n) Matrimonio civil	264
ñ) Pacto de San José de Costa Rica	264

o) Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación de la mujer	264
p) Ley de Convertibilidad.....	264
q) Ley de fideicomiso y <i>leasing</i>	264
234. El proyecto de unificación legislativa	265
a) Antecedentes de la unificación de la legislación civil y comercial. Remisión	265
b) La cuestión constitucional.....	266
c) La comisión redactora. Su labor. Sanción	266
d) La comisión revisora	266
e) Sanción y veto.....	267
f) Metodología propuesta	267
g) Principales reformas propuestas.....	267
h) Juicio crítico	268
234 bis. Otros proyectos.....	270
234 ter. La recodificación del Derecho civil argentino. El proyecto de Código Civil de 1998. Remisión	270

VII. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

235. La decisión de encarar la revisión integral del Código Civil y del Código de Comercio	271
a) La creación de la Comisión.....	271
b) Necesidad de la reforma de la legislación de derecho privado argentino.....	272
c) Conveniencia de mantener el método de la codificación ..	273
d) Reforma parcial o código nuevo	274
e) La cuestión de la unificación	277
f) Alcance de la unificación.....	278
236. El método del proyecto.....	279
a) ¿Todo en el código o algo fuera del Código?.....	279
b) ¿Parte general o no?.....	280
237. El nuevo Código y la tradición jurídica argentina	282
237.1. Los criterios fundamentales en la Parte General.....	282
a) Comienzo de la existencia de la persona humana	282
b) Mayoría de edad.....	283
c) Modernización del régimen de la insania.....	283
d) Régimen de los derechos personalísimos	283
e) Extensión de la protección del bien de familia.....	284
f) Instrumentos	285
g) La causa como elemento del acto jurídico	285
h) El tratamiento de la ineficacia negocial	285
237.2. Otras reformas.....	285

237.3. Sobre algunas críticas a la oportunidad del proyecto civil...	286
a) La armonización de las legislaciones del Mercosur.....	287
b) La necesaria reflexión.....	287
c) La seguridad del desarrollo económico.....	287
237.4. Sobre algunas críticas al Proyecto	288

VIII. EL DERECHO CIVIL NO CODIFICADO. EL COMMON LAW

238. Introducción	289
239. Ubicación geográfica	289
240. Importancia actual.....	289
241. Principales características.....	290
a) Introducción. Distinción entre <i>common law</i> y <i>equity</i>	290
b) El <i>common law</i> . Origen.....	290
c) La <i>equity</i>	290
d) Estructura dual	291
e) Suspensión de la doble jurisdicción	291
f) Evolución actual	291
242. Valor del precedente judicial en el <i>common law</i>	291
a) Rol del Poder Judicial.....	291
b) La regla del precedente.....	292
c) La <i>ratio decidendi</i>	292
243. Otras fuentes.....	293
243.1. El acercamiento del derecho inglés al derecho continental..	293
243.2. La codificación en el derecho de los Estados Unidos	294

CAPÍTULO VI

LAS RELACIONES JURÍDICAS Y LOS DERECHOS SUBJETIVOS

I. LA RELACIÓN JURÍDICA

244. La esfera subjetiva del Derecho	297
245. Valoración de las esferas jurídicas subjetivas	298
246. La situación jurídica	298
a) Concepto.....	298
b) Distinciones	298
c) Otras categorías	298
d) Utilidad de la noción adoptada	299
247. La relación jurídica	299
a) Concepto.....	299
b) Origen.....	299
c) Influencia de Savigny	300
d) Importancia de la noción.....	300

248. Definición	300
249. Elementos de la relación jurídica	301
a) Sujetos.....	301
b) Las relaciones entre personas y cosas	301
c) Otras relaciones de sujeto pasivo determinable.....	302
d) Objeto.....	302
e) Causa	302
f) Protección	302
250. Contenido y duración de la relación jurídica	303
251. Clases de relaciones jurídicas	303
252. Vinculación con otros conceptos	304
a) Relación jurídica y acto jurídico.....	304
b) Relación jurídica e institución	304
c) Relación jurídica y potestad.....	304
253. Relaciones y situaciones jurídicas en el Código Civil.....	304
254. Plan de la obra.....	305

II. DERECHO SUBJETIVO

255. Concepto preliminar	305
256. La doctrina de la voluntad	305
257. Doctrina del interés	306
258. Doctrinas mixtas	306
259. Doctrinas negatorias.....	306
a) Origen.....	306
b) Tesis de Duguit.....	307
c) Doctrina de Kelsen	307
d) Opinión de Larenz.....	308
e) Valoración	308

III. DERECHO, DEBER Y CARGA. INTERÉS LEGÍTIMO. INTERESES DIFUSOS.

FACULTADES

260. El deber.....	308
261. La carga.....	309
262. Deberes que no se corresponden con derechos subjetivos	309
263. El interés legítimo	309
a) Noción.....	309
b) Resumen: garantía de legalidad.....	309
c) Reconocimiento actual	310
264. Los intereses difusos (o derechos de incidencia colectiva)	310
a) Noción.....	310
b) Antecedentes.....	310

c) La reforma constitucional	311
d) La definición de derechos de interés colectivo a partir de la reforma constitucional	311
e) Las personas legitimadas para ejercer su tutela	312
f) Problemas que plantean	312
265. Derecho subjetivo y facultades	313

IV. CLASIFICACIONES

266. Derechos absolutos y relativos	313
267. Derechos patrimoniales y no patrimoniales	314
268. Derechos transmisibles e intransmisibles	314
269. Derechos principales y accesorios	314
270. Derechos reales, derechos de crédito y derechos intelectuales	314

V. TIPOS DE DERECHOS SUBJETIVOS

271. Derechos de la personalidad	315
272. Derechos personales familiares	315
273. Derechos de cooperación	315

VI. DERECHO Y ACCIÓN

274. Relaciones entre ambas	315
-----------------------------------	-----

VII. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

275. Principio general	316
276. Excepciones	316
a) Estado de necesidad	316
b) La legítima defensa	316

*VIII. LÍMITES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.
EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE*

277. El principio de buena fe	317
a) Noción	317
b) Buena fe objetiva y subjetiva	317
278. Funciones del principio de la buena fe lealtad	318
279. El principio de la buena fe como límite al ejercicio de los derechos subjetivos	318
280. El principio de la buena fe en el derecho positivo argentino	319
a) En el Código Civil	319

b) La ley 17.711	319
c) Proyecto de Código Civil de 1998	319
281. La doctrina de los actos propios	320
a) Concepto.....	320
b) Requisitos	320
c) Aplicaciones judiciales.....	320
282. La apariencia	321
a) Planteo del problema.....	321
b) La denominada teoría de la apariencia	322
c) Fundamento.....	322
d) Principio general o aplicación a los casos previstos legal- mente	322
e) Condiciones de aplicación.....	323
f) Efectos.....	323
g) Supuestos en el derecho positivo argentino.....	323
h) La jurisprudencia nacional.....	324
i) Las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil.....	325
283. Corolarios del principio de la buena fe	325

*IX. LÍMITES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.
EL ABUSO DEL DERECHO*

284. Antecedentes	326
285. Controversia sobre esta institución	327
286. Criterios para determinar cuándo se actúa abusivamente	328
a) Criterio subjetivo.....	328
b) Criterio objetivo.....	328
c) Criterio mixto	329
287. Derechos absolutos.....	329

X. EL ABUSO DEL DERECHO EN EL DERECHO ARGENTINO

288. La solución del Código Civil	329
289. La jurisprudencia	329
290. La constitución de 1949.....	330
291. La reforma de 1968.....	331
a) El artículo 1071	331
b) Otras normas.....	331
c) Adopción del criterio objetivo	332
292. Jurisprudencia posterior a la reforma de 1968.....	332
293. Modo de invocar el abuso del derecho	333
a) A pedido de parte	333
b) De oficio por los jueces.....	333

294. Efectos de la conducta abusiva	333
295. El abuso del derecho en el derecho comercial.....	334
a) El “abuso de la posición dominante”.....	334
b) El abuso de la posición dominante en la legislación argen- tina.....	335
296. Proyecto de Código Civil de 1998.....	335

SEGUNDA PARTE

EL SUJETO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO VII

LAS PERSONAS

I. CONCEPTO DE PERSONA

297. Persona y hombre; planteo de la cuestión	339
298. Evolución de las ideas.....	340
a) El Derecho Romano.....	340
b) Iusnaturalismo	340
c) La persona como concepto técnico jurídico	340
d) Las desviaciones del siglo XX	341
299. Criterios actuales.....	342
a) Todos los hombres son persona.....	342
b) El personalismo ético como fundamento ideológico del De- recho civil	342
300. Derivaciones de las ideas predominantes	343
a) Capacidad y personalidad	343
b) Los atributos de la personalidad.....	343
c) Los derechos de la personalidad	343
d) Comienzo y fin de la persona.....	343
e) Voluntad y negocio jurídico	344
301. Las personas jurídicas	344
302. Los animales.....	344

II. EL CONCEPTO DE PERSONA EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO

303. Definición legal. Crítica.....	344
304. Análisis de la definición	345
305. Persona y hombre en el Código Civil.....	345
306. Anteproyecto de 1954	346
307. Proyecto de Código Civil de 1998.....	346
308. Clasificación de las personas	346

CAPÍTULO VIII

LAS PERSONAS FÍSICAS*I. COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE PERSONAS FÍSICAS*

309. Planteo del problema	347
310. Sistema del Derecho Romano.....	347
311. Evolución	347
a) Criterio de Savigny	347
b) Criterio de los códigos decimonónicos	348
c) Criterio de Freitas.....	348
312. Sistema del Código Civil.....	348
313. Proyectos de reforma.....	349
314. Pacto de San José de Costa Rica	349
314 bis. La Constitución Nacional	349
314 ter. Ley 23.849.....	350
315. La cuestión de la fecundación extracorpórea	350
316. Condición del nacimiento con vida	350
317. Determinación del momento de la concepción	351
a) Carácter de la presunción	351
b) Importancia	351
318. Legislación comparada.....	352
318.1. La determinación del momento en que se produce la concepción	352
a) Sistematización de los criterios.....	353
b) Efectos prácticos de la distinción.....	354
318.2. Dispositivos o medicamentos que impiden la anidación.....	354
319. El embarazo. Su verificación	356
320. Medidas de verificación del parto	357
a) Origen de la cuestión.....	357
b) La cuestión en el Código Civil.....	358
c) Diversidad de fuentes	358
d) Posibles soluciones	358
e) Derogación de los artículos 247 y 249	359

II. CONDICIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA POR NACER

321. Derechos de los que puede ser titular	359
a) Derechos adquiridos por donación o herencia.....	360
b) Alimentos.....	360
c) Acción de reconocimiento de filiación.....	360
d) Derechos otorgados por leyes laborales y sociales.....	360
e) Acciones de daños y perjuicios	360

f) Seguro	361
g) Acciones judiciales	361
322. Obligaciones	361
323. Condición a que se hallan sujetos los derechos de la persona por nacer	362
324. Efectos de la condición	362
324.1. Proyecto de Código Civil de 1998.....	362
325. Ejercicio de los derechos de que es titular la persona por nacer....	362
326. Condición jurídica del embrión. Remisión	362

III. EL NACIMIENTO

327. Cuándo se considera producido el nacimiento.....	363
328. Presunción de nacimiento con vida	363
329. La cuestión de viabilidad.....	364
330. Nacimientos múltiples	364

CAPÍTULO IX

LA PERSONA FÍSICA Y LOS AVANCES CIENTÍFICOS (GENÉTICA Y DERECHO)

I. INTRODUCCIÓN

331. Justificación del capítulo	365
332. Problemática.....	366

II. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

333. Introducción	367
334. Inseminación artificial	367
a) Inseminación artificial homóloga	367
b) Inseminación artificial heteróloga	368
335. Fecundación extracorpórea o <i>in vitro</i>	368
a) F.I.V.....	368
b) G.I.F.T. (transferencia de los gametos en las trompas de Falopio).....	368
336. Desarrollo de estas técnicas y cuestiones que se plantean.....	368

III. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA MATERIA

336 bis. Los derechos del niño y su interés superior.....	369
336 ter. El derecho a la fecundación asistida es un derecho que encuentra sus límites en los derechos del niño y su interés superior ..	370

IV. NATURALEZA DE LOS GAMETOS

337. Planteo de la cuestión	371
a) Cosas	372
b) Bienes de la personalidad	372

V. DACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE GAMETOS

338. Terminología	372
339. Prohibición de la comercialización	373
a) En el plano internacional	373
b) Legislación argentina	373
340. Gratuidad y reembolso de gastos	374
341. Revocabilidad	374
342. Resarcimiento de los daños	374
343. Capacidad	375
344. Anonimato	375
a) Soluciones posibles	375
b) Legislación comparada	375
345. Anonimato y filiación	376
346. Prohibición de la dación de gametos de quienes tienen enfermedades hereditarias	376
346 bis. Los destinatarios de estas técnicas	376
347. Inseminación <i>post mortem</i>	377
348. Recomendaciones de la doctrina nacional	377
348.1. Sobre una posible regulación legal de las técnicas de fecundación asistida	378
a) Distintas posiciones	378
b) Proyecto de ley	378

VI. NATURALEZA JURÍDICA DEL EMBRIÓN

349. Importancia de la cuestión	379
350. Naturaleza jurídica del embrión en el ordenamiento civil argentino	380
351. ¿Cuándo se produce la concepción?	381
352. Las soluciones dadas en las legislaciones abortivas	381
353. Nuestra opinión	381
354. El problema de los embriones supernumerarios	382
a) El porqué de los embriones "supernumerarios"	382
b) Congelación de embriones	382
355. Destino de los embriones supernumerarios	383
a) Destrucción	383

b) Experimentación	383
c) Dación	383
356. Propuestas de la doctrina nacional.....	384
356.1. Solución pretoriana. El censo de los embriones crioconservados y la prohibición de actuar sobre ellos	384

VII. MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN

357. Concepto	385
358. Supuesto excluido	385
359. Situación mundial de la maternidad por otro	385
360. Problemas que presenta.....	386
361. Encuadre jurídico: acto de disposición sobre el propio cuerpo	386
362. Es un acto de disposición lícito o ilícito	386
a) Prescendencia del interés del niño.....	387
b) Disocia voluntariamente la maternidad	387
c) Es contraria al orden público.....	387
363. Efectos de los actos jurídicos relativos a la maternidad por sustitución	388
a) Soluciones en el extranjero.....	388
b) En nuestro país	388
364. Propuestas de la doctrina nacional.....	388
364.1. Proyecto de unificación legislativa	389

VIII. CLONACIÓN

364 bis. Tratamiento jurídico	389
-------------------------------------	-----

CAPÍTULO X

LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS

I. ATRIBUTOS DE LA PERSONA FÍSICA

365. Conceptos. Enumeración	391
366. Caracteres	391
367. Los atributos en relación con las personas jurídicas.....	392

II. LA CAPACIDAD

368. Concepto	392
a) Capacidad de derecho	392
b) Capacidad de hecho	393
369. Caracteres	393

370. Capacidad y discernimiento	394
371. Capacidad y estado	394
372. Capacidad y poder	395
373. Capacidad y legitimación	395
374. Capacidad de derecho. Concepto.....	396
375. Incapacidad de derecho	396
376. Finalidad y fundamento de las incapacidades de derecho.....	396
377. Sanción	397
378. Incapacidades de derecho	397
a) Con relación a las personas.....	397
b) Con relación a las cosas	398
c) Con relación a ciertos actos.....	398
379. Supuestos aparentes de incapaces de derecho	398
380. Religiosos profesos.....	398
a) Concepto.....	398
b) Naturaleza de la limitación	399
c) Inconstitucionalidad del precepto	399
d) Proyectos de reforma.....	399
e) Carácter de la nulidad	399
f) Incapacidad para celebrar el contrato de fianza	399
g) Incapacidad para ejercer el comercio	400
381. Comerciantes fallidos.....	400
a) Concepto.....	400
b) Naturaleza de la incapacidad.....	400
c) Sanción de los actos realizados por el fallido.....	400
d) Otras incapacidades del fallido en el Código Civil	401
e) Otras incapacidades del fallido	401
f) Carácter de estas limitaciones.....	401
381.1. Proyecto de Código Civil de 1998.....	401
382. Capacidad de hecho. Concepto	402
383. Incapaces de hecho. Principio general	402
384. Fundamento y finalidad	402
385. Sanción	403
386. Formas de suplirla.....	403
387. Incapaces de hecho absolutos y relativos	403
388. Irrelevancia de la distinción	404
388.1. Proyecto de Código Civil de 1998.....	404
389. La inhabilitación. Concepto. Situación jurídica del inhabilitado....	404
390. Capacidad de hecho y capacidad de disponer.....	405

III. SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS INCAPACES

391. Representación y asistencia	405
--	-----

392. Representantes	406
a) Personas por nacer.....	406
b) Menores.....	406
c) Dementes y sordomudos	406
393. Caracteres de la representación	407
a) Legal.....	407
b) Necesaria	407
c) Dual y conjunta.....	407
394. Supuestos de asistencia.....	407
395. Otros casos de asistencia.....	407
396. Control judicial.....	408
397. Cesación de ambos sistemas.....	408
398. Sustitución de los representantes legales	409
a) Texto legal.....	409
b) Supuestos contemplados por la norma.....	409
c) Oposición de intereses.....	409
d) Carácter excepcional. Derechos y obligaciones del representante.....	409
e) Casos especiales.....	410
f) Facultades del tutor especial.....	410
g) Omisión de la designación de tutor especial.....	411
h) Procedimiento	411
399. Extensión de la representación	411
a) Regla general.....	411
b) Excepciones	411
400. Extensión de la asistencia.....	411

IV. LA REPRESENTACIÓN PROMISCUA

401. Marco legal	412
402. Concepto de representación promiscua	412
403. Titular de esta representación.....	412
404. Personas a las cuales se aplica la representación promiscua	412
405. Funciones del representante promiscuo	413
406. Criterio de actuación del Ministerio Pupilar.....	413
407. Sanción por la no intervención del Ministerio Pupilar	413
407.1. Proyecto de Código Civil de 1998.....	413

V. PATRONATO

408. Concepto	414
409. Reglamentación legal	414
410. Otros organismos de protección	414

CAPÍTULO XI

LOS MENORES DE EDAD*I. MENORES DE EDAD*

411. Concepto	415
a) Régimen del Código Civil	415
b) Proyecto de Código Civil de 1998	415
c) Legislación comparada	416
412. Antecedentes históricos	416
413. Menores impúberes y adultos. Irrelevancia de la distinción	417
414. Condición jurídica. Actos que pueden realizar los menores	417
a) Posesión de las cosas	418
b) Celebración del matrimonio	418
c) Contrato de mandato	418
d) Contratación de suministros indispensables	418
e) Reconocimiento de hijos extramatrimoniales	418
f) Capacidad procesal criminal	418
g) Capacidad para testar	419
h) Contratos de depósito y comodato	419
i) Contrato de donación	419
415. Capacidad laboral del menor adulto	419
a) Exigencia de autorización paterna para trabajar	419
b) Reglas de la Ley de Contrato de Trabajo	419
c) Capacidad procesal del menor que trabaja	420
416. Capacidad patrimonial del menor que trabaja entre los 14 y 18 años de edad	420
a) Reglas del Código Civil	420
b) Reglas de la Ley de Contrato de Trabajo	420
c) Situación del menor que trabaja entre los 14 y 18 años de edad	421
417. La capacidad del menor que ha cumplido los 18 años	422
a) Fuente	422
b) Distintos supuestos	422
c) Incidencia de la ley 23.264	423
d) Debe tratarse de actividad honesta	423
e) Capacidad patrimonial	423
f) Especificación del origen de los bienes	424
g) Capacidad laboral	424
417.1. Proyecto de Código Civil de 1998	424
417.2. La capacidad del menor para disponer de sus derechos personalísimos	424
a) Exposición del tema	424

b) Reglas legales de anticipación de capacidad	425
c) Regla general.....	425
d) Negativa de los representantes legales a prestar el consentimiento	426
e) Negativa a autorizar la realización de extracciones para servir de prueba en juicio.....	426
f) Reconocimiento de cierta capacidad anticipada para recibir información sexual y tratamientos contraceptivos	427
h) Anticipación de la capacidad y asentimiento de los menores para ciertos actos de intrusión en su cuerpo. Derecho comparado.....	427
418. Imputabilidad de los menores	428

II. LA CESACIÓN DE LA INCAPACIDAD POR MINORIDAD

419. Causas	428
a) Mayoridad.....	428
b) Emancipación	429
420. La mayoría de edad. Momento en que se adquiere.....	429
421. Efectos	429
422. Conveniencia de reducir la mayoría de edad a los 18 años	430

III. CESACIÓN DE LA INCAPACIDAD. LA EMANCIPACIÓN

423. Concepto. Distintos tipos de emancipación	430
--	-----

IV. LA EMANCIPACIÓN POR MATRIMONIO

424. Cuándo se produce.....	431
425. Fundamento	431
426. El matrimonio sin autorización. Efectos	432
427. Irrevocabilidad.....	432
428. Supuestos de disolución del vínculo matrimonial	432
a) Efectos sobre la emancipación.....	432
b) Habilidad nupcial.....	433
429. Efectos del matrimonio nulo	433

V. EMANCIPACIÓN POR HABILITACIÓN DE EDAD

430. Concepto	433
431. Edad a partir de la cual se puede conceder	434
432. Quiénes conceden la emancipación. Menor bajo tutela.....	434
a) Supuesto del menor sometido a patria potestad.....	434

b) Menor sometido a tutela.....	434
433. Inexistencia de iniciativa del menor sujeto a patria potestad	435
434. Desacuerdo de los padres	435
435. Casos en que no es necesaria la intervención de ambos progenitores	435
436. Consentimiento del menor	435
437. Forma.....	436
438. Inscripción.....	436
439. Revocabilidad de la emancipación dativa.....	436
a) Quiénes pueden solicitarla	436
b) Disenso de los padres.....	436
c) Juicio crítico	437

VI. EFECTOS DE LA EMANCIPACIÓN

440. Situación jurídica del emancipado	437
441. Efectos sobre la patria potestad	437
442. Actos prohibidos	437
a) Enumeración	437
b) Sujetos a los que alcanza	438
c) Aprobación y finiquito de las cuentas de los tutores.....	438
d) Donación de bienes recibidos a título gratuito	438
e) Afianzar obligaciones.....	438
f) Naturaleza de estas incapacidades	438
g) Sanción.....	439
443. Actos sometidos a asistencia.....	439
a) Texto legal.....	439
b) Naturaleza de la autorización	439
c) Personas que ejercen asistencia.....	439
d) Naturaleza de la incapacidad.....	440
e) Criterio para otorgar la autorización	440
f) Forma de realización de la venta	440
444. Capacidad para contraer matrimonio. Incidencia de la ley 23.515	440
445. Capacidad para otros actos.....	441
a) Capacidad para ser tutor y curador	441
b) Capacidad para ser albacea.....	441
c) Capacidad para ser testigo en testamento.....	441
d) Patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales	442
e) Capacidad para testar de los emancipados por matrimonio	442
f) Capacidad para efectuar transacciones	442
g) Capacidad para vender bienes de sus hijos o cónyuge	442
h) Capacidad para ceder créditos	442
i) Partición de herencia.....	443
j) Usufructo.....	443

k) Capacidad para aceptar o repudiar herencias.....	444
l) Capacidad procesal.....	444
446. Responsabilidad del emancipado por obligaciones contraídas.....	444

VII. LA HABILITACIÓN COMERCIAL

447. Régimen del Código de Comercio. Reforma de la ley 23.264.....	445
448. Efectos de la emancipación civil sobre la capacidad para ejercer el comercio.....	445

VIII. CONDENADOS POR CAUSAS PENALES

449. Régimen legal.....	446
450. Situación jurídica.....	446
451. Fundamento.....	446
451 bis. Inconstitucionalidad.....	447
452. Carácter de la incapacidad.....	447
453. Limitaciones a la capacidad de hecho.....	447
a) Privación de la patria potestad.....	447
b) Privación de la administración de sus bienes.....	447
c) Privación del derecho a disponer de sus bienes por actos entre vivos.....	448
454. Conveniencia de la derogación.....	448
455. Limitaciones a la capacidad de derecho.....	448
456. Rehabilitación.....	448

CAPÍTULO XII

DEMENTES Y SORDOMUDOS

I. CONCEPTOS GENERALES

457. La cuestión terminológica.....	451
a) Terminología del Código Civil.....	451
b) Proyectos de reforma.....	451
c) Nuestra terminología.....	452
458. Fundamento de la interdicción.....	452
a) El criterio médico.....	453
b) El criterio médico jurídico.....	453
c) El criterio económico social.....	453
459. El fundamento en el Código Civil.....	454
a) El criterio del Código Civil.....	454
b) El criterio de la ley 17.711.....	454

460. La declaración de demencia	455
a) Texto legal.....	455
b) Efecto sobre la capacidad.....	455

II. PERSONAS QUE PUEDEN SER DECLARADAS DEMENTES

461. Enfermedad mental	456
a) Concepto previo	456
462. La ancianidad	456
a) Senectud.....	457
b) Senilidad.....	457
463. Requisitos de la enfermedad mental.....	458
a) La gravedad	458
b) La actualidad	458
c) La habitualidad	459
464. El intervalo lúcido.....	459
a) Concepto.....	459
b) Supuestos en que no existe intervalo lúcido	460
c) Criterio del Código Civil	460
d) Criterio para determinar la existencia del intervalo lúcido	460
e) Efectos	461
465. Viabilidad procesal	461
a) El impedimento de edad	461
b) Impedimento de demencia rechazada	462

III. SITUACIÓN JURÍDICA DEL INSANO

466. Importancia del caso.....	462
467. La capacidad	463
a) Principio general. Capacidad	463
b) Limitaciones al principio	463
c) Situación del insano al que se designa curador de bienes	463
d) Otras limitaciones	464
e) Criterios actuales	465
468. La responsabilidad.....	465
469. Valor de los actos del insano. Método de la exposición	466
470. Juzgamiento de los actos en vida del insano	466
a) La demencia debía existir al tiempo del acto	466
b) Notoriedad de la demencia	467
471. Juzgamiento de los actos del insano ya fallecido	467
a) Regla general.....	467
b) Primera excepción. Acto que evidencia la insanidad.....	468

c) Segunda excepción. Actos posteriores a una demanda de demencia	468
d) Reglas comunes	468
e) Carácter taxativo de las excepciones	469
472. Actos de última voluntad	469
a) Textos legales comprometidos	469
b) Casos alcanzados por los artículos 3615 y 3616. Remisión	470
c) Principio: validez del testamento	470
d) Prueba de la nulidad	470
473. Nulidad de los actos	470
a) Carácter de la nulidad	470
b) Legitimación para accionar	471
c) Prescripción	471
d) Carga de la prueba	471

IV. LA DECLARACIÓN DE DEMENCIA

474. Coexistencia de disposiciones del Código Civil y de los códigos procesales	472
475. Inexistencia de declaración de oficio	473
a) Principio general	473
b) <i>Quid</i> del juicio de inhabilitación	473
476. La legitimación activa	474
a) Enumeración del artículo 144	474
b) Carácter de la enumeración	474
c) Inexistencia de un orden legal	474
d) Carácter excluyente de la denuncia	474
e) Proyecto de Código Civil de 1998	474
477. Metodología de la exposición	474
478. Esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente	475
a) Texto legal	475
b) Fundamento	475
c) Exclusión del <i>cónyuge divorciado o separado</i>	475
d) <i>Cónyuge inocente del divorcio o separación</i>	475
479. Parientes del demente	476
a) Parentesco por consanguinidad	476
b) Parentesco por afinidad	476
c) Parentesco adoptivo	476
d) Ejercicio del derecho por los parientes	477
480. Ministerio de Menores	477
a) Fundamento	477

b) Importancia	477
c) Carácter principal	477
481. El cónsul si el demente fuera extranjero.....	478
a) Fundamentos.....	478
b) Críticas	478
c) Refutación de las críticas.....	478
482. La acción popular	479
a) Crítica.....	479
b) Efectos.....	479
483. Supuestos no contemplados	480
a) El propio insano.....	480
b) Representantes legales	480
484. Casos excluidos	481

V. LA DENUNCIA DE INSANIA

485. Naturaleza	481
486. Carácter	481
a) Carácter facultativo u obligatorio.....	482
b) Desistimiento, allanamiento, caducidad de la instancia..	482
487. Requisitos.....	483
a) Acreditar la legitimación.....	483
b) Exposición de los hechos.....	483
c) Certificaciones médicas	483
488. Efectos de la denuncia	484
489. Juez competente	484
490. Partes en el juicio de insania.....	485
a) Curador <i>ad litem</i> y Ministerio Pupilar	485
b) Denunciado	485
c) Denunciante.....	485
d) Acción popular.....	485
e) Curador a los bienes.....	485
f) Curador definitivo	486
g) Proyecto de Código Civil de 1998	486
491. La representación del insano	486
492. El curador <i>ad litem</i>	486
a) Naturaleza	486
b) Funciones	487
c) Designación y duración	487
493. El curador <i>ad bona</i>	488
a) Naturaleza	489
b) Funciones	489

c) Extensión de las funciones	489
d) Designación y duración	490

VI. LA PRUEBA

494. Cuestiones introductorias	491
495. La peritación médica	491
a) Necesidad, carácter e importancia	491
b) Los peritos	492
c) Contenido	492
d) Sustanciación	492
e) Negativa a someterse al examen	493
495.1. Proyecto de Código Civil de 1998	493
496. Valoración y eficacia de la pericia	493
a) Criterio que le niega efectos vinculantes para el juez	493
b) Criterio de Orgaz	494
c) Criterio de Llambias	494
497. Otras pruebas	495

VII. LA SENTENCIA

498. La sentencia como acto procesal	496
a) Carácter	496
b) Efecto de la sentencia civil en juicio penal	497
c) Efecto de una sentencia penal en juicio civil	497
499. Juicio de insania y sentencia de inhabilitación	497
500. Sentencia que declara la insania	498

VIII. EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE DEMENCIA

501. La capacidad	498
502. El testamento	499
a) Textos implicados	499
b) Casos alcanzados por los artículos 3615 y 3616	499
Primera tesis	499
Segunda tesis	500
502.1. Proyecto de Código Civil de 1998	500
503. El matrimonio	500
504. Otros actos y derechos personalísimos	501
505. La responsabilidad	501
a) Actos lícitos	501
b) Actos ilícitos	502

IX. VALOR DE LOS ACTOS DEL DEMENTE

506. Actos anteriores al juicio	502
a) Planteamiento del caso	502
b) Texto implicado	502
c) Aplicación	502
d) Prueba	503
e) Supuesto de la demencia no notoria	503
507. Actos contemporáneos al juicio	503
508. Actos posteriores al juicio	504
a) Textos implicados	504
b) Actos a los que comprende	504
c) Terceros de buena fe y a título oneroso	504
508.1. Proyecto de Código Civil de 1998	505
509. Nulidad de los actos	506

X. LA LIBERTAD PERSONAL DEL DEMENTE

510. Demencia, internación y derechos del internado	506
511. La internación del demente	508
a) Texto legal	508
b) Caracteres	508
c) Internación preventiva y terapéutica	509
d) Otras internaciones	509
e) Requisitos	510
512. La internación por autoridad policial	511
513. La ley 22.914	511
a) Finalidad	511
b) Distintos casos previstos	511
c) Internación requerida por el enfermo	512
d) Intervención policial	512
e) Internación de urgencia	513
f) Deberes judiciales	513
514. La garantía constitucional de la libertad	513
514.1. Proyecto de Código Civil de 1998	514

XI. CESACIÓN DE LA INCAPACIDAD

515. La rehabilitación y sus presupuestos	514
a) Textos comprometidos	514
b) Recaudos	514
516. La recuperación de la salud	514
a) Distintos criterios	514

517. La declaración judicial	515
a) La legitimación activa	515
b) Las partes	515
c) Juez competente	516
d) Procedimiento	516
e) La sentencia	516

XII. LOS SORDOMUDOS

518. Concepto	517
a) Método legislativo	517
b) Noción	517
c) Fundamento de la interdicción	517
d) Sordomudez y demencia	517
e) Exigencia de que no sepa darse a entender por escrito....	517
519. Valoración del régimen legal de interdicción	518
a) Derecho comparado	518
b) Proyectos de reforma	518
c) Valoración	518
520. Presupuestos de la interdicción por sordomudez	519
a) Enunciación	519
b) Sordomudez e imposibilidad de darse a entender por escri- to	519
c) <i>Quid</i> de la aptitud del sujeto para dirigir su persona y sus bienes	519
d) Edad del sujeto	519
e) Rechazo de una solicitud anterior	519
521. Situación jurídica del sordomudo no interdicto	520
a) Principio general	520
b) Responsabilidad por actos ilícitos	520
c) Actos jurídicos	520
d) Carácter de la nulidad	521
522. El juicio de interdicción del sordomudo	521
a) Remisión	521
b) Legitimación activa	521
c) Prueba	521
d) Disposición procesal	522
523. Situación jurídica del sordomudo interdicto	522
a) Principio general	522
b) Actos jurídicos	522
c) Testamento	523
d) Matrimonio	523
e) Actos ilícitos	523

524. Cesación de la interdicción	523
--	-----

CAPÍTULO XIII

LOS INHABILITADOS*I. INTRODUCCIÓN*

525. La inhabilitación judicial.....	525
a) Concepto.....	525
b) Sistema del Código Civil.....	525
526. El régimen de incapacidades del Código Civil	526
527. Reforma de la ley 17.711. Sus antecedentes.....	526
a) Fuentes legislativas.....	526
b) Antecedentes judiciales	526
528. Sujetos que pueden ser inhabilitados. Enumeración del artículo 152 bis.....	527

II. ANÁLISIS DE LOS DOS PRIMEROS SUPUESTOS

529. Ebriedad y toxicomanía	527
530. Semialienación	527
531. La cuestión de las disminuciones físicas: distintos criterios.....	528

III. LA PRODIGALIDAD

532. La prodigalidad. Concepto.....	529
533. Criterio del Código Civil. Fundamentos	529
534. Criterio de la ley 17.711. Fundamentos.....	529
535. Requisitos para la inhabilitación del pródigo	530
a) La prodigalidad en los actos de administración y disposición	530
b) La dilapidación de una parte importante del patrimonio	531
c) Debe existir habitualidad.....	531
d) La existencia del cónyuge, ascendientes o descendientes	531

IV. PROCEDIMIENTO DE INHABILITACIÓN

536. Legislación local.....	531
537. Personas legitimadas para promover el juicio de inhabilitación.....	532
538. Legitimación en el supuesto de prodigalidad	532
539. Breve examen de las normas procesales.....	532
539.1. Proyecto de Código Civil de 1998.....	533

540. Rehabilitación: casos en que se procede, personas legitimadas para reclamarla. Reglas de procedimiento	533
---	-----

V. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INHABILITACIÓN

541. Principio general	534
542. Efectos sobre la capacidad de disponer	535
543. Efectos sobre la capacidad de administrar	535
544. Capacidad para ciertos actos en particular.....	536
a) Capacidad para testar	536
b) Capacidad para aceptar y renunciar herencias	536
c) Capacidad para trabajar	537
d) Capacidad procesal	537
545. Derechos de familia	537
546. Forma de suplir la incapacidad: la asistencia	538
547. Personas que pueden desempeñar el rol de curador	538
548. Realización de actos prohibidos: efectos	538
549. La tutela personal del inhabilitado. Facultades del curador	539
550. Negativa del curador	539

CAPÍTULO XIV

SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER

I. ANTECEDENTES

551. Introducción	541
552. Pueblos primitivos	542
553. La situación de la mujer desde el Derecho Romano hasta la codificación.....	542
a) Derecho Romano	542
b) Derecho germánico	543
c) Influencia del Cristianismo.....	543
d) Edad Media.....	543
e) La codificación	544
554. Situación de la mujer en el derecho privado desde mediados del siglo XIX a principios del siglo XX.....	544
a) Situación de la mujer soltera.....	545
b) Fundamentos.....	545
c) Situación de la mujer casada.....	545
555. Situación de la mujer en el derecho público después de la codificación	546

II. DERECHO CIVIL ARGENTINO

556. Introducción	546
557. Mujer soltera mayor de edad	546
558. Mujer casada mayor de edad.....	546
a) Régimen del Código Civil	546
b) Ley 2393 (1888)	547
c) Ley 11.357 (1926).....	547
d) Convención de Bogotá de 1948.....	547
e) Ley 17.711 (1968).....	547
f) Ley 23.264 (1985)	547
g) Ley 23.515 (1987).....	548

III. CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER. INTRODUCCION

559. Antecedentes	548
560. Operatividad	548
a) Texto expreso de la Convención	549
b) Imposibilidad de aplicación sin reglamentación	549

IV. ESTRUCTURA DE LA CONVENCION

561. Exposición de motivos.....	549
a) Finalidad.....	549
b) Soluciones	550
c) Soluciones fundamentales.....	550
d) Soluciones directas	550
e) Soluciones indirectas.....	550
562. Parte primera (artículos 1º a 6º)	551
a) Definición.....	551
b) Eliminación de toda forma de discriminación	551
c) Cláusula programática	551
563. Parte segunda (artículos 7º a 9º)	552
a) Derecho a voto	552
b) Derecho a participar.....	552
c) Nacionalidad	552
564. Parte tercera (artículos 10 a 14)	552
a) Protección de la maternidad	552
b) Acceso al crédito	553
c) Trabajo rural	553
565. Parte cuarta. Derechos civiles	553

V. DIFERENCIAS SUBSISTENTES ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER
EN EL DERECHO PRIVADO ARGENTINO

566.	Diferencias en razón de la naturaleza.....	553
	a) Determinación de la maternidad extramatrimonial	553
	b) Diferencia de edad para contraer matrimonio	554
	c) Las licencias por parto, lactancia. Prohibición de despido en el período posnatal	554
	d) Plazo de viudez.....	554
567.	Diferencias a favor de la mujer.....	554
	a) Tenencia de los hijos menores de 5 años	554
	b) Derecho sucesorio de la nuera viuda sin hijos	554
	c) Prescripción	554
	d) Prohibición de donaciones de la esposa al esposo en las convenciones matrimoniales	555
	e) Diferencias que sólo subsisten en los textos legales	555
	f) Atribución del hogar conyugal.....	555
	g) Carácter discriminatorio de estas diferencias.....	555
568.	Diferencias discriminatorias.....	555
	a) Apellido de la mujer casada.....	555
	b) Apellido de los hijos	556
	c) Apellido de la mujer divorciada	556
	d) Administración de los bienes gananciales de origen dudoso	556
	e) Acción de impugnación de la maternidad.....	556

CAPÍTULO XV

ESTADO CIVIL

I. ESTADO CIVIL: CONCEPTO Y ELEMENTOS

569.	Introducción	557
570.	De los tres <i>status</i> romanos al estado civil de las personas en el de- recho moderno.....	557
571.	Estado civil y estado de familia	558
	a) Noción amplia de estado.....	558
	b) Noción restringida.....	559
	c) Nuestro criterio	559
572.	Concepto	559
573.	Extensión de la noción "estado de familia"	560
573.1.	Estado y capacidad	560
574.	Naturaleza	561
575.	Caracteres	561
	a) Universalidad.....	561

b) Unidad.....	561
c) Indivisibilidad.....	561
d) Correlatividad	561
e) Oponibilidad.....	562
f) Estabilidad	562
g) Inalienabilidad	562
h) Irrenunciabilidad	563
i) Imprescriptibilidad.....	563
j) Inherencia personal	563
576. Efectos	563
577. Título de estado de familia	564
a) Concepto material	564
b) Concepto formal.....	564
c) Título de estado por sentencia judicial.....	565
d) Título de estado por otros medios.....	565
e) Título y prueba del estado civil	565
578. Posesión de estado.....	566
a) Concepto.....	566
b) Elementos.....	566
c) Posesión de estado y estado aparente de familia	566
d) Efectos de la posesión de estado con relación al estado de hijo	567
e) Importancia de la posesión de estado con relación al estado de cónyuge.....	567

II. ACCIONES DE ESTADO

579. Concepto	568
580. Aplicaciones.....	568
581. Acciones que no son acciones de estado.....	569
582. Acciones de estado constitutivas y declarativas	569
a) Acciones constitutivas	569
b) Acciones declarativas	569
c) Diferencia entre ambas.....	569
583. Autoridad de cosa juzgada en materia de acciones de estado.....	569
a) Teoría del contradictor legítimo	570
b) Teoría del valor relativo de la cosa juzgada	570
c) Teoría del valor absoluto de la cosa juzgada.....	571
d) Teorías modernas.....	571

III. PRUEBA DE LA EXISTENCIA Y DEL ESTADO DE LA PERSONA

584. Importancia de la prueba de la existencia y hechos constitutivos del estado de las personas	572
585. Antecedentes históricos	572
a) Orígenes.....	572
b) Los registros eclesiásticos	573
c) La secularización.....	573
d) Nuestro Derecho	573
586. Organización de los registros locales	574
587. Organización del Registro Civil en la Capital Federal	574
a) Creación	574
b) Libros que deben llevar	574
c) Forma de llevarlos	574
588. Partidas	575
a) Noción.....	575
b) Naturaleza jurídica.....	575
c) <i>Quid</i> de las partidas parroquiales	575
d) Personas intervinientes	575
e) Contenido.....	576
f) Formalidades	576
g) Expedición de comprobantes	577
589. Rectificación de las partidas.....	577
590. Nulidad de las partidas	578
591. Inscripción de nacimientos	578
a) Declaración de nacimiento	579
b) Personas obligadas a denunciar el nacimiento.....	580
c) Nacidos muertos	580
d) Constancias	581
e) Mellizos.....	581
f) Hijos extramatrimoniales	581
g) Nacimiento en alta mar. Prueba	581
h) Inscripción en el Registro Civil	582
i) Ley General de Navegación.....	582
j) Nacimientos ocurridos en el extranjero.....	582
k) Prueba del nacimiento de hijos de militares.....	583
l) Inscripciones tardías	583
592. Prueba de la defunción	583
a) Defunciones que deben inscribirse en el Registro Civil....	584
b) Personas obligadas a hacer la denuncia del fallecimiento. Plazo para hacerlo.....	584
c) Prueba del fallecimiento	585
d) Contenido de la inscripción	585

e) Ley de Navegación y Código Aeronáutico.....	585
f) Remisión.....	586
593. Prueba del matrimonio.....	586
a) Prueba de los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil.....	586
b) Prueba de los matrimonios celebrados con posterioridad al Código Civil pero anteriores a la Ley de Matrimonio Civil	586
c) Prueba de los matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Matrimonio Civil.....	587
d) Prueba del matrimonio en la ley 23.515	587
e) Matrimonios celebrados en el extranjero.....	587
594. Inscripción de partidas extranjeras	587
595. Prueba supletoria	588
a) Casos en los que procede	588
b) Extensión a otras hipótesis	588
c) Condiciones que hacen procedente la prueba supletoria .	588
d) Prueba supletoria del matrimonio	589
596. Medios de prueba supletoria	589
a) Prueba supletoria del nacimiento	589
b) Prueba supletoria del fallecimiento.....	590
c) Prueba supletoria del matrimonio.....	590
d) Prueba supletoria de la edad por pericia médica.....	590
596.1. Proyecto de Código Civil de 1998.....	590

CAPÍTULO XVI

EL NOMBRE DE LAS PERSONAS FÍSICAS*I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA*

597. Definición. Integración.....	593
598. Breve evolución histórica	593
a) Derecho antiguo.....	593
b) Derecho Romano.....	594
c) Derecho español.....	594
d) Evolución posterior	594
599. Evolución legislativa en la Argentina	595
599.1. Proyecto de Código Civil de 1998.....	595
600. Naturaleza jurídica	595
a) Tesis de la propiedad.....	595
b) Tesis del derecho de la personalidad.....	596
c) Tesis del derecho subjetivo extrapatrimonial.....	596
d) Tesis de la institución de policía civil.....	596

e) Tesis del atributo de la personalidad y la situación jurídica objetiva	596
f) Tesis de la institución compleja	596
g) Tesis del derecho de familia	597
h) Nuestra opinión	597
601. Caracteres	597
a) Obligatoriedad	597
b) Unidad	597
c) Indivisibilidad	597
d) Oponibilidad <i>erga omnes</i>	598
e) Valor moral o extrapatrimonial	598
f) Inalienabilidad	598
g) Alienabilidad de derechos patrimoniales derivados del nombre	599
h) Vinculación a una relación familiar	599
i) Imprescriptibilidad	599

II. REGLAS CONCERNIENTES AL NOMBRE INDIVIDUAL O DE PILA

602. Adquisición del nombre de pila o prenombre	600
603. Elección del nombre de pila	600
a) Régimen del Código Civil	600
b) Ley 23.264	600
c) Hijos matrimoniales	601
d) Valoración	601
e) Supuesto de muerte de uno de los padres	601
f) Hijos extramatrimoniales	601
604. Límites a la elección del nombre de pila	602
605. Algunas aplicaciones judiciales	602
606. Tendencia actual con relación a los prenombrados extranjeros	603
607. Reforma de la ley 23.252 (nombres indígenas)	603
608. Autoridad competente en la materia. Recursos	604
609. Constitucionalidad de los límites a la elección de prenombrados	604

III. REGLAS CONCERNIENTES AL APELLIDO

610. Apellido. Concepto	604
611. Apellido compuesto. Doble apellido	605
612. Adquisición del apellido	605
613. Elección del apellido. Tendencias actuales del derecho comparado	605

IV. APELLIDO DEL HIJO MATRIMONIAL

614. Regla general	606
615. Transmisión del apellido compuesto y del doble apellido	606
616. Prohibición de supresión del apellido	607
617. Opción a favor de los padres	607
618. Opción a favor de los hijos	607

V. APELLIDO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

619. Reconocimiento unilateral del padre	607
620. Reconocimiento unilateral de la madre.....	608
621. Reconocimiento simultáneo de ambos padres	608
622. Opción a favor del hijo. Procedimiento	609
623. Hijo de mujer viuda	609

VI. APELLIDO DEL HIJO ADOPTIVO

624. Adopción plena	609
a) Adoptante individual mujer o varón solteros.....	609
b) Adoptantes cónyuges	610
c) Adoptante viuda	610
d) Adoptante divorciada, separada de hecho o separada legalmente.....	610
e) Opción a favor del hijo adoptivo.....	610
625. Adopción simple	610
a) Adoptante varón o mujer soltera.....	610
b) Adoptantes cónyuges	611
c) Adoptante viuda	611
d) Opción a favor del adoptado.....	611

VII. MENORES NO RECONOCIDOS

626. Regla legal	611
627. Reconocimiento posterior de uno de los padres	612

VIII. APELLIDO DE LA MUJER CASADA

628. Mujer casada. Regla general en la ley 18.248	612
629. Reforma de la ley 23.515. Antecedentes. Valoración	612
630. Nulidad de matrimonio. Efectos	613
631. Mujer viuda	614
632. Mujer del ausente con presunción de fallecimiento.....	614

IX. APELLIDO DE LA MUJER DIVORCIADA

633. Divorcio vincular (ley 23.515). Efectos. Regla general	615
634. Excepciones. Valoración crítica	615
635. Divorcio del artículo 31 de la ley 14.394.....	616
636. Apellido de la mujer separada	616

X. PRINCIPIO DE INMUTABILIDAD DEL NOMBRE

637. Exposición del principio. Reconocimiento legislativo.....	616
638. Cambio o adición de nombre.....	617

XI. CAMBIOS DE NOMBRE IMPUESTOS POR LA LEY

639. Divorcio vincular y nulidad de matrimonio.....	617
640. Viuda que contrae nuevo matrimonio.....	617
641. Hijos adoptivos	617

XII. CAMBIOS AUTORIZADOS POR LA LEY

642. Prenombre del adoptado	618
643. Mujer viuda	618
644. Mujer separada.....	618
645. Existencia de justos motivos. Breve revisión de los criterios judiciales	618
a) Cambio de nombre por nulidad del matrimonio de la madre en el supuesto de ignorancia de la identidad del cónyuge.....	619
b) Cambio de nombre por el uso de otro	619
c) Cambio de nombre de menores.....	619
d) Motivos sentimentales.....	619
e) Motivos religiosos	620
f) Cuando el apellido fuera de difícil pronunciación	620
g) Nombre públicamente deshonrado por los padres.....	620
h) Traducción al castellano del prenombre extranjero.....	620
i) Cambio de nombre por confusión de sexo.....	620
j) Nombre que en nuestro giro tiene un significado ridículo o se presta a giros injuriosos o agraviantes	620
k) Nombre que tiene implicancias políticas.....	620
l) Cambio de sexo.....	621

XIII. ADICIÓN AUTORIZADA POR LA LEY

646. Hijos adoptivos	621
647. Homonimia	621
648. Extranjero que se nacionaliza	621

XIV. PROCEDIMIENTO PARA EL CAMBIO DE NOMBRE

649. Juez competente	622
650. Tipo de proceso	622
651. Ministerio público	622
652. Publicidad	622
653. Oposiciones	622
654. Informes	623
655. Sentencia	623
656. Juicio sucesorio	623

XV. EFECTOS DEL CAMBIO DE NOMBRE

.....	623
-------	-----

XVI. EL SEUDÓNIMO

657. Concepto	624
658. El nombre religioso	624
659. El nombre individual canónico	624
660. Los apodos, motes o sobrenombres	625
661. Los diminutivos y apelativos familiares	625
662. Diferencia del seudónimo con figuras afines	626
663. Naturaleza jurídica	626
664. Función del seudónimo	627
a) Función individualizadora	627
b) Función de encubrimiento	627
c) Función de realce	627
665. Extensión del uso del seudónimo	627
a) Sustitución excluyente	627
b) Límites de la sustitución	628
666. Protección del seudónimo	628
667. La notoriedad	628

XVII. PROTECCIÓN DEL NOMBRE

668. Enumeración de las acciones tutelares	629
--	-----

669. Acción de reclamación o reconocimiento de nombre	629
a) Concepto.....	629
b) Legitimación activa	629
c) Desconocimiento del derecho de usar el nombre.....	629
670. Efectos de la sentencia.....	629
671. Condena accesoria.....	630

*XVIII. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN, CONTESTACIÓN
O USURPACIÓN DE NOMBRE*

672. Concepto	630
673. Requisitos.....	630
a) Legitimación activa.....	630
b) Uso indebido del nombre.....	630
674. Acción preventiva de cese de la usurpación	630
675. Cese o supresión de la perturbación	630

XIX. ACCIÓN DE SUPRESIÓN DEL NOMBRE

676. Concepto y fundamento	631
677. Distinción con la acción de contestación o usurpación de nombre	631
678. Requisitos.....	631
a) Legitimación activa.....	631
b) Utilización maliciosa del nombre del actor para la designación de un personaje o de una cosa.....	631
c) Perjuicio material o moral.....	632
d) Efectos de la sentencia.....	632

CAPÍTULO XVII

EL DOMICILIO

I. INTRODUCCIÓN

679. Noción previa.....	633
a) El domicilio como concepto jurídico.....	633
b) Criterio del Código Civil.....	634
c) Extensión del domicilio.....	634
d) Distinciones previas	634
680. Residencia	634
a) Concepto.....	634
b) Residencia y domicilio.....	635
681. Habitación. Concepto.....	635
682. Efectos jurídicos que producen	635

a) Efectos del domicilio.....	635
b) Efectos de la residencia.....	636
c) Efectos de la habitación.....	636
683. Caracteres del domicilio.....	636
684. Necesidad.....	637
685. Unidad.....	637
a) Concepto.....	637
b) Justificación.....	637
c) Crítica.....	637
d) Proyecto de Unificación Legislativa.....	638
e) Sistema del Código Civil.....	638
f) Excepciones.....	638
686. Clasificación. Distintas especies.....	638

II. DOMICILIO GENERAL U ORDINARIO

687. Nociones.....	639
688. Clasificación.....	639
689. Efectos jurídicos. Remisión.....	640

III. DOMICILIO REAL

690. Concepto.....	640
691. Caracteres.....	640
692. Elementos constitutivos.....	641
a) "Corpus".....	641
b) "Animus".....	641
693. Constitución.....	642
694. Prueba del domicilio.....	642
695. Cambio y conservación.....	642
a) Libertad del cambio de domicilio.....	642
b) Cuándo se produce.....	642
c) Prueba.....	643
d) Cambio fraudulento.....	643
e) Conservación sólo ánimo.....	643
f) Subsistencia del último domicilio conocido.....	644
696. Extinción.....	644

IV. DOMICILIO LEGAL

697. Concepto y caracteres.....	644
698. Caracteres.....	645
a) Forzoso.....	645

b) Excepcional y de interpretación restrictiva	645
c) Único	645
d) Ficticio	645
699. Domicilio legal y domicilio real	645
700. Domicilio legal y domicilio especial	646
701. Funcionarios públicos y eclesiásticos	646
a) Lugar del domicilio	646
b) Concepto de funcionario público	646
c) Duración de la función	646
d) Momento desde el cual produce efectos	647
e) Funcionarios eclesiásticos	647
f) Militares	647
702. Los transeúntes	648
703. Los incapaces	648
a) Menores	648
b) Dementes y sordomudos	649
c) Penados	649
704. Los dependientes	650
705. La mujer casada. Incidencia de la ley 23.515	650
706. El domicilio del causante. Efectos	651
707. Las personas jurídicas. Remisión	651

V. DOMICILIO DE ORIGEN

708. Concepto	651
709. Naturaleza	652
710. Efectos	652

VI. DOMICILIO ESPECIAL

711. Concepto	652
712. Distintas especies. Enumeración	653
713. Domicilio procesal. Efectos	653
714. Domicilio de elección o convencional	654
a) Concepto	654
b) Caracteres	654
c) Forma de constitución	654
d) Mutación	655
e) Extinción	655
715. Efectos del domicilio de elección o convencional	656
a) Determinación de la competencia judicial	656
b) Notificaciones judiciales. Jurisprudencia plenaria	656
c) Notificaciones extrajudiciales	657

Bibliografía general	659
----------------------------	-----