

Visítanos en
ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Jorge Joaquín Llambías

TRATADO DE
DERECHO CIVIL
PARTE GENERAL

TOMO I

TRATADO
DE
DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

TOMO I

JORGE JOAQUÍN LLAMBIÁS

Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Profesor emérito en la Universidad Católica Argentina. Ex Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital Federal. Premio Nacional de Derecho, años 1967-1972.

**T R A T A D O
D E
DERECHO CIVIL
PARTE GENERAL**

T O M O I

**NOCIONES FUNDAMENTALES
PERSONAS**

DECIMOSEXTA EDICIÓN

Actualizada con las leyes 23.264 y 23.515 por
PATRICIO RAFFO BENEGAS



**EDITORIAL PERROT
BUENOS AIRES**

Todos los derechos reservados
© by Editorial EMILIO PERROT
Azcuénaga 1846 -- 1128 - Buenos Aires -- Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-520-129-X: rústica
I.S.B.N.: 950-520-130-3: encuadernada

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 (art. 2, 9, 10, 71, 72, ley 11 723)

IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

PREFACIO DE LA PRIMERA EDICIÓN

El presente libro constituye el desarrollo del "Derecho Civil. Parte General", que el autor escribiera en coordinación con el Dr. Manuel Arauz Castex, y que fuera publicado en octubre de 1955.

En esa ocasión el autor tuvo a su cargo el tratamiento de los capítulos de la obra referentes a los bienes y a los hechos y actos jurídicos. Ahora ha extendido su labor a todos los temas que integran la teoría general del derecho civil, incluso las nociones fundamentales e históricas que desde antiguo se suelen enseñar a modo de introducción de esta clase de estudios, y en cuya exposición tal vez se encuentre algún interés.

La obra, nacida con motivo de las lecciones impartidas en la Universidad de Buenos Aires, ahora prolongadas en la Universidad Católica Argentina y en la Universidad del Salvador, intenta dar a cada tema el desarrollo adecuado a fin de brindar al lector una información completa de cada asunto, con especial mención de la jurisprudencia de nuestros tribunales, de la Capital Federal o del interior del país.

Por ello y contando con la generosa indulgencia de los lectores, espera el autor que el libro pueda responder a los requerimientos de los estudiantes en la preparación de sus lecciones, y de los profesionales en la urgente y noble labor diaria de contribuir a la dispensación del derecho de cada uno. En este doble empeño, guardando la medida impuesta por la índole de la obra, se ha eludido la presentación superficial de los problemas discutidos, de los que se destacan los

conceptos esenciales, sin ahorrar, en apretada síntesis, la exposición, los matices y el debate doctrinario y jurisprudencial que ellos han suscitado.

El autor confía en que su esfuerzo pueda ser de utilidad para aquellos a quienes está dirigido.

EL AUTOR

Buenos Aires, Julio de 1960.

PREFACIO DE LA SEGUNDA EDICIÓN

En poco más de dos años quedó agotada la primera edición de esta obra que ahora reaparece actualizada con las acotaciones de legislación, doctrina y jurisprudencia que el tiempo ha hecho necesarias.

El autor agradece a los colegas de cátedra, profesionales y estudiantes la acogida que han dispensado a este libro que como antes espera ser un auxiliar eficaz en el estudio de los principios generales del derecho civil.

EL AUTOR

Buenos Aires, Marzo de 1964.

PLAN DE LA OBRA

I. PARTE PRELIMINAR E HISTÓRICA

II. PARTE SISTEMÁTICA

- a) Primera Sección: El sujeto de la relación jurídica.**
- b) Segunda Sección: El objeto de la relación jurídica.**
- c) Tercera Sección: La causa de la relación jurídica.**

PARTE PRELIMINAR E HISTÓRICA

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN AL DERECHO CIVIL

§ 1. Concepto del derecho. Derecho objetivo y derechos subjetivos. Concepciones individualista, colectivista y católicotradicional del derecho subjetivo. Moral y derecho. Concepto y distinción. Penetración del factor moral en el derecho positivo argentino: textos del Código Civil. Aplicaciones jurisprudenciales. Moral, buenas costumbres y buena fe: directivas de la ley 17.711. Derecho natural y derecho positivo. Las ramas del derecho positivo.*

1. ETIMOLOGÍA. — Según la etimología de la palabra, que suele dar un incipiente conocimiento de lo que la palabra significa, “derecho” alude a “directum”, “dirigido”, con lo que se indica sujeción a una regla, imagen que aparece constantemente en todas las lenguas europeas derivadas del latín: “droit”, “right”, “recht”, “diritto”, etc. Pero, con esto, no sabemos sino que el derecho consiste o resulta de una regla, y seguimos ignorando su *finalidad*, su *fuerza*, y su *distinción* de otras reglas que también gobiernan la conducta humana.

* BIBLIOGRAFÍA: Sobre el concepto de derecho: Renard G., *El Derecho, la Justicia y la Voluntad*, ed. Bs. As., 1943, caps. II a V; Casares, T. D., *La Justicia y el Derecho*, 1ª ed., ps. 13-42 y p. 103; Pueyrredón, E., *El concepto de Derecho*, en “Universitas”, nº 14, abril 1970. Sobre derecho objetivo y derechos subjetivos: Spota, A. G., *Tratado de Derecho Civil*, t. I, *Introducción*, ps. 97-260. Para la exposición de las concepciones individualista, estatista y católico-tradicional, véase especialmente, Bergallo Cirio, Juan Miguel, *Sociedad y Persona*, ed. Bs. As., 1943, caps. III a V. Sobre derecho natural y derecho positivo: Renard, G., *El Derecho, la Lógica y el Buen Sentido*, ed. Bs. As., 1947, apéndice, 1947, caps. II, III y especialmente IV; Savatier, R., *Cours de Droit Civil*, 2ª ed., 1947, t. I, p. 5.

2. **NOCIONES ERRÓNEAS.** — Para averiguar esos puntos ignorados y comprender cabalmente el concepto de derecho comenzaremos por desbrozar el camino eliminando algunas nociones erróneas no obstante la difusión que a veces han logrado.

3. — a) Según una idea vulgar el derecho se identifica con la ley escrita.

Pero tal identificación entre *derecho* y *ley* no resiste el mínimo análisis, como lo demuestra concluyentemente Renard.¹

4. **PRIMER ARGUMENTO.** — Por lo pronto el *derecho es anterior a la ley escrita*, que supone una sociedad organizada bajo la forma política del Estado. Los hombres antes de regirse por leyes escritas no vivían sin derecho sino que se regían por la "justicia privada" que no era actividad de bandidos sino ejercicio de la fuerza conforme al derecho sugerido por la intimidad de la conciencia, cuyos dictados se obedecían al acatar las costumbres de los antepasados, las "mores maiorum" de los primitivos romanos.

5. **SEGUNDO ARGUMENTO.** — Aún bajo el reinado de la ley escrita queda lugar para una elaboración científica del derecho, *complementaria* de la ley. Porque: 1) la ley es *imperfecta* por sus oscuridades e incongruencias que a cada momento hacen tropezar al intérprete y que éste debe superar; 2) hay diversidad de *temperamento* entre la ley y su interpretación jurisprudencial que se resuelve en una discreta transacción, o contemporización. Pero para transigir se requieren varios, luego el derecho vivo es algo más que la ley; 3) la *generalidad* de la ley no hace discriminaciones, provee un surtido de vestidos de confección que no convienen exactamente a nadie pero que no sientan tampoco a nadie demasiado mal, como la mayoría de edad a los 21 años que si es aceptable para los individuos de desarrollo intelectual mediano, resulta demasiado tardía para los precoces y a veces harto peligrosa para los retardados o fronterizos. Ciertamente "lex statuit ex eo quod plerumque fit" (la ley dispone según lo que ocurre generalmente), pero hay casos exorbitantes que no pueden reducirse al rasero común y plantean un conflicto entre la ley y la justicia, que a veces obligará a prescindir de la ley para salvar el derecho como decía Santo Tomás, puesto que en el punto donde expiran las posibilidades de la ley escrita cesa también su autoridad; 4) la *inmovilidad* de la ley que es su gran

¹ G. Renard, *El Derecho, la Justicia y la Voluntad*, ed. Bs. As., ps. 25 a 41.

virtud por la seguridad que imprime a las relaciones humanas es también su punto vulnerable, porque tal calidad está en contradicción con la vida. Y como el derecho es disciplina instrumental al servicio de la vida del hombre, de la necesidad de concordar la rigidez de la ley con las exigencias de la naturaleza humana, en cada circunstancia, surge la actividad de la doctrina de los autores y la función creadora de la jurisprudencia, como dos nuevas expresiones del derecho, paralelas a la ley. Luego el derecho no se reduce a la ley escrita; 5) en fin, la ley no da un rendimiento ilimitado. Padece "lagunas" que han de colmar la doctrina de los autores y la jurisprudencia acudiendo a la consulta de la realidad social, y a la confrontación de las necesidades sociales e intereses particulares con las directivas del derecho natural, a la luz del buen sentido del intérprete.

6. TERCER ARGUMENTO. — Que el derecho no se reduce a la ley escrita lo muestra elocuentemente la *resistencia* de los hechos y las creencias existentes. La ley no puede alterar los hechos materiales —se puede cambiar la hora pero no prolongar el día o reducir la noche, ni hacer de un hombre una mujer— ni forzar los hechos espirituales que suelen ser más poderosos que el dictado de la ley: recuérdese cómo el Cristianismo resistió victoriosamente los decretos persecutorios de los emperadores romanos, y en un plano menor cómo durante la Revolución Francesa los gremios subsistieron pese a la ley Le Chapelier que los disolvió. La resistencia a que aludimos se opera en dos momentos sucesivos: al tiempo de la sanción por el temor a la desobediencia de los gobernados, como ocurrió en la provincia de Santa Fe con la sanción de la ley de matrimonio civil, en el año 1867, que determinó una revolución que impuso su derogación; y al tiempo de la *aplicación* por la presión que ejerce sobre los gobernantes y los jueces la conciencia social, lo que se traduce en un enervamiento de la ley que no se adapta a ella. Esa resistencia compensa la exagerada soberanía de la ley y origina el equilibrio social dando lugar a la continuidad histórica. La ley se ha transformado, luego... el derecho vivo no se reduce a la ley.

En suma, la ley no es sino un instrumento de expresión del derecho que habrá de conjugarse con los demás. Pero eso sí, nadie podrá negarle su rango privilegiado.

7. b) ¿EL DERECHO SERÁ UNA PURA FORMA? (Tesis de Jèze y Carré de Malberg). — Según esta opinión, en la elaboración de las normas de convivencia humana han de distinguirse dos aspectos, el fondo y la forma. El deber de pagar las deudas es una regla de fondo, pero el modo de hacerlo, por el cumplimiento de la prestación, o por compensación, o novación, etc., y las disposiciones relativas a la integridad del pago, a la subrogación, a la consignación, así como el diverso com-

portamiento que puede seguirse de la omisión del pago, son reglas de forma instituidas para la efectividad de aquélla.

Aquellos autores y los que los siguen aun parcialmente, comprueban la extensión de la forma: casi todo el Código Civil, dice Gény, está compuesto por normas de forma; todo menos dos artículos y medio —los arts. 544, 1134 y 1382 del Código Civil Francés— dice Duguit. Por esto se piensa que el formalismo o la técnica es la causa eficiente de todo lo jurídico. El derecho se desinteresa del sentido substancial que pueden tener las normas que lo integran: es una tesis extrema de materialismo jurídico que condensa todo el derecho en esas normas técnicas y formales cualquiera sea su fondo o sentido, pues esto último no constituye para esta tendencia una preocupación jurídica.

8. CRÍTICA. — No puede desconocerse que la observancia de una cierta dosis de formalismo corresponde a la función de quienes actúan el derecho: jueces, abogados, escribanos funcionarios administrativos. Las *formas jurídicas* son el escudo que protege cierta *concepción media del derecho y de la justicia*, así como las convenciones mundanas suelen favorecer el trato social en un plano conveniente, haciendo soportable la mediocridad, en el decir de Fonsegrive.² La forma elimina el subjetivismo e imprime *estabilidad* a la vida jurídica defendiendo al hombre común de la mediocridad del magistrado, del abogado, del notario y del funcionario, mediocres, por la neutralización de su juicio personal, o su improvisación, con normas relativamente infranqueables.

Pero, con todo, *no es legítimo limitar el horizonte* del hombre de derecho a la mera técnica. El jurista no es un lacayo al mejor postor, como lo entendía Federico II de Prusia, que decía: “Yo tomo, saqueo, robo, luego mis legistas justifican todo esto con excelentes razones”. Tal es, lamentablemente, la idea popular sobre el hombre de leyes, al que ve envuelto en ese enigma que es para la gente común el derecho, al que siente como algo distinto y a veces opuesto a la Justicia que escucha confusamente en la intimidad de su corazón.

Pero lo que es más grave, hasta muchos abogados, convencidos de que el derecho se reduce a una mera técnica formal, se han formado una idea sumamente modesta de su oficio que creen consiste en conocer las leyes y los reglamentos y estar al corriente de la jurisprudencia. ¿Y los problemas morales? Pues son para ellos cuestiones extrañas que no les interesan “como no interesan las altas matemáticas a la muchedumbre de mecánicos que construyen las máquinas y las hacen marchar. Es preciso que cada uno ocupe su lugar, y cuando ese lugar es de

² G. P. Fonsegrive-Lespinasse, *Morale et Société*, p. 28.

cuarto orden no hay por qué mezclarse en los consejos superiores de la fábrica".³

Aquí está lo esencial de la concepción que se examina: la separación radical del derecho y la moral como ámbitos no sólo diferentes sino incommunicados. El derecho sería desde el punto de vista moral una máquina polivalente, una fábrica de medallas que las produce de oro, plata y cobre, según sea el metal que se utilice. En fin, las formas jurídicas serían buenas para todo y con tal que la fórmula aplicada sea correcta no ha de importarle al juez el sentido de su decisión.⁴

La consecuencia de todo esto es la irresponsabilidad moral del abogado y del juez con el consiguiente escándalo del hombre de la calle que no puede comprender semejante divorcio entre el engranaje de la ley, por un lado, y su sentido de la justicia y del bien, por el otro.

Pero la verdad es que no puede desvincularse el derecho de la moral, ni por consiguiente las normas jurídicas de los fundamentos filosóficos del derecho. Para comprender el derecho, cabalmente, es indispensable tener una cosmovisión del hombre verdadera, lo que ya advirtió Francisco Gény, el eminente decano de la Facultad de Derecho de Nancy, en las siguientes palabras: "Para obtener de manera decisiva, con plena seguridad y firmeza convincente, el principio de las normas directrices de la actividad moral y jurídica, es preciso haber tomado partido sobre la concepción general del universo, sobre la esencia y la naturaleza del hombre, sobre el misterio de su origen y de su existencia en este mundo, sobre el enigma de su destino".⁵

No se diga, entonces, que el derecho es una máquina que sirve para todo con tal que se manejen los botones adecuados. No es una técnica generadora de principios para la conducta social, sino que está al servicio de fines que lo trascienden. En suma, la técnica jurídica es sólo la parte instrumental de un programa mucho más vasto que consiste en la *instauración de un orden social justo*.

Con esto ya anticipamos algo de la verdadera concepción del derecho. Pero antes de completarla conviene eliminar de nuestras posibilidades una última comprensión muy en boga cuya inexactitud es preciso mostrar.

9. c) ¿EL DERECHO ES LA VIDA? (Tesis sociológica de Durkheim y de Duguit).— Esta concepción parte de la verificación de la índole

³ G. Renard, *op. cit.*, p. 52.

⁴ Now parece que algunas interpretaciones de nuestros textos legales en materia de derecho de familia, realizadas por algunos de nuestros autores y tribunales de justicia, están tocadas de la inadecuada filosofía jurídica a que aludimos en el texto.

⁵ F. Gény, *Science et technique en Droit Privé Positif*, t. II, n° 162, p. 354, ed. París, 1924.

social del hombre, pero exagera esa calidad en desmedro de la substancia personal del ser humano y de la dignidad de los fines de éste.

Sin duda el hombre está tomado en el engranaje social, familia, profesión, vecindad, clase social, nacionalidad, religión, etc. Son solidaridades de ideales y de intereses materiales, solidaridades regionales e internacionales. "Este embrollo de solidaridades es el hecho social. La sociedad nos lleva. La vida social acarrea nuestras existencias y nuestras actividades en su formidable rodar".⁶ Y entonces, la regla de derecho, ¿no habrá de ser inmanente en la vida social?

10. CRÍTICA. — ¡El derecho es la vida! He aquí una fórmula brillante y misteriosa que expresa una confianza cuasi-religiosa en los recursos desconocidos de la vida para engendrar su propia regla. Pero, ¿cuál es la significación conceptual de la fórmula? Renard discierne tres: el derecho es una noción de la *conciencia social*, o lo que la *masa de los individuos* considera como tal en un momento dado, o lo que emana de la *opinión pública*, pero en cualquiera de sus significaciones equivale al *derecho es la fuerza*. Consideremos, por ejemplo, la opinión pública que por ser noción más concreta que las otras permite fijar mejor la dilucidación del asunto. Si se atiende a su génesis aparece como la opinión de los cabecillas y de los adiestrados de la multitud, no pudiéndose negar que sea un factor del derecho positivo como fuerza que presiona. Pero de ahí a que sea la fuente y razón de ser del derecho hay mucha distancia. Ciertamente es un factor a combinar, a veces a contrarrestar, y siempre a equilibrar con muchos otros y especialmente con los principios del derecho natural.

La tesis de la inmanencia es falsa. Si la vida no tiene reglas fuera de sí misma, todo resulta lícito y bueno desde que es un brote de la vida. Todo freno a lo vital es reprobable, toda disciplina es injusta. Pero como el derecho es inexcusablemente una disciplina, un ordenamiento, esta explicación no es admisible porque viene a contradecir la esencia innegable de lo jurídico.

11. NOCIÓN VERDADERA DEL DERECHO. — El derecho es el *orden social justo*. Tal la tesis de Renard, a la que nosotros adherimos.

La existencia del hombre es consecuencia del amor de Dios. Él, la felicidad indeficiente, quiso en la efusión de su generosidad volcar su misma felicidad en otros seres a los que creó destinándolos a participar de su vida eterna. Pero no los

⁶ G. Renard, *op. cit.*, p. 58.

creó necesariamente sujetos a esa gloria, sino que aún para aumentarla si cabe, hizo Dios a los hombres inteligentes para que con la luz de la mente lo conocieran a Él, los dotó de voluntad para que lo amaran y tendieran a Él, los dotó de libertad para que conociéndolo y amándolo lo sirvieran y con ello conquistaran su felicidad eterna participando de la vida divina. Tal el fin último o sobrenatural del hombre.

Pero en tanto dura su travesía por la tierra, el hombre, como se dijo, está tomado en el engranaje social. Es que encuentra en la raíz de su ser una tendencia o apetito de sociabilidad que le comunica su propia naturaleza. Es en la "convivencia", en el vivir con otros, donde encuentra el ambiente propicio para el despliegue de las potencias que anidan en la intimidad de su ser, en consecución de su fin último y de los fines intermedios o naturales que la criatura humana se propone continuamente y que le proporcionan una cierta felicidad temporal: satisfacción de aspiraciones, necesidades, placeres, cumplimiento de deberes.

Ahora bien, como los fines naturales del hombre son múltiples como múltiples son las solidaridades que fomentan la vida social, en vista de la libertad, presente siempre en el hombre, que mal usada podría hacer fracasar toda suerte de convivencia, surge la necesidad imperiosa de disciplinar la conducta de los hombres para lograr un orden resultante que favorezca la obtención de los fines intermedios o naturales y no cohíba ni dificulte el acceso al fin último o sobrenatural de la persona humana.

Ese ordenamiento de la vida social, que es la única manera de existir la vida humana, es el derecho. Pero para que el derecho sea verdaderamente tal y no una mera fachada externa, el orden impuesto ha de ser *justo*, es decir "ajustado" a las características propias de lo ordenado, que es la conducta humana. Así como el conocimiento es la adecuación de la cosa al intelecto agente, "adequatio rei et intellectus", el derecho es la adecuación o ajuste de la vida a la regla que

le es propia, como dice Santo Tomás.⁷ Se trata pues de descubrir cuál es la regla que se adapta convenientemente a las exigencias propias de la vida humana y a la dignidad de sus fines, lo que se reconoce por la idea a la que la norma sirve. Pues una regla suscita un cierto orden y todo orden importa la realización de un designio, un tema, una idea dominante. Ahora bien, ¿cuál es el tema de la regla de la vida que la constituye en "derecho"? Ese tema es la "justicia" entendida como la proporción entre las exigencias de la persona humana y los bienes aptos para proveer a dichas exigencias en vista de la consecución de los fines humanos. El bien —define Aristóteles— es lo que los seres apetecen. Así, pues, un orden social será justo y por tanto verdaderamente *derecho*, no remedo de tal, cuando instaure una disciplina de la conducta humana que tome en cuenta al hombre como realmente es, criatura racional dotada de inteligencia y voluntad que se propone con sujeción a la moral los fines más diversos que la vida permite alcanzar, y en vista de ello le provea de un ambiente social, apto en su organización, para el logro de tales fines.

12. CONCEPTO DE DERECHO. — Como surge de los desarrollos precedentes entendemos que *el derecho es el ordenamiento social justo*.

Para Arauz Castex el derecho es la coexistencia humana normativamente pensada en función de justicia.⁸

Para Borda es el conjunto de normas de conducta humana establecidas por el Estado con carácter obligatorio y conforme a la justicia.⁹

Para Enneccerus y Nipperdey es el ordenamiento autárquico obligatorio, que se basa en la voluntad de una colectividad, de la conducta externa de los hombres en sociedad, mediante mandatos y concesiones.¹⁰

Para Salvat es el conjunto de reglas establecidas para regir las

⁷ S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II^o IIae, Cuestión LVII, art. 1^o.

⁸ M. Arauz Castex, *Derecho Civil, Parte General*, ed. 1955, t. I, n^o 1, p. 11.

⁹ G. A. Borda, *Derecho Civil, Parte General*, ed. 1953, t. I, n^o 1, p. 12.

¹⁰ L. Enneccerus y H. Nipperdey, *Derecho Civil, Parte General*, Barcelona, 1934, vol. 1^o, párr. 30, ps. 126 y ss., I.

relaciones de los hombres en sociedad, en cuanto se trate de reglas cuya observancia puede ser coercitivamente impuesta a los individuos.¹¹

Según *Ihering* es la garantía de las condiciones de vida de la sociedad en la forma de coacción.¹²

En fin, para *Kelsen* "el derecho es, en esencia, un orden para promover la paz. Tiene por objeto que un grupo de individuos pueda convivir en tal forma que los conflictos que se susciten entre ellos puedan solucionarse de una manera pacífica, esto es, sin recurrir a la fuerza y de conformidad con un orden de validez general. Este orden es el derecho".¹³ Bien se advierte que en esta concepción la "justicia" aparece sustituida por la "paz". En cambio para el punto de vista que hemos aceptado, la paz no es causa final del derecho sino fruto del mismo, es la "tranquilidad en el orden", en el decir de San Agustín. No se busca la paz sino la justicia, pero en el logro de ésta también se encuentra la verdadera paz.

13. DERECHO OBJETIVO Y DERECHOS SUBJETIVOS. —

En los precedentes desarrollos se ha aludido al derecho como objeto de conocimiento y entonces nuestro entendimiento lo capta como "el ordenamiento social justo" (Renard, Cathrein, Casares, Bargalló Cirio, Zorraquín Becú). Éste es el concepto de "derecho" en *sentido objetivo*, como regla de conducta exterior al hombre a quien se dirige —just est norma agendi—, concepto que está presente en las siguientes expresiones: "el derecho prohíbe apoderarse de lo ajeno". "el derecho impone a los esposos los deberes de cohabitación y de fidelidad".

En otro sentido la voz "derecho" alude a la prerrogativa de la persona para exigir de los demás un determinado comportamiento: es el *derecho subjetivo* —jus est facultas agendi— tal como la facultad del propietario de usar y disponer de la cosa, la facultad del acreedor para ejecutar los bienes del deudor, la facultad de testar, etc.

Interesa remarcar que estas nociones de "derecho obje-

¹¹ R. Salvat, *Derecho Civil, Parte General*, ed. 1931, núms. 1 y 4, ps. 1-2.

¹² R. Ihering, *El fin del derecho*, t. I, p. 434.

¹³ H. Kelsen, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, Méjico, 1943, p. 23 y ss.

tivo" y "derechos subjetivos" *no son antagónicas*, sino que por el contrario se corresponden y exigen recíprocamente. En efecto el derecho objetivo consiste en un ordenamiento social justo, pero por eso mismo, es decir, en cuanto justo ha de reconocer a las personas humanas la posibilidad de obrar en vista de sus propios fines. De aquí se sigue que el derecho objetivo existe para el derecho subjetivo, y a su vez éste encuentra en aquél la fuente inmediata de su existencia. Y decimos "inmediata" porque la "mediata" es la naturaleza racional del hombre que lo provee de la inteligencia, voluntad y libertad por las cuales el sujeto conoce, quiere y obra.

El *derecho subjetivo* es una noción capital de la ciencia jurídica, por lo que interesa sobremanera tener al respecto un concepto adecuado. Por eso vamos a examinar con la prolijidad que consiente la índole de esta obra las posiciones doctrinarias fundamentales que se han sustentado acerca de su naturaleza jurídica.

14. TEORÍAS SOBRE LA ESENCIA DEL DERECHO SUBJETIVO.—a) Según la concepción en boga durante la primera mitad del siglo XIX, el derecho subjetivo es un *poder atribuido a una voluntad*, un "señorío del querer", o como decía Savigny, una esfera en la cual reina soberana la voluntad de la persona.¹⁴ Windscheid desarrolla luego el mismo concepto al señalar que el ordenamiento jurídico impera una determinada conducta, y pone la regla a la libre disposición de aquel en cuyo favor ha sido dictada. El particular puede valerse de la norma para la consecución de sus fines, y cuando así ocurre el ordenamiento jurídico le proporciona los medios adecuados para compeler a los demás a la observancia del precepto.¹⁵

A esta teoría se le han hecho diversas críticas. Por lo pronto se ha observado que si bien la voluntad es un elemento esencial del derecho subjetivo en su aspecto dinámico —ejercicio—, no lo es en su aspecto estático —goce—, lo cual se comprueba con la adquisición de derechos independientemente de la voluntad del adquirente, v. gr., la existencia de derechos a favor de la persona por nacer (ver *infra*, n° 330).

Pero la crítica más aguda es la que advierte que la noción expresada desatiende la finalidad del derecho subjetivo. Al apoyarse esta

¹⁴ F. C. de Savigny, *Sistema de derecho romano actual*, t. I, p. 36.

¹⁵ Windscheid, *Pandekten I*, ps. 169-170.

noción exclusivamente en la voluntad del titular, se abre la posibilidad de un ejercicio arbitrario o inmoral¹⁶ que no puede ser tolerado.

15. — b) Para Ihering lo substancial del derecho subjetivo reside en la *utilidad* que brinda al hombre. De ahí su conocida definición según la cual "los derechos son intereses jurídicamente protegidos; el derecho es la seguridad del goce".¹⁷ Pero el interés, para este autor, no debe ser concebido con un criterio económico, sino humano, pues "todo derecho privado existe para asegurar al hombre un bien cualquiera, socorrer sus necesidades, defender sus intereses y concurrir al cumplimiento de los fines de su vida. El destinatario de todos los derechos es el hombre".¹⁸

Esta concepción no ha dejado de suscitar reparos. Sin duda ella ha puesto en evidencia la importancia del fin para calificar y descalificar la noción misma de derecho. No cabe duda que la prerrogativa jurídica no puede ser ejercida sino en conexión con alguna finalidad concreta de la vida humana, lo cual supone una intelección de la naturaleza del hombre y una apreciación de la congruencia de los fines perseguidos con esa misma naturaleza. Pero de aquí no se infiere que el concepto de derecho se agote en la noción de fin o interés. Por el contrario, si como dice Ihering, el derecho es "la seguridad del goce", se requiere indispensablemente la presencia de una voluntad para hacer efectiva esa garantía de seguridad que el derecho implica.

16. — c) Las reflexiones apuntadas han llevado a los autores a una coincidencia fundamental. Savigny e Ihering pusieron de relieve elementos que no son excluyentes sino que deben conjugarse para lograr el concepto adecuado. El derecho subjetivo es un poder del sujeto, una prerrogativa que supone una voluntad actuante, la cual si no proviene del titular, el ordenamiento jurídico se la imputará a éste (caso del representante legal de un incapaz que ejerce los derechos de éste). Pero no es un puro poder, una voluntad abstracta sin finalidad alguna: no es posible querer sin querer algo. Y este algo en cuanto fin humano digno también integra la noción de derecho subjetivo.

En suma, es dable concebir el derecho subjetivo como "*la prerrogativa reconocida a la persona por el ordenamiento jurídico para exigir un comportamiento ajeno tendiente a la satisfacción de intereses humanos*".¹⁹

¹⁶ Conf. G. A. Borda, *op. cit.*, t. I, n° 24, p. 32.

¹⁷ R. Ihering, *El espíritu del derecho romano*, t. IV, párr. 71, p. 378.

¹⁸ R. Ihering, *op. cit.*, t. IV, párr. 71, p. 364.

¹⁹ Conf. A. G. Spota, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, t. I, vol. I, p. 46, pá. 147-148; G. A. Borda, *op. cit.*, t. I, n° 24, p. 33; Ennecerus y Nipperdey,

17. CONCEPCIÓN INDIVIDUALISTA DEL DERECHO SUBJETIVO. — La recordada teoría de Savigny sobre la esencia del derecho subjetivo es sólo una muestra de la concepción individualista acerca de esa materia. En realidad esta concepción tiene raíces más antiguas y como corriente de pensamiento llega a proyecciones que desbordan el pensamiento de Savigny.

Por lo pronto la concepción individualista a que nos vamos a referir se basa en una filosofía del hombre según la cual éste encuentra su razón de ser, su explicación última, en sí mismo, en el ser individual. "La sociedad, dice Spann, no es fundamentalmente más que un puro fenómeno aditivo, una conjunción o acoplamiento de partes que son pensadas como existentes con anterioridad, completamente y por sí mismas".²⁰

Consecuentemente la sociedad resulta un artificio humano, no algo exigido por la propia naturaleza del hombre. Es una forma de organización que permite unirse cada uno a todos, no obedecer más que a sí mismo y seguir tan libre como antes. Dice Rousseau, en frases muy conocidas, que "cada uno dándose a todos no se da a nadie y como no hay un asociado sobre quien no adquiriera el mismo derecho que se le concede sobre sí, se gana el equivalente de todo lo que se pierde y más fuerza para conservar lo que se tiene".²¹

En esta más fuerza para conservar lo que se tiene, reside el motor de la sociabilidad, la explicación de la vivencia en sociedad. Porque sólo se trata de preservar del ataque ajeno, la fruición de la libertad erigida en fin último de la existencia humana. En esta concepción "toda la substancia humana se reduce a la libertad y ésta es considerada como pura facultad, como pura indeterminación. La libertad vale por encima de cualquier realización que con ella se obtenga de fin alguno que la ordene".²²

18. — Esta filosofía de los valores humanos que coloca a la libertad en el rango más elevado ya estaba insinuada en el antiguo derecho francés, a través de los comentarios de las "costumbres" vigentes, de Loysel y de Beaumanoir. Se decía "*convenances vainquent loi*" para significar que las leyes tenían aplicación sólo a falta de convención de los particulares. Paulatinamente la autonomía de la voluntad de los particulares se fue afirmando como la verdadera autoridad en el derecho privado, al propio tiempo que las leyes imperativas que proveían a

op. cit., vol. 1º, párr. 65, p. 287; R. de Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, ed. Madrid, t. I, p. 208.

²⁰ O. Spann, *Filosofía de la sociedad*, Madrid, 1933, p. 17.

²¹ J. J. Rousseau, *Contrato Social*, Madrid, 1921, p. 26.

²² J. M. Bargalló Cirio, *Sociedad y persona*, Bs. As., 1943, p. 103.

la vigencia de otros valores, como la justicia, se batían en retirada. Contra la tentativa de oponer los fueros de la justicia a los excesos de la libertad se respondía: "*volenti non fit injuria*", es decir, lo que es querido no causa injusticia.

Pero el ápice de la estimación de la libertad particular se alcanza con el Código Napoleón, cuyo art. 1134, repitiendo casi a la letra a Domat,²³ dice: "las convenciones legalmente formadas ocupan el lugar de la ley respecto de aquellos que las han hecho".

Señala Risolía, en su valiosa obra "*Soberanía y crisis del contrato*", que pocas veces una figura retórica ha podido vanagloriarse de mayor éxito: las convenciones tienen entre las partes valor de ley. Casi con la misma forma de expresión la máxima ha pasado a los códigos posteriores al francés, y ha dado margen —dice aquel autor— a la confusión doctrinaria.²⁴

Durante todo el siglo pasado se rindió devoto tributo a esas ideas. Aún hacia el final del siglo el historiador y filósofo Alfredo Fouillée decía que "históricamente es indiscutible que el régimen contractual tiende a dominar más y más en las sociedades modernas: el derecho otorga una importancia a la idea de contrato que acaba ocupando las nueve décimas partes de nuestros códigos, a los que un día ocupará desde el primer artículo hasta el último", y no vacila en proclamar: "quien dice contractual, dice justo". El lector podrá comprobar ante la experiencia vivida desde entonces si esos vaticinios resultaron acertados.

19. — *En síntesis*, las principales consecuencias del liberalismo apuntado han sido:

1º) En el *orden económico* la convicción de que el Estado, considerado un mero productor de seguridad, debe ser un testigo prescindente de los fenómenos económicos entréados a la regulación de los particulares;

2º) En el *orden jurídico-político* la concepción de un Estado neutro e indiferente ante los valores humanos, sólo preocupado por obtener un equilibrio de libertades individuales que lamentablemente no ha sido logrado, en la práctica;

²³ Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, L. I, tít. I, sec. II, párr. 7.

²⁴ M. A. Risolía, *Soberanía y crisis del contrato*, Es. As., 1946, p. 48, párr. 5.

3º) En el *orden jurídico-privado* la valoración exagerada de los derechos subjetivos considerados como instrumentos intangibles del querer individual, y desentendidos del bien común y de su función social. De ahí la eliminación práctica de la lesión enorme, la reprobación del saludable principio que veda el abuso del derecho (v.gr., antiguo art. 1071 de nuestro Código), el reconocimiento amplio de la autonomía de la voluntad contractual aun en materia de intereses y de cláusula penal (art. 1197, 621, ant. 522 del Código), en fin la prioridad que se da a la expansión de los sentimientos y fines individuales aun en desmedro del núcleo familiar que resulta sacrificado al interés individual, como se advierte a través de la supresión de la incapacidad del pródigo y de la relajación de la disciplina matrimonial provocada por el divorcio vincular.

20. TEORÍA NEGATORIA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. — Ante las críticas doctrinarias y las funestas consecuencias prácticas a que dio lugar el individualismo liberal, no tardó el péndulo de las ideas en apuntar hacia el extremo opuesto, negando todo lo legítimo que hay en la noción de derecho subjetivo.

Contrariamente a lo que antes se ha visto, la doctrina colectivista concibe a la sociedad no como una adición mecánica de partes que subsisten esencialmente diferentes, sino como una asociación, entendida como un ser nuevo con vida específica, proporcionada por la integración de las partes. En seguida acuden los propugnadores de la tesis a la comparación del ser social con el organismo biológico cuyas varias partes, aunque con funciones propias, concurren a mantener la vida del todo y se subordinan a éste fuera del cual no tienen razón de ser, a tal punto que si se produce la muerte del todo, ella implica la muerte de cada una de las partes. Igualmente la sociedad está constituida por partes que son los individuos. El bien de éstos se confunde con el bien del conjunto, que ese mismo conjunto interpreta e impone a los demás. Porque así como no puede pensarse que en el orga-

nismo biológico alguno de sus miembros se rebele contra el todo, tampoco es concebible que en la sociedad alguno de los individuos se desentienda de la finalidad colectiva, cuya interpretación incumbe al Estado. Por este camino se llega a resumir en el Estado toda la vida y la orientación del conjunto no diferenciado de sus partes integrantes.

21. — El antecedente más lejano de esta concepción remonta a Platón, quien concibe a la sociedad como un hombre en grande. Pero sobre todo en el siglo pasado, a través de Hegel y Marx, y de los positivistas Comte, Spencer y Durkheim, adquiere la teoría con cierto aire científico la mayor difusión, llegando a salir del campo doctrinario para encarnar en movimientos políticos como el socialismo, el comunismo, el nazismo y el fascismo.

Sin conexión con estos movimientos, aparece en el ámbito jurídico un brote de esa filosofía social con León Duguit, no obstante la confesada resistencia de este autor a conceder a las nociones metafísicas influencia en el derecho.

Duguit sostiene que en la observación de la realidad social sólo se percibe la existencia de una regla de derecho, objetiva, que se impone a los individuos coordinando y limitando las acciones de éstos, la cual descansa en la noción de función social. Según Duguit "el hombre no tiene derechos... Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar. Y ése es precisamente el fundamento de la regla de derecho que se impone a todos, grandes y pequeños gobernantes y gobernados". El hombre "no tiene el poder de permanecer inactivo, de entorpecer el libre desenvolvimiento de su individualidad, no tiene el derecho a la inactividad, a la pereza"... "no tiene el derecho de ser libre; tiene el deber social de obrar, de desenvolver su individualidad y de cumplir su misión social".²⁵

Es lógico que ante semejantes premisas naufrague toda noción de derecho subjetivo cuya entidad se desconoce. Las relaciones jurídicas se entienden como meros supuestos protegidos por el derecho objetivo que prevén obligaciones a cargo de una persona sin que medie el derecho correlativo a favor de la otra. Nadie tiene derecho a obrar en tal o cual sentido, sino que es indispensable, para que la actividad sea jurídicamente eficaz, que ella sea movida positivamente por "un fin de solidaridad social, un fin que tenga un valor social conforme al derecho objetivo del país considerado".²⁶ Y por la noción del fin de solidaridad social que incumbe a un grupo de hombres, los que comandan el Es-

²⁵ L. Duguit, *Las transformaciones del derecho privado*, Madrid, ps. 35 y ss.

²⁶ L. Duguit, *op. cit.*, ps. 112 y ss.

tado, interpretar e imponer a los demás, se desliza un elemento extraempírico, no obstante el propósito del autor de no admitir conceptos metafísicos, entendiendo por tales los que no son suministrados por la observación de la realidad social.

De cualquier modo, por la negación de los derechos subjetivos se ha llegado a la concepción totalitaria más cerrada.

22. CONCEPCIÓN CRISTIANO-TRADICIONAL DEL DERECHO SUBJETIVO.— Entre ambas posiciones extremas y antagónicas, es posible mostrar una tercera —*in medio veritas*— que sin desorbitar el derecho subjetivo lo reconoce en cuanto tiene de legítimo.

Esta doctrina está influida directamente por la *naturaleza social* y el *fin personal* del hombre, como ya lo insinuara Aristóteles y lo dilucidaran acabadamente los filósofos cristianos de la alta Edad Media, en especial Santo Tomás de Aquino.

23. EXPOSICIÓN.— Entre todos los seres creados no hay otro, desde cierto punto, tan desvalido como el hombre, ni otro que sea destinado al goce de un Bien tan excelente. Si cuando nace queda librado al cuidado de sus padres, reunidos para ello en la sociedad familiar, el crecimiento no lo independiza de los demás. Su subsistencia material (siembra, cultivo, cosecha de los alimentos), su indumentaria (fabricación de hilados, tejidos, confección de vestimentas), su albergue (industrias diversas de la construcción) revelan cómo está supeditada la vida del individuo humano al esfuerzo ajeno.

La misma indigencia se observa en cuanto a sus necesidades morales. El lenguaje, elaborado por los demás, constituye un precioso instrumento de su inteligencia. El conocimiento científico de las cosas se basa en el esfuerzo acumulado por generaciones y generaciones que se han transmitido el acervo cultural.

Estas consideraciones explican esa tendencia ingénita del hombre a vivir en sociedad, ese apetito de sociabilidad que arraiga en la intimidad de su ser, o sea la *naturaleza social del hombre*, por la cual Aristóteles lo definía como un ser sociable o gregario —*zoon politikon*—.

Pero la vivencia en sociedad, con ser un presupuesto indispensable, no agota las posibilidades humanas. El *fin del hombre* no se resume en la colectividad, sino en el cumplimiento de su destino personal, temporal y eterno. Vive para desenvolver sus aptitudes, físicas y espirituales, y con ello alcanzar las satisfacciones que la vida le brinda. Pero su ser indigente y ávido de felicidad no se complace plenamente

en bien natural alguno, y se siente atraído por un Bien, el más excelente, del cual todos los bienes temporales no son sino un parcial y pálido trasunto, Sumo Bien que nuestra inteligencia descubre como consubstancial en Dios. Dice Garrigou Lagrange que "todas las cosas de nuestro mundo, con su movimiento, sus cambios, no meramente corporales, sino también espirituales, en los hombres; con su existencia, que debe derivar de una causa eficiente primera; con la jerarquía y el orden que reina entre los seres, pregonan y anuncian a la inteligencia la existencia de un Ser Absoluto, causa de lo relativo y contingente; de un Ser Increado, causa del orden creado; de un Término, causa de toda finalidad y reposo de todo movimiento; de una Eternidad en la que se pierde la angustia que el tiempo causa".²⁷

El hombre no puede alcanzar su *fin propio*, ya temporal, ya eterno, si no es por medio de la libertad: es un imperativo, por lo demás sublime, de su naturaleza racional. Dice Vermeersch que "toda persona es inviolable en cuanto tiende a su fin. Pero no se puede conseguir el fin si no se dispone de los medios necesarios. Si la consecución del fin es inviolable, esto exige la facultad inviolable de hacer u obtener que algunas cosas se ordenen al fin como medios de conseguirlo. . . Esa facultad inviolable es la que se llama derecho".²⁸

24. — Es la noción del fin del hombre la que justifica y jerarquiza el concepto de derecho subjetivo y califica al recto uso de la libertad individual. La necesidad de usar los medios adecuados para el logro de nuestro fin, genera el derecho de posesión de esos medios, el derecho de excluir a toda otra persona en su uso si por su índole es de atribución exclusiva, y el derecho de encaminar u orientar esos medios a la obtención del fin del hombre, que es también la plenitud de su dimensión personal. De aquí surge una esfera de actividad inconfundible del ser humano, que debe quedar resguardada de la ingerencia extraña y confiada en su dinamismo a la gestión personal, que no podrá sino ser *justa* en tanto se ordene al fin propio del hombre. Es claro que esta elaboración de lo propio de cada cual, ya implicada en la clásica definición de Ulpiano acerca de la justicia —constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo—, este concepto de lo

²⁷ R. Garrigou Lagrange, *Dieu, son existence et sa nature*, París, 1923, pp. 226 y ss.

²⁸ Vermeersch, *Cuestiones acerca de la justicia*, p. 18.

propio de cada cual o *lo suyo*, no constituye una receta que permita por sí sola resolver fácilmente cualquier cuestión que se plantee en la atribución de bienes, o en las limitaciones y posibilidades de los derechos subjetivos. Pero sí es un criterio de valoración, un principio orientador de todo conocimiento jurídico.²⁹

Aquí se toca la esencial diferencia que media entre la teoría de Duguit y la doctrina tradicional que se acaba de exponer. Pues si el hombre, como dice aquel autor, carece de derechos subjetivos, y sólo es sujeto de deberes derivados de funciones sociales, queda en el uso y disfrute de los bienes librado a la inteligencia y alcance que la sociedad —o sea los hombres que comandan el Estado— asigne a la función que cada individuo desempeña. Así, un cambio en la orientación del Estado puede preservar para el conjunto la posesión de los bienes y aun abrogar la institución familiar de base monogámica, dando nacimiento a un régimen comunista integral, sin que sea dable objetar tal degradación del orden jurídico, desde la posición doctrinaria en que Duguit se ubica.

Por el contrario, la doctrina cristiano-tradicional pone en la base de la organización jurídica, no la función social —sin desconocer que ella exista—, sino el fin del hombre, que está fuera del arbitrio individual o colectivo. Consiguientemente es en orden a ese fin que han de reconocerse al hombre los derechos que le sirvan no sólo para obtener la satisfacción de sus necesidades y afirmación de su vida, sino también de aquellos que integran su contorno o “convivencia” y que como el cónyuge o los hijos, en cierto modo completan y prolongan su propia personalidad. La sociedad debe respetar y hacer respetar tales derechos porque, como dice el Papa León XIII, “si los ciudadanos, si las familias al formar parte de una comunidad, hallasen en vez de auxilio, estorbo, y en vez de defensa, disminución de su derecho, sería más bien de aborrecer que de desear la sociedad”.³⁰

²⁹ Conf. J. M. Bargalló Cirio, *op. cit.*, p. 194; T. D. Casares, *La justicia y el derecho*, 2ª ed., p. 129 y ss.

³⁰ Encíclica “*Rerum novarum*”, nº 10, “in fine”.

25. **MORAL Y DERECHO.** — La necesidad de distinguir el derecho y la moral servirá para poner de relieve una nota que corresponde al primero que todavía no ha sido suficientemente esclarecida en las nociones que hasta aquí hemos desarrollado. Nos referimos al “bien común”.

Durante largo tiempo en la historia de los pueblos han permanecido entremezclados y confundidos el Derecho, la Moral y la Religión. En las sociedades antiguas esto era muy notorio y todavía en Grecia subsiste la indiscriminación de los conceptos. En Roma aparece la distinción entre Moral y Derecho, como lo prueba la célebre frase de Paulo: “non omne quod licet honestum est”, pero no hay todavía una clara delimitación de esas nociones.

El Cristianismo fijó desde un principio una adecuada distinción entre Moral y Derecho sin incurrir en una separación inaceptable. El racionalismo, en cambio, formuló una separación radical entre el orden jurídico y el orden moral. Como un brote de la Reforma Protestante se inicia esta tesis con Grocio y Puffendorf, alcanza una apariencia científica con Thomasio y llega a sus últimas consecuencias con Kant y Fichte.

Para Kant, la Moral comprende el orden del fuero interno, de la libertad incondicionada, en tanto que el Derecho sólo tiene por objeto la coexistencia de la libertad de cada uno con la libertad de los demás, según una ley universal de libertad. De aquí que, según este autor, el Derecho se atenga sólo al resultado de las acciones sin ocuparse de los móviles que las han guiado y de aquí que pueda darse un *orden jurídico inmoral*, o lo que es lo mismo hechos justos, o conformes al derecho, que en esto queda la justicia kantiana, reprobados por la Moral y viceversa. Así queda el Derecho vaciado de todo contenido moral.

Que el Derecho no se ocupa de los móviles de los actos humanos es rotundamente falso, como se advierte especialmente en lo relativo a las teorías de la *responsabilidad* y del *acto jurídico*. Aun tratándose de un simple hecho material,

como la posesión, se examina para caracterizarla el "ánimus" del sujeto, por lo que bien ha podido decirse que ninguna apreciación jurídica es posible sin remontar a la intención.³¹

Por otra parte, ni metafísica ni psicológicamente es posible separar el Derecho y la Moral, que tienen el mismo objeto material, la conducta humana; la misma finalidad, el bien o felicidad del hombre; el mismo sujeto, el ser humano; y el mismo origen, la libertad del hombre. Los actos internos caen bajo la esfera del Derecho en cuanto son antecedente indispensable de los actos externos y, en cierta medida, criterio para juzgar a éstos.

Pero si no cabe la separación radical de los órdenes jurídico y moral procede efectuar su distinción. En efecto, si bien Moral y Derecho tienen el mismo *objeto material*, que es la actividad humana, difieren en cuanto a su *objeto formal*, es decir, en cuanto al enfoque con que encaran esa actividad. La Moral rige la conducta en mira inmediata del bien de la persona individual, el Derecho la rige en vista del "bien común", o sea la instauración de un orden social que promueva la perfección natural del hombre y no dificulte la obtención del fin último de éste. La Moral encauza los actos humanos hacia el Bien, el Derecho los encauza inmediatamente a la obtención de bienes naturales y sólo mediata y pasivamente al logro del Bien.

La medida del derecho, entonces, no es directamente el bien de la persona, sino la justicia entendida objetivamente como la proporción entre las exigencias de la persona —criatura racional— y los bienes aptos para proveer a dichas exigencias en vista de la consecución de los fines humanos.

26. — Por esta identidad de objeto material de la Moral y el Derecho se comprende la íntima vinculación que hay entre ambas disciplinas. Por otra parte la consideración del objeto formal de ambas disciplinas impone que la vinculación se establezca en términos de subordinación del Derecho respecto de la Moral. Porque no hay "bien

³¹ Del Vecchio, Dabin, citados por P. Roubier, *Théorie Générale de Droit*, París, 1946, p. 35.

común" posible, a que tiende el Derecho, si no se respeta y salvaguarda el "bien personal" de los individuos que integran la sociedad. Pues si se instaurase un orden social que lesionara el "bien personal" ya no reinaría el "bien común".

Para que se comprenda bien el alcance de esta dependencia del bien común respecto del bien personal, ha de distinguirse en cuanto a éste el bien de la persona y el bien del individuo. Sin duda el bien común puede requerir y frecuentemente requiere el sacrificio del bien del individuo como parte del todo que es la sociedad, pues siendo la sociedad la natural agrupación de los individuos no han de pretender afirmar éstos su individualidad a riesgo de quebrantar la sociedad y con ello arruinar la misma naturaleza de su ser. Por esto dice Santo Tomás que "el bien de la multitud es mucho más grande y más divino que el de uno solo".³² Pero esto ha de entenderse en tanto no esté en juego el "bien personal", es decir, aquel bien que necesita el hombre para el despliegue de su dimensión personal y en definitiva para lograr su fin último, su destino sobrenatural: éste es negocio entre el alma y Dios que no puede ser interferido por la consecución de bien social alguno por eminente o importante que sea para la sociedad.

No será "bien común", aunque lo parezca, aquel que exija el sacrificio del "bien personal", que es inviolable y sagrado en cuanto constituye el designio final de la obra de Dios que es la creación del hombre.

En suma, el "bien individual" puede y debe ser postergado en el eventual conflicto para que sea logrado el "bien común", pero a condición de que aquél no lleve aparejado un "bien personal", pues si así fuera no resultaría el bien común de tal postergación.^{32 bis}

La distinción efectuada precedentemente se apoya en la de individuo y persona, según Santo Tomás. El "individuo" es el ser en cuanto distinto de otro de la misma naturaleza. La "individuación" es lo que hace que una cosa difiera de otra cuya naturaleza comparte. La "persona" es un todo independiente, dotado de inteligencia y voluntad, un foco de actividad pasible de imputación, de mérito y de culpa, destinado a vencer al tiempo en la eternidad de la gloria.

Algunos ejemplos pueden ilustrar convenientemente la distinción. Si se trata de la explotación de los bienes materiales, el "bien común" puede imponer un cercenamiento mayor o menor de las facultades del propietario y consiguientemente una disminución o postergación del "bien individual" de éste. Pero si se trata de la educación del hombre no ha de tolerarse la imposición ineludible de una cierta concepción

³² Santo Tomás, *De regimine principum*, libro I, cap. IX.

^{32 bis} Conf.: Pío XII, Radiomensaje de Pentecostés del 1º de junio de 1941, en Encíclicas Pontificias, colección completa 1832-1959, Ed. Guadalupe, Bs. As., t. II, p. 1580, nº 15.

de ideas elegidas por el Estado, es decir, por quienes comandan la sociedad, porque ello podría frustrar el "bien personal" consistente en el acceso a la verdad.^{32 ter}

27.— Para terminar estas nociones relativas a las vinculaciones entre Moral y Derecho, agregaremos que Josserand no distingue las fronteras de uno y otro orden, que según él no han existido sino en la imaginación de los autores, pues el Derecho no sería otra cosa que la moral social, la moral en acción, "la moral en la medida que es susceptible de coerción".³³ Por su parte Ripert no cree que haya una diferencia de naturaleza entre Moral y Derecho, pues entiende que éste aun en sus partes más técnicas es siempre dominado por la ley moral, siendo en función de una cierta moral y para realizar sus directivas que las reglas de derecho son impuestas.³⁴

Esta verificación demuestra la compenetración existente entre ambos órdenes, pero desde que se habla de dominio de uno sobre otro se concede también la distinción conceptual de uno y otro.

27 bis. PENETRACIÓN DEL FACTOR MORAL EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO: TEXTOS DEL CÓDIGO CIVIL.— Una buena demostración de la sabiduría de nuestro codificador se obtiene por la verificación de la penetración del factor moral en el Código Civil argentino. Desde luego, Vélez Sársfield no confundió ambos órdenes, el moral y el jurídico. Pero al elaborar las normas jurídicas siempre atendió a las directivas morales para que aquellas no pudieran conspirar al desarraigo de éstas. Ello aparece con evidencia en el tratamiento del contenido moral del acto jurídico (*infra*, t. II, núms. 1465 y ss.); en la elevación a la categoría de valores irrenunciables, que los particulares no pueden desconocer en sus convenciones, a los que hacen al "orden público y a las buenas costumbres", art. 21 (Acercas de la identificación de la noción de buenas costumbres con la moral, remitimos a lo dicho *infra* n° 1465); y en la regulación de la sanción de nulidad absoluta, con todo lo que ello implica, que recae sobre los actos jurídicos violatorios del orden moral (conf. art. 1047, véase *infra*, t. II, núms. 1890-1892 y 1971 y ss.).

27 bis 1. APLICACIONES JURISPRUDENCIALES: REMISIÓN.— La jurisprudencia de los tribunales ha tenido numerosas oportunidades para señalar esa preeminencia de la moral, toda vez que los particulares han

^{32 ter} Sobre estos desarrollos, ver Maritain J., *Para una filosofía de la persona humana*, Bs. As. 1937, pá. 148 y ss., especialmente p. 174.

³³ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, París, 1927.

³⁴ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, núm. 13-18.

pretendido, con desmedro de ella, procurar la obtención de sus designios mediante la realización de actos jurídicos. Como hemos tratado esos fallos en el t. II, nº 1466, remitimos a lo dicho en ese lugar.

27 bis 2. MORAL, BUENAS COSTUMBRES Y BUENA FE: DIRECTIVAS CONSAGRADAS POR LA LEY 17.711. — En este orden de materias, la ley 17.711, que introdujo trascendentes reformas en el Código Civil, ha acentuado esa penetración de la moral en el ordenamiento jurídico, como se lo advierte a través del principio que veda el *abuso de derecho* (conf. nuevo art. 1071, véase *infra*, nºs. 1265 bis y 1285); de la vivencia de la *equidad* que está latente en varias de las soluciones logradas por aquella ley (*infra*, nº 85 bis); de la importancia que se ha concedido al principio de *buena fe* erigido en criterio clave de celebración, interpretación y ejecución de los contratos (conf. nuevo art. 1198, primera parte); y de la consideración de la *lesión* como vicio del acto jurídico (véase *infra*, t. II, nº 1475 bis).

28. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO. — Ambos conceptos integran el que ya se ha dado del derecho. Pues si éste es el ordenamiento social justo, el “derecho natural” constituye el meollo o núcleo de ese ordenamiento que conforme a la naturaleza humana tiende a la instauración de la justicia en la sociedad, y el “derecho positivo” es la *positivación* o concreción del derecho natural, es decir, la traducción del derecho natural y su adaptación a las circunstancias sociales concretas de un momento histórico determinado, “*hic et nunc*”.

En tanto que el *derecho positivo* es el orden que procura una aproximación creciente a la Justicia, el orden que tiende a su perfección sin alcanzarla por completo, el *derecho natural* es la orientación de esa transformación, de ese dinamismo; es el atractivo de la Justicia. Por esta relación entre ambos órdenes es dable comprender el derecho positivo —es el pensamiento de Renard— como la interpretación del derecho natural influida por: 1º, las condiciones del medio social; 2º, las posibilidades de la coacción, y 3º la preocupación de consolidar el orden establecido.

El derecho natural ejerce sobre el derecho positivo una *doble* acción. Una acción *negativa* que tiene el sentido de una

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

Por esa influencia del Derecho Natural sobre el Derecho Positivo la historia jurídica muestra un continuo deslizamiento de las nociones generales de justicia y moral social hacia el derecho positivo. Recuérdense los ejemplos que suministra el derecho romano con la "actio doli" y el derecho contemporáneo con el reconocimiento de la propiedad intelectual: es que el progreso del derecho positivo se realiza mediante una invasión progresiva de la moral social.

29.—Desde la antigüedad se ha admitido la concepción de un orden jurídico válido para todos los pueblos y épocas, superior a las determinaciones contingentes de los hombres y cuyo imperio persiste aún contrariando las normas positivas sancionadas por los gobernantes. Recuérdese la respuesta de Antígona cuando el tirano Creón le reprochaba haber transgredido el edicto que prohibía la sepultura de Polínice, hermano de aquélla: "Es que Zeus no ha hecho esas leyes, ni creía que tus edictos valiesen más que las leyes no escritas e inmutables de los dioses, puesto que tú eres tan sólo un simple mortal. Inmutables, no de hoy ni de ayer, y eternamente poderosas, y nadie sabe cuándo nacieron. No quiero por miedo a las órdenes de un solo hombre merecer el castigo divino".³⁵

Es lo que escribía concordantemente Cicerón: "Hay una ley verdadera, la recta razón inscrita en todos los corazones, inmutable, eterna, que llama a los hombres al bien por medio de sus mandamientos y los aleja del mal por sus amenazas; pero que sea que ordene o prohíba, nunca se dirige en vano a los buenos ni deja de impresionar a los malos. No se puede alterar por otras leyes, ni derogar alguno de sus preceptos, ni abrogarla por entero; ni el Senado ni el pueblo pueden librarnos de su imperio; no necesita intérprete que la explique; es la misma en Roma que en Atenas, la misma hoy que mañana, y siempre

³⁵ Sófocles, *Antígona*, V. 446.

una misma ley inmutable y eterna que rige a la vez a todos los pueblos y en todos los tiempos. El universo entero está sometido a un solo amo, a un solo rey supremo, al Dios todopoderoso que ha concebido, meditado y sancionado esta ley; desconocerla es huirse a sí mismo, renegar de su naturaleza, y por ello mismo padecer los castigos más crueles, aunque se escape a los suplicios impuestos por los hombres".³⁶

A esta enseñanza de Cicerón la denominaron los juristas romanos posteriores "doctrina del derecho natural" y aparece en la Instituta de Justiniano concebida en los siguientes términos: "los derechos naturales, que existen en todos los pueblos, constituidos por la providencia divina permanecen siempre firmes e inmutables".³⁷ Pero fue luego que alcanzó mayor y más convincente desarrollo, y culminó en la exposición de S. Tomás de Aquino, Francisco Suárez y Domingo Soto, pasando a ser la teoría de la Iglesia con la explícita confirmación del Pontificado. En nuestro tiempo ha encontrado numerosos y renovados expositores, tales como Renard, Lachance, Dabin, Deploigé, Leclerc, Catherein y entre nosotros Casares, Bargalló Cirio y Zorraquín Becú.

30. — La *doctrina del derecho natural*, que remonta a tan ilustres orígenes, da un fundamento firme al orden jurídico que consiste en la comprensión de la naturaleza racional y social del hombre y no en la pura voluntad de éste, la cual es inepta para justificar la imperatividad de la norma. En efecto, ¿cuál razón podría legitimar, en conciencia, que un grupo de hombres —gobernantes, mayoría electoral— impusiesen su criterio sobre los demás, si no fuese por su concordancia con los principios superiores que rigen la conducta? Conviene recordar con León XIII que la sociedad "así como no engendró a la naturaleza humana, tampoco crea el bien que le es conveniente, ni el mal que se le opone; sino más bien son anteriores a la misma sociedad y proceden enteramente de la ley natural".³⁸ Por ello dice Zorraquín Becú que "hay normas superiores a la voluntad humana y a la misma comunidad que deben guiar el establecimiento del derecho sirviéndole de fundamento racional. Y la conformidad entre éste y aquéllas torna obligatorio el derecho positivo, que de otro modo sería la imposición de una voluntad sobre otra.

³⁶ Cicerón, *De republica*, libro III, XXII.

³⁷ Justiniano, *Institutas*, I, II, 11.

³⁸ León XIII, *Encíclicas Libertas*, n.º 10, del 20 de junio de 1888.

A la fuerza como base del derecho se sustituye ese fundamento legítimo que a la vez permite encauzarla y limitar sus posibles excesos".³⁹

Conviene agregar que los principios del derecho natural no son el producto de una interpretación subjetiva sino un conocimiento objetivo que obtiene la razón de la consideración de la naturaleza racional y social del hombre. Hay una primera intuición en nuestra conciencia que nos permite discernir el bien del mal y la consiguiente ordenación de la razón que nos urge a hacer lo primero y eludir lo segundo. De aquí se sigue, en la consideración del bien común, que no es el de Juan o Pedro sino el de todos y cada uno simultáneamente, que hay una primera noción de lo justo y de lo injusto, por confusa que sea, que está presente en nuestra conciencia. Es a ella a la que alude el Papa Pío XI en la encíclica "Mit brennender sorge" cuando dice que "el derecho natural está impreso por el dedo mismo del creador en las tablas del corazón humano y la sana razón no obscurecida por pecados y pasiones es capaz de descubrirlo".

30 bis. — Ahora bien; ¿cuáles son las normas que el derecho positivo debe estructurar en un momento dado y bajo la égida del derecho natural para ordenar y organizar la actividad humana?

Antes de dar una respuesta a esta delicada cuestión conviene tener presente la advertencia de Santo Tomás de Aquino a los estudiantes de la Universidad de París, en el siglo XIII: "Una inteligencia bien disciplinada, bien organizada, no debe pedir a las cosas mayor certidumbre que la que en sí mismas llevan. La certidumbre no puede ser tampoco tan grande en una materia contingente y variable como lo es en una materia necesaria y sin variación. La cualidad de un buen estudiante es la de no exigir una certidumbre mayor que la que conviene a la materia de que se trata y de no contentarse tampoco con una certidumbre menor".⁴⁰

Aleccionados con esta enseñanza sin par, podemos responder aplicando a la cuestión ese mismo criterio: se trata de un asunto que depende de las oportunidades y de las circunstancias de tiempo y lugar

³⁹ R. Zorraquín Becú, *El derecho y la justicia*, "Rev. Fac. de Derecho y Ciencias Sociales", julio-agosto 1950, p. 904.

⁴⁰ S. Tomás, *I Ethica*, lección 3ª.

apreciadas con un sentido político en el saludable significado de esta expresión, con eso que Renard llama simplemente "buen sentido" que es la virtud específica del jurista, imposible de aprisionar en fórmulas ni de reducir a una suerte de ecuación matemática.

Conviene estar prevenido contra la tendencia que consiste en querer mecanizarlo todo a fin de suprimir cualquier apreciación subjetiva. Porque no hay maquinaria alguna que dispense al jurista de la carga y de la responsabilidad personales que le incumben, de determinar en un momento dado qué concepciones son buenas para incluir en el articulado de la ley o en doctrina de derecho positivo.

Pero este asunto de la "conversión" del derecho natural en derecho positivo *también depende* de la idoneidad del instrumento de que se disponga para ese cometido. Porque —previene Renard— es preciso reflexionar sobre la *imperfección*, a veces grosera, de la herramienta de que nos servimos para traducir la Justicia y poner las realidades sociales a su servicio. Es el caso del forjador de un vaso de cristal que advirtiendo un grano de polvo en el fondo del recipiente si no dispone del delicado instrumento adecuado para la extracción del cuerpo extraño no intentará la operación y se resignará a tolerar la impureza para no quebrar el cristal. De semejante manera la capacidad del derecho positivo para traducir eficientemente el derecho natural está limitada por su función coercitiva, pues no puede preceptuar útilmente sino en la misma medida en que puede constreñir. Y no puede constreñir sino en la medida de que disponga de la técnica adecuada para ello. Por tanto la técnica jurídica indica el límite de la posible incorporación del derecho natural al derecho positivo.

No sería prudente —y la prudencia es la virtud que rige las ciencias morales— querer encerrar todo el derecho natural en el régimen del derecho positivo, pues falta el instrumental técnico adecuado. Cuanto más se perfeccione la técnica jurídica mejor podrá absorberse en el derecho positivo las ideas incluidas en el derecho natural. Pero la perfección no es propia de los hombres que han de conformarse modestamente con una tolerable medianía. Lo mejor suele ser enemigo de lo bueno y por ello el derecho positivo se conforma con una adaptación de la Justicia a la circunstancia histórico-social concreta, bastante mediocre.

31. LAS RAMAS DEL DERECHO POSITIVO. — Entendido el derecho positivo como el *conjunto de normas aplicadas coercitivamente por la autoridad pública*, es menester agrupar científicamente tales normas para realizar el estudio de ellas. De ahí surgen las ramas del derecho positivo.

32. — La más amplia clasificación, que remonta al derecho romano, opone el derecho público al privado. Para los romanos “*públicum jus est quod ad statum rei romanae spectat*”, y “*privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*”,⁴¹ es decir, que la distinción se basa en el interés protegido por el derecho: el derecho público se refería al estado y a la cosa pública —o romana— en tanto que el derecho privado tomaba en cuenta lo pertinente a la utilidad de los particulares.

Modernamente se han dado otros criterios.⁴²

a) Según la primera opinión lo típico del derecho público sería referirse a relaciones de *subordinación*, mientras el derecho privado organiza la *coordinación* de sujetos ubicados en situación de paridad. De ahí que al primero corresponda la justicia *distributiva* y al segundo la *conmutativa*.

Esta interesante tesis, desenvuelta por Gurvitch y por Radbruch, presenta el grave inconveniente de dejar al derecho internacional público al margen del criterio preconizado.

b) La segunda opinión persiste en el criterio romano que toma en cuenta la distinción de los intereses cuya satisfacción el derecho procura. Es todavía la que siguen Planiol y Josserand. Pero observa Roubier que la mayor parte de las instituciones se ordenan al interés general,⁴³ o más exactamente, al “bien común”. Por lo demás, nos parece, las instituciones públicas no son fines que valgan por sí mismos, sino medios al servicio de las personas humanas.

c) La opinión hoy en boga toma en cuenta la calidad de los sujetos de derecho. Si la norma alude al Estado como poder público es de derecho público, si se refiere a sujetos que obran desprovistos de todo carácter de soberanía política es de derecho privado.

d) Finalmente hay algunos autores que niegan el carácter científico de la distinción.

Para nosotros el punto de vista verdadero recoge las dos tendencias últimamente expuestas. La oposición entre derecho público y privado no responde a una diversidad esencial, pues el concepto de derecho es uno solo. Pero, con todo, la diferenciación sobre la base de la calidad de los sujetos de derecho, es útil para un ordenado conocimiento de las instituciones jurídicas. La división, entonces, sólo tiene un sentido pragmático y didáctico.

⁴¹ Ulpiano en el Digesto, libro I, tít. 1º, fr. 1, párr. 2.

⁴² Véase P. Roubier, *Théorie générale du droit*, París, 1946, nº 29, ps. 243 y ss.; F. de Castro y Bravo, *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 1957, ps. 14-23.

⁴³ P. Roubier, *op. cit.*, p. 248.

33.— Las principales *divisiones* del *derecho público* son:

a) *Derecho constitucional*. Es el que organiza los poderes, atribuciones y deberes del Estado en sí mismo y en su relación con los gobernados (faz estática).

b) *Derecho administrativo*. Es el que organiza el funcionamiento de la administración pública (faz dinámica).

c) *Derecho penal*. Determina la represión de los hechos que ponen en peligro la digna subsistencia de la sociedad.

d) *Derecho Internacional Público*. Es el que rige las relaciones de los Estados extranjeros, entre sí.

e) *Derecho eclesiástico*. Según De Ruggiero es el conjunto de normas que regulan las relaciones de la Iglesia Católica con el Estado.

34.— Las principales *divisiones* del *derecho privado* son:

a) *Derecho Civil*, que como tronco común es el fondo residual subsistente después de los diversos desmembramientos ocurridos en el curso de la historia.

b) *Derecho Comercial*. Es el que rige las relaciones de los comerciantes y determina las consecuencias de los actos de comercio.

c) *Derecho del Trabajo*. Rige las relaciones entre patrones y obreros.

d) *Legislación Rural*. Es la que rige las relaciones de vecindad rural y resuelve las dificultades provenientes de la explotación agrícola-ganadera.

35.— En lugar aparte ha de mencionarse el *Derecho Procesal*. Según Borja es público o privado, en función del procedimiento de

que se trate.⁴⁴ Para Arauz Castex “no es ni uno ni otro”, está fuera de esta clasificación “pues tiene naturaleza instrumental”.⁴⁵ Para Roubier es un derecho mixto abstracto, por oposición al derecho profesional, o de las profesiones, que este autor clasifica como derecho mixto concreto, entendiendo por derecho mixto al compuesto por elementos heterogéneos.⁴⁶

§ 2. El concepto de derecho civil. Dominio de aplicación. Conexión con otras disciplinas jurídicas y ciencias sociales.

36. ETIMOLOGÍA. — La palabra “civil” con que se define esta rama del derecho, proviene del latín “civile”. En Roma se distinguía el “jus naturale” que era común a todos los hombres sin distinción de nacionalidad y el “jus civile” que era el derecho propio de los ciudadanos romanos. La ciudad o “polis” en griego, era noción equivalente a lo que hoy denominamos “Estado”, con lo cual el “derecho civil” se refería al derecho vigente en Roma y comprendía normas de derecho público y privado.

37. DERECHO PRIVADO. — Con la invasión de los germanos y la caída del Imperio Romano de Occidente, los invasores introdujeron sus propias leyes referentes a la organización de las nuevas naciones. Por ello las normas de derecho público incluidas en el “jus civile” perdieron vigencia siendo sustituidas por las nuevas introducidas por los germanos y quedando reservada la denominación de aquél para las normas de derecho privado que seguían subsistentes. Desde entonces, en un sentido lato, se identifica el derecho civil con el derecho privado.

En el curso de la Edad Media adquirieron vigencia los “cánones” o reglas de la Iglesia dictadas para regir relaciones nuevas suscitadas por la actividad propia de la Iglesia o relaciones antiguas, como las referentes al matrimonio de los bautizados, que desde ya dejaron de ser reguladas por el derecho civil. Por entonces, el “derecho civil” aludía al derecho privado de origen romano, por oposición al “derecho canónico” que se originaba en la jurisdicción reconocida a la Iglesia,

⁴⁴ Borda G. A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, 3ª ed., I, n° 17.

⁴⁵ Arauz Castex M., *Derecho Civil, Parte General*, t. I, n° 9, p. 16.

⁴⁶ Roubier P., *op. cit.*, p. 264.

siendo frecuente que quienes seguían estudios jurídicos se doctorasen en ambos derechos, "in utroque jure".

38. LOS DESMEMBRAMIENTOS ULTERIORES. — La comprensión que incluía todo el derecho privado en la denominación de "derecho civil", no perduró. Hacia el final de la Edad Media los comerciantes o navegantes del Mar Mediterráneo, dejaron de regirse por el "jus civile" para atenerse a sus propias normas consuetudinarias luego condensadas por escrito en las Tablas de Amalfi o el Rol de Olerón, que dieron origen al Derecho Comercial como rama separada del viejo tronco del Derecho Civil.

Posteriormente se produjo otro desmembramiento. En la Edad Moderna el procedimiento ante los jueces dejó de ceñirse al "jus civile" ajustándose a las prácticas forenses que se habían ido formando y a las que dio valor de ley escrita la ordenanza de Colbert, del siglo XVII. Con ello quedó formado el Derecho Procesal como disciplina independiente del Derecho Civil.

En la Edad Contemporánea han ocurrido nuevas segregaciones. Las relaciones entre patrones y obreros, englobadas en la llamada "cuestión social", desbordaron el marco del viejo derecho y requirieron nuevas estructuras que constituyeron el Derecho Laboral o del Trabajo.

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

El dominio de aplicación del Derecho Civil se ejerce a través de cuatro instituciones fundamentales, entendiéndose por "institución" un complejo orgánico de disposiciones de derecho:

a) **PERSONALIDAD.** — El derecho de la personalidad considera a la persona en sí misma y organiza su desenvolvimiento en la sociedad, estableciendo las condiciones bajo las cuales el ser humano o los nucleamientos de hombres son considerados sujetos de derecho.

Es dable efectuar dentro de este sector las siguientes subdivisiones: 1º Existencia e individualización de las personas físicas; 2º Capa-

cidad de las personas físicas y sus variaciones; 3º Existencia, individualización y capacidad de las personas morales.

No es necesario advertir cómo esta institución ejerce su influencia dominante sobre todas las otras.

b) **FAMILIA.** — El derecho de familia rige la organización de la sociedad primaria en que el hombre nace y se desenvuelve, y define dentro de la comunidad familiar el estado de cada uno de sus miembros.

Sus principales divisiones son: 1º El matrimonio, normas de celebración, efectos en cuanto a las personas y a los bienes, sanción, disolución; 2º La filiación, que en nuestro derecho puede ser legítima,⁴⁷ extra-matrimonial o adoptiva; 3º El parentesco; 4º La patria potestad, la tutela y la curatela.

c) **PATRIMONIO.** — El derecho patrimonial rige las relaciones derivadas de la apropiación de la riqueza y del aprovechamiento de los servicios.

Se divide en: 1º Derechos reales; 2º Derechos de las obligaciones o personales; 3º Derechos intelectuales.

d) **HERENCIA.** — El derecho hereditario rige las transmisiones de bienes "mortis causa": sucesión ab-intestato, testamentaria, legados, legítima, etc.

Se hace cargo de la índole perezcedera de la criatura humana y dispone la suerte de las relaciones jurídicas luego del fallecimiento de

⁴⁷ Después de la sanción de la ley 14.367 se ha generalizado entre los autores la tendencia a considerar derogada la calificación de legítima o ilegítima respecto de la filiación. Pero la ley no ha subsumido en una sola las anteriores filiaciones legítima e ilegítima, sino que manteniendo el doble "status" (ver p, ej., arts. 8 y 9 de dicha ley) ha suprimido "las discriminaciones públicas y oficiales entre los hijos nacidos de personas unidas entre sí por matrimonio y de personas no unidas entre sí por matrimonio y las calificaciones que la legislación vigente establece respecto a estos últimos" (art. 1º, ley 14.367). Obsérvese que la ley no ha suprimido la calificación "legítima" de la filiación, sino las "calificaciones que la legislación" establecía respecto de los hijos nacidos de personas no unidas entre sí por matrimonio, o sea las calificaciones "natural", "adulterina" e "incestuosa" (conf. art. 342, Cód. Civil, que ha quedado derogado). En cuanto a la ausencia de discriminaciones públicas y oficiales se traduce en lo dispuesto en el art. 5º de la misma ley sobre expedición de certificados de nacimiento en forma que no conste la calidad de la filiación. Por tanto sigue siendo legalmente correcta la denominación "legítima" para calificar la filiación de ese carácter. Conf. Fassi Santiago E., su nota en L. L., t. 107, p. 90, nº 12. Sin embargo, el actual art. 240 dispone: "La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este código."

las personas entre las cuales se anudan, o de alguna de ellas. Pone en especial conexión a la institución de la familia con la institución del patrimonio.

40. CONEXIÓN DEL DERECHO CIVIL CON OTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS.— Ya por una razón de orden histórico, en cuanto el derecho civil ha sido el núcleo fundamental del cual se han ido separando los demás ordenamientos especiales, ya por esa unidad esencial del derecho que comunica a las diversas ramas entre sí, muy grande es la conexión existente entre el derecho civil y las demás disciplinas jurídicas, respecto de las cuales aquél sigue siendo el manantial inagotable al que se acude en búsqueda de orientación a falta de una norma expresa o implícita que contemple la situación. Esto revela que las otras ramas no tienen completa autonomía y siguen dependiendo en cierta medida del Derecho Civil, como se advierte en lo dispuesto por el art. 1º del Título Preliminar del Código de comercio: “En los casos que no están especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil”.

Especialmente estrecha es la relación existente entre el derecho civil y el derecho procesal, puesto que siendo el objetivo de este último la efectividad de los derechos subjetivos mediante su adecuado reconocimiento en justicia, se comprende el cuidado con que habrán de organizarse las reglas procesales para que no resulten prácticamente desvirtuados los derechos que las normas de fondo reconocen.

Por esa función que el derecho civil cumple respecto de las demás disciplinas jurídicas es también llamado “derecho común”. Es que en verdad el derecho civil se ocupa del hombre como tal sin atender a particularidad alguna que le pueda comunicar la profesión u otra circunstancia discriminatoria.

41. CONEXIÓN CON OTRAS CIENCIAS SOCIALES.— El derecho presenta vinculaciones muy íntimas con la Historia, la Economía, la Sociología y la Moral:

a) La *Historia* constituye un instrumento indispensable para el jurista, pues para conocer acabadamente un ordenamiento jurídico dado es imprescindible saber de sus antecedentes, cómo ha venido a ser

lo que es, cuál es el rumbo histórico que desde ya sugiere el modo de colaborar en el advenimiento del futuro. He aquí el papel de la Historia del Derecho que no se concibe sin el conocimiento de toda la Historia.

También reviste importancia la Historia en el conocimiento de las fuentes de un Código determinado.

b) Asimismo existe una conexión grande entre el derecho y la economía. Según una frase de Carnelutti "el derecho es un puente entre la economía y la ética" con lo cual se quiere significar que los fenómenos económicos que se orientan a la satisfacción de las necesidades humanas, han de ser regulados por el derecho en vista de exigencias éticas. Pero para poder disponer esa regulación que subordina lo económico a lo ético es indispensable previamente el conocimiento de los factores económicos a fin de constituir a éstos en *objetos* del derecho. No ha de olvidarse que una regulación jurídica deficiente, por ejemplo un estatismo exagerado, puede perturbar el desarrollo económico y con ello dañar al individuo y a la sociedad. Pero no debe erigirse el factor económico en clave de la organización jurídica —tal el error del marxismo o del liberalismo económico— porque no ha de buscarse un incremento de la riqueza con mengua de ciertos valores más altos, v. gr., la consolidación de la familia que se procura con ciertas cláusulas de indisponibilidad transitoria de los bienes (ley 14.394, arts. 51 a 55) o la constitución del "bien de familia" (ley 14.394, arts. 34 a 50). El ideal alberdiano de la prosperidad material se resiente de esa insubordinación de lo económico respecto de lo justo.

La incidencia de la Economía en la regulación de ciertas instituciones jurídicas es patente: así la propiedad y su carácter perpetuo como aliciente para el mejor aprovechamiento de los bienes, el condominio y el arrendamiento que por motivos económicos no cuenta con el favor de la ley, la prescripción que concurre a la valorización de los bienes al eliminar peligros sobre los derechos patrimoniales, etc.

c) La *Sociología* presenta relaciones íntimas con el Derecho. La Sociología es la ciencia que trata de las condiciones de existencia y desenvolvimiento de las sociedades humanas. El Derecho rige y encauza las relaciones de los hombres en sociedad. Luego, para regir la conducta humana que es necesariamente social (*ubi societas ibi jus*) debe previamente conocerse las circunstancias ambientales en que habrá de desenvolverse el sujeto humano. Precisamente del conocimiento de los fenómenos sociales (aspiraciones, modos de vida, etc.), se ocupa la Sociología, por donde se advierte el interés que presenta su estudio para el Derecho.

d) En cuanto a las relaciones del Derecho con la Moral remitimos a lo dicho en los números 25 a 26.

§ 3. Fuentes o medios de expresión del derecho. Enunciación. Concepto. Clasificación de Gény.*

42. NOCIÓN.— La palabra “fuente” indica en su primera acepción el *manantial* de donde surge o brota el agua de la tierra. Pero en nuestra ciencia se usa la voz en un sentido figurado para designar el origen de donde proviene eso que llamamos “derecho”. Por eso nos parece que denotamos más exactamente el sentido de lo que queremos decir cuando en lugar de “fuentes del derecho” decimos “*medios de expresión del derecho*”. Mas como en materia terminológica, por la necesidad de entenderse con los demás, es preciso recibir con docilidad usos y giros de lenguaje que tienen curso en la ciencia objeto del estudio, nosotros seguiremos usando la voz “fuentes” con la cual entendemos referirnos a los “medios de expresión” del derecho. En efecto, si como hemos establecido (ver supra nº 11) el derecho es un “orden social justo” cuyo núcleo expansivo denominamos “derecho natural”, y si el derecho positivo es la interpretación del derecho natural influida por las condiciones del medio social, las posibilidades de la coacción y la preocupación de consolidar el orden establecido, necesitamos conocer los “medios por los cuales se expresa” o “cómo se constituye” este derecho positivo: tal es la *teoría de las fuentes del derecho*.

43. ENUNCIACIÓN.— Durante el siglo pasado, en razón del predominio que adquirió la escuela francesa que Bonnecase llama “de la *Exégesis*”, la única fuente del derecho que se admitía era la ley: el De-

* BIBLIOGRAFÍA: Gény F., *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 2ª ed., Madrid, 1925, ps. 228-520; Spota A. G., *Tratado...*, ed. Bs. As., 1947, t. I, vol. 1º, ps. 391-471 y especialmente para derecho comparado, ps. 365 y ss.; Busso E., *Código Civil Anotado*, t. I, comentario arts. 16 y 17; Castro Bravo F., *Derecho Civil de España*, 2ª ed., t. I, ps. 327 y ss.; Castán Toboñas J., *Derecho Civil español*, 7ª ed., t. I, ps. 16 y ss.; Roubier P., *L'ordre juridique et la théorie des sources du droit*, en “*Études offertes à G. Ripert*”, Paris, 1950, t. I, p. 9; De Ruggiero R., *Instituciones de derecho civil*, ed. Madrid, t. I, ps. 76-101. Sobre la equidad, Casares T. D., *La Justicia y el Derecho*, 2ª ed., ps. 284-293.

recho era la ley. Sólo ante las lagunas de la ley llegó a aceptarse la posibilidad de acudir subsidiariamente a otras fuentes, mencionándose a la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina de los autores.

Gény, célebre jurista francés de principios de este siglo, revolucionó esta materia con su libro "Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo" publicado en el año 1899.

44. CLASIFICACIÓN DE GÉNY.—Este autor distingue las fuentes "formales" de las fuentes "científicas".

Las fuentes formales son los hechos sociales imperativos emanados de autoridades externas al intérprete, con virtualidad bastante para regir su juicio.⁴⁸ Tales son la ley, la costumbre, la tradición (jurisprudencia y doctrina antiguas) y la autoridad (jurisprudencia y doctrina modernas). Simplificando esta enunciación los autores posteriores sólo mencionan la jurisprudencia y la doctrina sin atender a la época de su aparición, y así también lo haremos nosotros en adelante.

Las fuentes científicas, que luego habrán de llamarse también *materiales*, porque las provee la propia materia u objeto material del derecho que es la conducta del hombre, provienen de la libre investigación científica del intérprete. Agotadas las fuentes formales y como siempre subsiste la necesidad de regular las acciones del hombre en sociedad, es menester, descubrir la regla adecuada, lo que se obtiene —dice Gény— por la *libre investigación científica*. Libre porque el intérprete no obedece a la directiva de una autoridad exterior, y científica porque en esa tarea no pueden encontrarse bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar,⁴⁹ que son suministrados por la propia naturaleza de las cosas.⁵⁰ Esta labor tiene dos momentos: el primero una interrogación a la *razón* y a su *conciencia* que hace el intérprete para descubrir en la naturaleza de su ser las bases mismas de la justicia; el segundo la consulta a los fenómenos sociales para descubrir las leyes de su armonía y los principios de orden que ellos requieren, esto es, la naturaleza de las cosas positivas.⁵¹

45.—El desarrollo que dejamos formulado del pensamiento de Gény, en apretada síntesis, responde satisfactoriamente al problema que plantea la teoría de las fuentes del derecho. Para nosotros el intérprete del derecho ha de atenerse a dos clases de *medios de expresión jurídica*: las *fuentes formales*, que son la ley, la costumbre, y la norma emanada

⁴⁸ F. Gény, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, 1925, n° 91, p. 228.

⁴⁹ F. Gény, *op. cit.*, n° 156, p. 524.

⁵⁰ F. Gény, *op. cit.*, n° 157, "in fine", p. 528.

⁵¹ F. Gény, *op. cit.*, n° 159, p. 538.

de un tribunal de casación; y las *fuentes materiales*, que son la jurisprudencia, la doctrina de los autores, la equidad y el derecho comparado.

Mientras las fuentes formales arguyen por su *autoridad*, las fuentes materiales gravitan por la *persuasión* que de ellos emana. Por esto ha de ubicarse la doctrina proveniente de un tribunal de casación —entre nosotros las cámaras de apelación cuando substancian recursos de inaplicabilidad de ley— como una fuente formal que obliga al intérprete, no por la fuerza de lo razonable de esa doctrina, sino por razón de la autoridad que la establece y que ha de respetarse aun salvando una opinión contraria de los jueces integrantes del mismo tribunal, o de los jueces inferiores.⁵²

En cuanto a la *equidad*, de la que trataremos más adelante,⁵³ resume las dos etapas de la libre investigación científica de Gény, pero según nuestra concepción no tiene una vigencia puramente supletoria de las fuentes formales, como lo entiende aquel autor, sino que puede llegar a la derogación circunstancial de ellas.

Finalmente discutiremos si el *derecho comparado* constituye una fuente o medio válido de expresión del derecho.⁵⁴

§ 4. La ley. Ley en sentido material y en sentido formal. Caracteres. Importancia. Clasificación. Orden jerárquico de leyes en derecho argentino; el principio de supremacía de la Constitución. Legislación argentina: leyes nacionales y provinciales; códigos de fondo y de forma.

46. NOCIÓN DE LEY. — La ley, dice Rénard, es la regla emanada de la voluntad autoritaria de los gobernantes.⁵⁵

Planiol enuncia una fórmula, en la que resalta menos el carácter autoritario de la ley. Dice que “es la regla social obligatoria establecida de modo permanente por la autoridad pública y sancionada por la fuerza”.⁵⁶

⁵² Es lo que establecía el art. 27, parte final, del decreto-ley 1285/58, que derogó la ley 13.998, y que reitera el art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, vigente por ley 17.454. Compárese sobre inconstitucionalidad de esas disposiciones, José Sartorio, La obligatoriedad de los fallos plenarios: su inconstitucionalidad, en Revista “La Ley”, t 96, p. 799.

⁵³ Véase infra núms. 84-85.

⁵⁴ Véase infra núms. 86-89.

⁵⁵ G. Renard, *Introducción filosófica al estudio del derecho*, t. I, *El derecho, la justicia y la voluntad*, ed. Bs. As., p. 25.

⁵⁶ Planiol M. con la colaboración de G. Ripert, *Traité élémentaire de Droit Civil*, 10ème. ed. París, 1925, t. I, n° 144, p. 67.

Es, puede decirse, una tentativa de aprisionar el porvenir sujetándolo a una reglamentación.

47 CARACTERES. — La ley presenta los siguientes caracteres:

1º) Socialidad. Se dicta para el hombre en cuanto miembro de la sociedad, y se dirige a gobernar las relaciones interindividuales;

2º) Obligatoriedad. Esto supone una voluntad superior que manda y una voluntad inferior que obedece. También supone la libertad del hombre por oposición a la necesidad del mundo de la naturaleza física. Tampoco ha de confundirse con la idea de utilidad, pues quien obra para lograr un cierto resultado sigue una regla técnica, lo que es dable llamar un método o vía para alcanzar el objetivo propuesto, sin que tal sujeción tenga nada que ver con el comportamiento que impera la ley bajo la coerción de la autoridad pública;

3º) Origen público. La ley emana de la autoridad pública y por ello actúa en la línea de la soberanía política diferenciándose de las reglas impuestas por poderes privados, tales como la patria potestad o los poderes convencionales.

4º) Coactividad. Esta característica propia de todo derecho positivo luce eminentemente en la ley que es su medio de expresión típico y privilegiado, en tanto que aparece velada en las otras fuentes del derecho. Las sanciones de la ley son resarcitorias y represivas: las primeras procuran un restablecimiento de la situación precedente a la infracción, v. gr. el resarcimiento de daños y perjuicios; las segundas se inspiran en el castigo corrector del infractor.⁵⁷

5º) Normatividad. Abarca un número indeterminado de hechos y rige a quienquiera quede comprendido en el ámbito de su aplicación lo que distingue a la ley de otras expresiones del poder público, tales como los actos administrativos. No es indispensable que la ley sea perpetua, pues su vigencia temporaria puede haber sido establecida desde su origen, v. gr., algunos impuestos. Tampoco es imprescindible que rija a todos los habitantes, pero sí que su aplicabilidad a los sujetos contemplados sea indefinida, es decir, que tenga un carácter general y abstracto de manera de no quedar agotada su vigencia con la aplicación a un caso determinado.

48. LEY EN SENTIDO MATERIAL Y EN SENTIDO FORMAL. — Para evitar equívocos debemos decir que en los des-

⁵⁷ Sobre clasificación de las sanciones civiles, véase *intra* núms. 1868-72.

arrollos precedentes hemos aludido a la ley en sentido *material*, que es la que constituye fuente del derecho, no teniendo esta naturaleza las leyes en sentido *formal*, que pese a su denominación pueden no ser verdaderas leyes de acuerdo a su estructura.

a) Ley en sentido material es la norma escrita sancionada por la autoridad pública competente. Responden a este concepto: la Constitución Nacional y las constituciones provinciales; las leyes dictadas por el Congreso Nacional y por las legislaturas provinciales, si estatuyen normas generales; los decretos reglamentarios del P. E.; las ordenanzas municipales de carácter general, los edictos de policía, los reglamentos de la Corte Suprema y acordadas de las Cámaras de Apelaciones, cuando establecen normas de carácter general.

b) Ley en sentido formal es el acto emanado del Poder Legislativo que en el orden nacional se elabora a través de lo dispuesto en los arts. 68 a 73 de la Constitución, bajo el título "De la formación y sanción de las leyes". En el orden provincial las leyes, en sentido formal, son dictadas por las legislaturas de cada provincia.

Las leyes, en sentido formal, reciben un número que las identifica. Según su contenido serán al propio tiempo, o no, leyes en sentido material. Revisten el doble carácter las expresiones del Poder legislativo, nacional o provincial, que estatuyen normas generales. Por el contrario, si esas expresiones se refieren a asuntos concretos de gobierno, como el presupuesto de la administración pública, o la erección de un monumento, o el otorgamiento de una pensión, sólo serán leyes en sentido formal, pero no en sentido material porque no estatuyen norma jurídica alguna.

49. IMPORTANCIA. — En nuestro tiempo la ley constituye la fuente de derecho más importante.

En los ordenamientos jurídicos primitivos la ley cedía en importancia a la costumbre. Pero cuando las relaciones sociales adquirieron mayor complejidad cada vez más quedaron sujetas al dictado de leyes que imponía la autoridad pública. Ese proceso llegó a culminar durante

el siglo pasado, en que llegó a pensarse, con la escuela de la *Exégesis*, que la ley agotaba el derecho, o sea que la ley era la única fuente o medio de expresión del derecho. Como hemos ya refutado esta errónea concepción remitimos a lo dicho oportunamente.⁵⁸

Para una buena parte del pensamiento jurídico contemporáneo la ley es la principal y más importante de las fuentes de derecho, pero no excluye la existencia de otras fuentes con virtualidad bastante para provocar en ciertas situaciones excepcionales hasta la caducidad de la misma ley. Es lo que ocurre con la costumbre "contra legem" y con la equidad.⁵⁹

Finalmente, la escuela del derecho libre reduce exageradamente la importancia de la ley y traslada el elemento principal de solución de las controversias entre particulares, de la ley a la prudencia del juez. Éste ha de computar a la ley como una guía de su decisión sin quedar estrictamente sujeto a lo que aquélla dispone.⁶⁰

50. CLASIFICACIÓN. — Las leyes, en sentido material, pueden clasificarse desde diversos puntos de vista: a) según la índole de la sanción que contienen, b) según el sentido de su disposición, y c) según el alcance de su imperatividad. Nos referiremos separadamente a esas clasificaciones.

51. I) CLASIFICACIÓN SEGÚN LA SANCION. — Una antigua clasificación romana tomaba en cuenta el tipo de sanción que la ley imponía de acuerdo a un texto de Modestino, según el cual "legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire",⁶¹ para efectuar la siguiente discriminación:

a) Leyes "imperfectas" o carentes de sanción expresa, que no serían verdaderas normas de derecho positivo, por esa ausencia de sanción, sino más bien exhortaciones legislativas tendientes a encauzar en un cierto sentido la conducta de los hombres;⁶²

b) Leyes "perfectas" son aquellas cuya sanción estriba en la nulidad de lo obrado en infracción de lo que ellas ordenan o prohíben,

⁵⁸ Véase supra n° 3 a n° 6.

⁵⁹ Véase infra: sobre el valor de la costumbre "contra legem", n° 70, c); sobre la equidad, núms. 84-85.

⁶⁰ Véase sobre escuela libre del derecho, infra n° 111.

⁶¹ Digesto, I, 3, párr. 7.

⁶² Bunge C. O., *El derecho*, 4ª ed., t. II, n° 93, p. 192; Arauz Castex M., *Derecho Civil, Parte General*, t. I, n° 38, p. 30; Borda G. A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, t. I, n° 43, p. 55.

v. gr., la venta de una cosa fuera del comercio (conf. arts. 953, 1327, 2335 y 18, Cód. Civ.);

c) Leyes “menos que perfectas” son aquellas cuya infracción no es sancionada con la nulidad de lo obrado, sino con otra consecuencia. Tal la que sanciona el dolo incidental con el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la víctima del engaño, sin afectar la validez del acto celebrado (art. 934, Cód. Civ.);

d) Leyes “más que perfectas” son aquellas cuya violación no sólo determina la nulidad del acto celebrado en contravención, sino que dan lugar a la aplicación de otras sanciones adicionales, v. gr., el acto celebrado mediante intimidación es inválido —sanción de nulidad— y además compromete la responsabilidad del autor de la violencia por los daños y perjuicios que sufra el intimidado (arts. 910, 922, 941, 942, 1045, cláusula 4ª, 1066 y 1067, Cód. Civ.).

52. II) CLASIFICACIÓN SEGÚN EL SENTIDO DE LA DISPOSICIÓN LEGAL. — Desde este punto de vista se distinguen las leyes “prohibitivas” de las “dispositivas”.

a) Las leyes “prohibitivas” son las que prescriben un comportamiento negativo, o en otros términos las que vedan la realización de algo que se podría efectuar si no mediase la prohibición legal.

Esta clase de leyes pueden o no haber previsto determinada sanción para el caso de contravención. Si la ley hubiera contemplado cierta sanción la infracción dará lugar a la aplicación de dicha sanción. Si en cambio nada se hubiese previsto, entonces corresponderá hacer funcionar la sanción de nulidad, de acuerdo a lo prescripto por el art. 18 del Código Civil, que dice así: “*Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención*”.

Se ha observado que el precepto transcrito constituye “un fragmento de norma con el que se completa toda disposición prohibitiva, formando así una norma íntegra. Se ahorra así la tediosa repetición de la frase «bajo sanción de nulidad» que los textos de las leyes suelen añadir a continuación de las prohibiciones que establecen”.⁶⁸

b) Las leyes “dispositivas” son las que prescriben un comportamiento positivo, o sea que imponen que se haga algo determinado. Tales leyes quedan al margen de lo dispuesto en el recordado art. 18 del Código Civil, y en principio la sanción de nulidad no será apropiada para el supuesto de contravención. Con todo, si se trata de la omisión de requisitos impuestos por la ley para la celebración de ciertos actos

⁶⁸ Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 42, p. 31.

jurídicos, esa infracción podrá dar lugar a la nulidad del acto obrado con esa falla, si es que la sanción de invalidez está prevista —v. g., la omisión de las firmas de las partes en las escrituras públicas (art. 1004, Cód. Civ.); o si tal sanción puede ser inducida del ordenamiento jurídico.⁶⁴ Esto último, según nos parece, es lo que ocurre cuando se han omitido requisitos de forma que es dable estimar como esenciales para la validez del acto.⁶⁵

53. III) CLASIFICACIÓN SEGÚN EL ALCANCE DE LA IMPERATIVIDAD LEGAL. — Sin duda la ley como expresión típica del derecho positivo, se caracteriza por la coactividad inherente a éste. Pero esa coactividad puede ser más o menos rigurosa, pues la propia ley ha podido prever que su régimen sea dejado de lado en ciertos casos por la determinación de los particulares a quienes se autoriza para reglar de otra manera sus derechos. Obsérvese, con todo, que cuando esto ocurre la ley no pierde coactividad, pues tal reglamentación de derechos por obra de los particulares se apoya en la permisón de la ley que esto autoriza, de manera que si esa ordenación resulta jurídica es porque la misma ley así lo ha dispuesto. En otros términos, el imperio de la ley se presenta en esas situaciones bajo una modalidad alternativa: si los particulares nada han dicho quedan sujetos al régimen concretamente previsto por la ley; si, en cambio, han usado de su derecho para regir sus propias relaciones de otra manera, quedan sujetos a esta ordenación, en cuanto ella es querida también por la ley que la ha autorizado.

Atendiendo a esta gradación en la imperatividad de la ley, según que su régimen pueda o no ser dejado de lado por los particulares, se clasifican las leyes en “imperativas” y “supletorias”:

a) Las leyes *imperativas* son aquellas que prevalecen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ellas. Su contenido se aprecia que es de “orden público”⁶⁶ y consiguientemente el comportamiento previsto se impone incontrastablemente, no obstante el deseo de alguien de quedar sujeto a una regulación diferente. Así no se

⁶⁴ Sobre nulidades expresas y virtuales, véase t. II, núms. 1880-83 de esta obra.

⁶⁵ Comp. sentencia de la Cámara Civil, Sala “A”, votos de los doctores Abelleira y Borda, publicada en “J.A.”, 1959-III, p. 490, fallo n.º 798, y en “La Ley”, t. 94, fallo 43.269, donde se decidió que no acarrea la nulidad de la compraventa de inmuebles por mensualidades la omisión de inscripción del instrumento respectivo en el Registro de la Propiedad, como lo requiere el art. 4.º de la ley n.º 14.005 como forma esencial para su validez (art. 1.º de dicha ley). El autor votó en ese caso en disidencia, entendiendo con el juez de 1.ª instancia doctor Marcelo Padilla, que tratándose de requisitos impuestos por la ley “como forma esencial para la validez del acto”, su omisión hacía al acto nulo por no tener la “forma exclusivamente ordenada por la ley” (art. 1044, cláusula 3.ª, Cód. Civ.).

⁶⁶ Sobre el concepto de orden público, véase *infra* núms. 186-195.

decretará el divorcio sino por las causales admitidas por la ley, aun cuando los esposos concordaran en separarse legalmente por otros motivos, v. gr., incompatibilidad de caracteres, porque lo relativo al matrimonio es asunto que interesa al bien común de la sociedad, no admitiéndose que el interés particular pueda alterar el régimen matrimonial, que es siempre de carácter rigurosamente imperativo.

b) Las leyes *supletorias*, también llamadas *interpretativas*, son las que las partes pueden modificar sustituyendo su régimen por el convencional que hubiesen acordado. Consiguientemente sólo rigen en caso de ausencia de voluntad de los particulares, como ocurre respecto a los contratos, materia que en obsequio a la libertad de los individuos ha sido dejada en primer término a su propia determinación. Pero puede ocurrir que los particulares no usen de la facultad que tienen para regir sus derechos conforme a la autonomía de su voluntad y para esa hipótesis el legislador ha previsto un régimen supletorio que se inspira en lo que de acuerdo a la recta razón y a la práctica de los negocios habrían verosímelmente acordado los contratantes en caso de decidirse a usar las facultades de que disponían para ello. Por esto tales leyes supletorias se llaman también interpretativas, en cuanto el legislador ha pretendido con ellas realizar la interpretación de la voluntad expresada de las partes.

Las leyes imperativas reinan en el sector autoritario del derecho: capacidad de las personas, familia, derechos reales, etc. Las leyes supletorias son numerosas en materia de obligaciones y contratos, que ha sido primordialmente confiada al libre juego de la iniciativa particular.

El carácter imperativo o supletorio de la ley depende de la determinación del propio legislador. Cuando éste nada ha declarado, el intérprete debe decidir el punto atendiendo a la finalidad de la norma. Si se ha establecido para satisfacción del bien común o del interés público, la ley es imperativa, pero si se ha instituido en mira de un interés particular se ha de concluir, en principio, que la ley es meramente interpretativa y que puede ser dejada de lado por aquellos cuyo interés ella resguarda.⁶⁷

54. ORDEN JERÁRQUICO DE LEYES EN DERECHO ARGENTINO: EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN. LEYES NACIONALES Y PROVINCIALES.— En nuestro país, por razón del sistema federal adoptado por la constitución política, conviven dos ordenamientos jurídicos yuxta-

⁶⁷ G. Borda, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, 3ª ed., I, nº 44, p. 56.

puestos, el nacional originado en el Gobierno de la Nación y el provincial que proviene de la potestad legislativa de cada Provincia. Para evitar las fricciones y los antagonismos de esos dos órdenes la Constitución Nacional ha deslindado las competencias propias de uno y otro poder público, el nacional y el local. En la cima de la jerarquía de las leyes están las *Constituciones* que emanan de los poderes constituyentes de cada estado, el Estado Nacional y los Estados provinciales. La Constitución es la ley fundamental del Estado que organiza la forma de gobierno y las atribuciones y deberes de los gobernantes así como también las consiguientes garantías de los derechos de los gobernados. Todas las otras *leyes* deben ajustarse a la Constitución, y las constituciones provinciales a la nacional (art. 5º, C. Nac.). Los *decretos reglamentarios* son las normas que dictan el Presidente de la Nación, en la Capital Federal y los gobernadores, en el orden provincial, para facilitar y precisar el cumplimiento de las leyes, por lo que quedan condicionados por éstas, no debiendo "alterar su espíritu con excepciones reglamentarias" (art. 86, inc. 2º, Const. Nac.).

Las *ordenanzas municipales* y los *edictos de policía* son las normas que dictan los municipios y jefes de policía para hacer efectivas las funciones que les competen.

Esta jerarquía de las leyes indica cuáles son los motivos que pueden invalidarlas, a saber: *la inconstitucionalidad* o contradicción con la respectiva Constitución; la *ilegalidad* de los decretos reglamentarios, ordenanzas municipales y edictos de policía; en fin, la *iniquidad* cuando el sentido de la norma pueda representar no el afianzamiento de la justicia, propósito fundamental que preside la organización institucional (Preámbulo de la Constitución, 2º objetivo), sino el afianzamiento de la iniquidad.⁶⁸

55. CÓDIGOS DE FONDO Y DE FORMA. — No obstante el sistema federal de gobierno adoptado, la Constitución Na-

⁶⁸ El supuesto en el texto se relaciona con la vigencia de la equidad como fuente del derecho, tema que consideramos infra núms. 84-85.

cional ha reservado para el Congreso Nacional la atribución de "dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería" (art. 67, inc. 11, Const. Nac.), con lo que siguiendo el consejo de Alberdi se mantuvo el principio de legislación básica uniforme heredado de España.

Pero la reforma constitucional de 1860 aclaró que la aplicación de tales códigos correspondía "a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones" (art. 67, inc. 11, Const. Nac.). Por esto se ha entendido que corresponde a las provincias dictar los códigos de procedimientos, por referirse el régimen del proceso a la aplicación de la ley, y caer aquella atribución dentro de las facultades de las provincias no delegadas en el Gobierno federal (conf. art. 104, Cons. Nac.).

56. FORMACIÓN DE LA LEY.— El proceso de formación de las leyes está determinado en la respectiva Constitución. En el orden nacional las leyes pueden originarse en cualquiera de las Cámaras, por iniciativa de un diputado o senador, o del P. E., y requieren el voto concordante de ambos cuerpos legislativos, salvo respecto de detalles para los que puede prevalecer el voto de $\frac{2}{3}$ de la Cámara iniciadora sobre la opinión opuesta de la Cámara revisora. ¶

En el proceso de formulación de las leyes cabe distinguir tres momentos: la sanción, la promulgación y la publicación.

a) La *sanción* es un acto por el cual el Poder Legislativo crea la regla legal.

b) La *promulgación* es el acto por el cual el Poder Ejecutivo dispone el cumplimiento de la ley. Puede ser expresa, si el P. E. dicta un decreto "ex profeso", y tácita si comunicada la sanción por el Congreso el Poder Ejecutivo no devuelve observado el proyecto dentro de los siguientes diez días hábiles (art. 70, Const. Nac.).

c) La *publicación* es el hecho por el cual llega la ley a conocimiento del público, es decir, de los sujetos a quienes se aplica. De ordinario la publicación se verifica por la inserción del texto legal en el Boletín Oficial, pero no se descartan otros medios de efectuar la publicación de las leyes, tales como la inserción en periódicos no oficiales o su lectura por radiotelefonía, con tal que por la expectativa general

deba estimarse que la ley ha sido efectivamente conocida del público por esas vías.⁶⁹

La publicación constituye un elemento integrante de la norma, porque ésta no puede reputarse en vigor si no es conocida por el pueblo que debe observarla. Por eso el art. 2º del Código Civil previene que *"las leyes no son obligatorias sino después de su publicación..."*

57. VIGENCIA DE LA LEY. — Efectuada la publicación de la ley, ella entra en vigor a partir de la fecha que determine su texto. Es lo que dice el recordado art. 2º del Código Civil reformado por la ley 16.504: *"Las leyes no son obligatorias sino . . . y desde el día que ellas determinen"*.

Habitualmente las leyes nada dicen sobre la fecha de su vigencia, y en tal caso el punto se resuelve de conformidad a la previsión contenida en la segunda parte del citado art. 2º del Código Civil que luego de la reforma efectuada por la ley 16.504 ha quedado así: *"Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial"*.

La aludida ley ha superado la impropiedad de la redacción originaria del art. 2º del Código.⁷⁰⁻⁷¹

58. LEGISLACIÓN COMPARADA. — Acerca de la entrada en vigor de las leyes las legislaciones extranjeras siguen dos sistemas diferentes:

1º) Sistema de la *entrada en vigor escalonada*. Toma en cuenta la distancia existente entre el lugar de publicación de la ley y el distrito en que habrá de aplicarse la nueva ley, postergando proporcionalmente la entrada en vigor del nuevo régimen, así: en Francia, según el viejo Código Napoleón era un día por cada 100 Km. de distancia; en

⁶⁹ Con relación a la vigencia del decreto 33.302/45 de fecha 20 de diciembre de 1945 y publicado en el Boletín Oficial del 31 de ese mes y año, que creó el pago del aguinaldo, la Cámara de Apelaciones de la Justicia del Trabajo de la Capital Federal, resolvió que "el referido estatuto legal rige desde el día de su sanción —21 dic. 1945—, pues los modernos medios de difusión son suficientes para perfeccionar su publicidad, no siendo necesario ajustarse a las normas rígidas del derecho civil" ("J.A.", 1947-III, p. 597).

⁷⁰⁻⁷¹ El texto del primitivo art. 2º era confuso por la alusión que hacía a la publicación de las leyes en las capitales de provincias. Como no era concebible que la vigencia de una ley nacional quedara supeditada a publicación alguna en el interior del país, Salvat entendió que la alusión a esa publicación en tales capitales se aplicaba a las leyes provinciales (Salvat-López Olaciregui, t. I, nº 228, p. 230). Pero esa opinión no podía defenderse por ser incompetente el Congreso Nacional para decidir cuándo habrían de entrar a regir las leyes locales. Por ello sostuvimos en las ediciones 1ª a 3ª de esta obra que la alusión de referencia tenía que tenerse por no escrita. La eliminación consumada por la ley 16.504 debe, pues, ser aprobada.

Chile, un día por cada 20 Km. En Brasil las leyes entraban en vigor, según el Código de 1916, en el Distrito Federal a los tres días de la publicación, en el Estado de Río de Janeiro a los quince días, en los Estados marítimos y en Minas Geraes a los treinta días, en el resto del territorio nacional a los cien días y en los países extranjeros a los cuatro meses.⁷²

2º) Sistema de entrada en vigor uniforme. Considera a todo el país como un solo distrito a los fines de la aplicabilidad de la nueva ley, de manera que ésta entra en vigor simultáneamente en todo el territorio: en Bélgica y en Uruguay, a los diez días de la publicación, en Italia a los quince días, en España a los veinte días.⁷³

En nuestro tiempo, por la celeridad de las comunicaciones, ya no se justifica la adopción de un sistema escalonado de entrada en vigor de las leyes. Sorprende que un Código tan moderno como el brasileño haya seguido un criterio que al tiempo de su sanción era completamente anacrónico.

59. PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. — En nuestro país los proyectos de reforma del Código Civil se enrolan decididamente en el sistema de la uniformidad.

El *Anteproyecto Bibiloni* dispone que las leyes, si no designan tiempo, serán obligatorias después de los diez días siguientes al de su publicación en la Capital de la Nación (art. 2º).

El *Proyecto de 1936* elevó el plazo a treinta días (art. 1º) prevaleciendo para ello las opiniones de Lafaille, Salvat, Martínez Paz y Rivarola sobre las de Bibiloni, Repetto y Pera.⁷⁴

El *Anteproyecto de Código Civil del año 1954* (art. 2º) sigue el criterio de Bibiloni. Realmente no se justifica un plazo mayor de diez días, que desde luego no impide la adopción por el legislador de términos mayores o menores, en función de las circunstancias.

60. DEROGACIÓN DE LA LEY. — En principio las leyes se sancionan para regir indefinidamente, pero el cambio de

⁷² Cód. Civil francés, art. 1º, completado por la ordenanza real del 27 de noviembre de 1816, art. 3º; Cód. Civ. chileno, art. 7º; Cód. Civ. brasileño, art. 2º. En Francia, un decreto-ley del 5 de nov. de 1879 modificó el sistema del Código Napoleón y dispuso que las leyes serían ejecutorias en cada departamento luego de un día libre de llegado a la capital del departamento el número del Boletín Oficial que contuviese el texto de la ley.

⁷³ Cód. Civil belga, art. 1º, completado por la ley del 28 de febrero de 1845, art. 2º; Cód. Civ. italiano de 1942, art. 10 de las Disposiciones Preliminares; Cód. Civ. español, art. 1º; Cód. Civ. del Uruguay, art. 1º, parte 3º.

⁷⁴ *Actas*, t. I, p. 192.

circunstancias puede hacer conveniente la derogación parcial o total de la ley.

La atribución de derogar la ley compete al propio poder que la ha originado, que puede dictar una nueva ley para determinar el cese de la anterior.

La derogación de la ley puede ser expresa o tácita:

a) Es expresa cuando una nueva ley dispone explícitamente el cese de la ley anterior. Un ejemplo de tal modo de derogación lo suministra el art. 22 del Código Civil, así concebido: "*Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial*".

Esta disposición determinó en el ámbito del derecho civil la abrogación de todo el derecho español y de las leyes nacionales y provinciales dictadas desde 1810, así como de las costumbres vigentes hasta la sanción del Código Civil.^{74 bis}

b) La derogación es tácita cuando resulta de la incompatibilidad existente entre la ley nueva y la anterior, que queda así derogada: "lex posterior derogat priori".

Para que tenga lugar la derogación tácita de la ley anterior, la incompatibilidad de ésta con la nueva ley ha de ser absoluta. Pues basándose tal derogación en una interpretación de la omisa voluntad legislativa expresada en la nueva norma, basta que quede alguna posibilidad de conciliar ambos regímenes legales para que el intérprete deba atenerse a esa complementación.

La derogación de un principio legal importa la tácita derogación de las consecuencias del mismo aunque nada se diga de ellas.⁷⁵

61. LEY GENERAL Y LEY ESPECIAL.— Un problema complejo de apreciación relativo a la derogación tácita de la ley se presenta cuando difiere la extensión lógica de la ley nueva respecto de la anterior.

Desde luego, no se duda que la ley especial deroga tácitamente

^{74 bis} Es de notar que la derogación de una ley no importa el restablecimiento del régimen sustituido por esa ley, para lo cual sería menester una disposición actual expresa: Trib. Trabajo Lomas de Zamora, "L. L.", t. 106, p. 505; Trib. Trab. Junín, "J.A.", 1962-VI, p. 420; S.C.B.A., "L.L.", t. 104, p. 116; Pi-gretti E., su nota en "J.A.", 1962-VI, p. 415. Contra: Cám. Paz letrada de Bell Ville, "J. A.", 1962-VI, p. 415.

⁷⁵ Busso E., *Código Civil Anotado*, t. I, art. 17, p. 166, nº 17.

a la ley general en cuanto a la materia comprendida en el nuevo régimen. Pero a la inversa, se entiende que la ley general no deroga a la ley especial, salvo que aparezca clara la voluntad derogatoria por el objeto o espíritu del nuevo ordenamiento.⁷⁶

Finalmente, se ha decidido que la ley general deroga a la anterior de igual carácter, aun con relación a las disposiciones secundarias de la ley antigua, porque no sería discreto alterar la economía y la unidad de la ley nueva mezclando a ella disposiciones quizá heterogéneas de la anterior que ella ha reemplazado.⁷⁷

62. CADUCIDAD DE LA LEY. — Independientemente de su derogación por la sanción de una nueva ley, puede extinguirse la fuerza jurídica de una ley, ya por la constitución de una costumbre contraria a ella,⁷⁸ ya por haberse operado un cambio tan substancial de las circunstancias tenidas en cuenta por el legislador que resulte absurda su aplicación.⁷⁹

En el primero de los supuestos mencionados se produce la derogación de una norma legal por una norma consuetudinaria ulterior, y vano sería seguir pregonando la subsistencia de la primera si los hechos estuvieran mostrando lo contrario. Este problema pide una adecuada sinceración de los principios jurídicos con las realidades vitales, y por ello estamos persuadidos de la caducidad de la ley escrita cuando la vida social exhibe la formación de una práctica extralegal realizada con la convicción general de su obligatoriedad jurídica.

En cuanto al otro supuesto mencionado, la caducidad de la ley escrita está impuesta por los modernos principios de interpretación jurídica (conf. opinión de Reichel, ver n° 111).

63. LOS DECRETOS-LEYES. — En la exposición de los números precedentes hemos tenido en cuenta a la ley como medio de expresión jurídica, constituido regularmente.

Pero la historia muestra la experiencia lamentable de leyes, en sentido material, que han sido impuestas por autoridades surgidas de movimientos de fuerza, lo que ha obligado a la doctrina jurídica a considerar la posible validez de los llamados decretos-leyes.

⁷⁶ Aubry y Rau, *Cours de Droit Civil Français*, 4ª ed., I, párr. 29, p. 557, texto nota 7; conf. Corte Supr. Nac., 10 set. 1937, "L.L.", t. 7, p. 1122.

⁷⁷ Conf. Corte Supr. Nac., 7 dic. 1937, "J.A.", t. 64, p. 700.

⁷⁸ Véase infra n° 70, c).

⁷⁹ Véase infra n° 124.

Aun cuando el tema es propiamente de derecho constitucional⁸⁰ no hemos deseado eludir, por la relación que tiene con la teoría de la ley desarrollada en este capítulo, una sintética exposición de la jurisprudencia de la Corte Suprema a este respecto. Luego indicaremos nuestra propia opinión.

a) Según la primitiva jurisprudencia de la Corte, elaborada con motivo de la Revolución de 1930, la existencia de gobiernos de facto no suspende en absoluto el imperio de la Constitución, pues ésta “es el Estatuto que rige las relaciones de los hombres tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus previsiones no pueden suspenderse en ninguna de las grandes emergencias en que los gobiernos puedan encontrarse”. Los funcionarios llamados “de facto” tienen las mismas facultades y atribuciones que los legales. “El Presidente provisional tuvo los mismos poderes que el Presidente legal, consignados en el art. 86 C. N. . . . De ahí se desprende que ese gobierno tuvo las facultades ejecutivas más no las legislativas y judiciales. Si la fuerza de la necesidad hace que al funcionario de hecho se le reconozcan las mismas facultades que al de derecho, nada justifica que se le atribuyan mayores”⁸¹

Consiguientemente el tribunal declaró la invalidez de los impuestos creados por el gobierno revolucionario, no ratificados por el siguiente gobierno constitucional.

b) En el año 1945, la Corte tuvo ocasión de introducir alguna modificación en su jurisprudencia anterior. La mayoría del tribunal insistió en que el P. E. “de facto” tiene los poderes propios del P. E. constitucional, y por tanto carece de facultades judiciales. En cuanto a las facultades legislativas, por imperio de la necesidad, ha de reconocérsele su ejercicio limitadamente, en cuanto a la materia indispensable para mantener el funcionamiento del Estado y para cumplir los fines de la Revolución, y en cuanto al tiempo de vigencia de sus disposiciones, hasta la vuelta a la normalidad. El ejercicio limitado de las funciones legislativas era respaldado por la mayoría de la Corte con las siguientes palabras: “Reconocer a un hombre o a un grupo de hom-

⁸⁰ Véase Linares Quintana S. V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VI, párr. 419, ps. 349-473; Sánchez Viamonte, verbo “Doctrina de facto”, en “Enciclopedia Omeba”, t. V, p. 608; Dana Montañó S., *Principios de derecho público*, t. II, p. 128; Constantineau A., *Tratado de la Doctrina de facto*, Bs. As., 1945; Aftallón E. R. y M. E., *Los decretos-leyes ante la constitución real*, “L.L.”, t. 114, p. 872.

⁸¹ Caso “Administración de Impuestos Internos c/Malmonge Nebreda”, del 15 nov. 1933, en “Fallos”, t. 169, p. 317.

bres amplias facultades legislativas es incompatible con la vigencia de la Constitución".⁸²

En el mismo juicio "Municipalidad de la Capital c/Mayer Carlos M." votó en disidencia el ministro de la Corte Dr. Tomás D. Casares, quien sostuvo que la posición de los tribunales de justicia es la misma frente a los gobiernos "de jure" o "de facto". Según el Dr. Casares éstos no están sujetos, en el ejercicio de las facultades legislativas, a revisión en función del origen de su autoridad, sino en orden al adecuado respeto de los derechos individuales garantizados por la Constitución. Por lo demás, desecha el temperamento propuesto por la mayoría, porque saber cuál es fin revolucionario y qué lo indispensable para el funcionamiento del Estado es propio de un juicio de prudencia política, y por lo tanto no lo es del juicio judicial. "Los jueces, enseñaba de antiguo San Agustín, no deben juzgar de las leyes sino según ellas".⁸³

c) En el año 1947, producida la renovación en la composición de la Corte Suprema, luego del juicio político a los Dres. Repetto, Sagarna, Ramos Mejía y Nazar Anchorena, el tribunal tuvo diversas oportunidades de apreciar la validez de los decretos-leyes dictados por el Gobierno surgido de la Revolución de 1943. En todas ellas la Corte siguió la anterior opinión minoritaria del Dr. Casares, declarando que "en la medida en que sea necesario legislar para gobernar, un gobierno tiene facultades legislativas, sin que la determinación de esa necesidad —en cuanto a la extensión o en cuanto a la oportunidad— siendo como es objeto propio de la prudencia política pueda ser judicialmente revisada".⁸⁴

En consecuencia la Corte reconoció la validez de los decretos-leyes emanados de los gobiernos "de facto", que debían ser considerados como medios de expresión jurídica "sin limitación de tiempo"⁸⁵ hasta tanto no fuesen derogados por el Congreso, como cualesquiera leyes.

d) Después de la Revolución de 1955, la Corte, con su nueva composición, mantuvo substancialmente esta orientación jurisprudencial, si bien no sentó principios tan terminantes.

En el caso "Juan Domingo Perón", por sentencia del 21 de junio de 1957 la Corte dijo que "dentro de nuestro régimen constitucional, todo gobierno, sin distinción de la forma particular que asuma —en el caso se trate de un gobierno regular o de un gobierno revolucionario—

⁸² Caso "Municipalidad de la Capital c/Mayer Carlos", del 2 de abril 1945, en "Fallos", t. 201, p. 266.

⁸³ Ídem nota anterior.

⁸⁴ Caso "Enrique Arlandini", "L.L.", t. 47, p. 803.

⁸⁵ Casos "Ziella c/Smiriglio" y "Juan A. Valenzuela", en "Fallos Corte Sup.", t. 207, ps. 207 y 361, respectivamente.

está facultado para establecer la legislación que considere conveniente, tanto en las situaciones ordinarias como en las de emergencia, con el límite de que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías individuales o las restricciones que la misma Constitución contiene en salvaguardia de las instituciones libres".^{85 bis} Obsérvese que los límites que pone el tribunal al ejercicio de las facultades legislativas por los gobiernos "de facto" no residen en los factores contemplados por la jurisprudencia anterior al año 1947, a saber la necesidad del mantenimiento del Estado y el cumplimiento de los fines de la Revolución, sino en la justicia intrínseca de la norma dictada por su subordinación a las garantías individuales y restricciones contenidas en la Constitución.

Esta doctrina fue reiterada por la Corte en la sentencia del 28 de febrero de 1958, dictada en el juicio "Lejarraga de Alvarez de Toledo c/Santoni de Donnari", donde para convalidar el ejercicio de facultades legislativas por los gobiernos "de facto" se alude a la jurisprudencia de la Corte anterior a 1947. Pero se agrega que "la oportunidad y discreción con que se ejercite el poder de legislación están excluidas de la revisión de la justicia",⁸⁶ con lo cual la cuestión ha venido a quedar en los términos en que la ubicó la jurisprudencia inaugurada en el caso "Arlandini", fallado el 22 de agosto de 1947.

En los fallos posteriores la Corte ha hecho funcionar el argumento de que a diferencia de los gobiernos revolucionarios anteriores, el surgido de la Revolución de 1955 se arrogó explícitamente funciones legislativas por el decreto nº 42/55. Así, en el caso "Manuel Ortiz", resuelto el 28 de marzo de 1958, el tribunal consideró que las restricciones que se habían opuesto por anteriores pronunciamientos suyos —los de antes de 1947— al ejercicio de facultades legislativas por los gobiernos "de facto" no podían mantenerse frente a un gobierno revolucionario que, apenas instalado, se reservó expresamente el ejercicio de tales facultades.⁸⁷

Esta misma posición campea en el fallo dado el 10 de abril de 1959, en el juicio "Leopardo Petrucci de Amoroso Copello c/Amoroso Copello", resuelto por la Corte con integración distinta de la actual.^{87 bis} Según el tribunal la validez de los decretos-leyes dictados por el gobierno surgido de la Revolución de 1955 debe ser apreciada a la luz del decreto 42/55, que atribuyó facultades legislativas a ese Gobierno, que las ejerció reiteradamente. "Ocurrida la disolución del Congreso —dice la Corte— como uno de los actos primeros y neces-

^{85 bis} "J.A.", 1957-III, p. 69.

⁸⁶ "L.L.", t. 92, p. 582, fallo nº 42.870.

⁸⁷ "L.L.", t. 91, p. 508, fallo nº 42.462.

^{87 bis} Ese fallo está suscripto por los doctores Alfredo Orgaz, Benjamín Villegas Basavilbaso, Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid, Luis M. Boffi Boggero y Julio Oyhanarte.

rios que integraron el proceso revolucionario, debe estimarse incuestionable la aptitud creadora de normas legales por parte de un gobierno "de facto" que teniendo realmente el mando político y habiéndose constituido en la única fuente efectiva de poder, se impone la finalidad de asegurar el ejercicio ininterrumpido de la función legislativa, en cuanto ella resulta esencial para la vida del Estado y el logro de sus fines, y la asuma expresamente, desempeñándola como verdadera "función", es decir, "en el interés público o de terceras personas y no para su propio uso" (doctrina de "Fallos", 169, 309), durante prolongado lapso y con la común aceptación de su fuerza imperativa".⁸⁸

e) De acuerdo a nuestra opinión no es apropiada la referencia de la Corte al decreto 42/55 para afirmar en esa auto-atribución de facultades legislativas por parte del Gobierno Provisional, la legitimidad del ejercicio que hizo de tales facultades. Como ha dicho Rayces, "si no hay una norma de derecho público que autorice a los gobernantes de facto a legislar de nada les vale anunciar que lo harán. Y si la hay, no necesitan anunciarlo".⁸⁹

Esta disyuntiva plantea la cuestión en sus exactos términos. Las facultades legislativas de los gobiernos "de facto" no reposan en una previa arrogación de ellas, porque si tales gobiernos careciesen de esos poderes mal podrían arrogárselos "per se". Derivan de la necesidad, puesto que no es concebible que durante un lapso más o menos prolongado pueda permanecer la sociedad en estado de ineptitud para dictar su propia legislación. El bien común cuya tutela y promoción incumbe a la autoridad pública, no tolera ser postergado por la lamentable circunstancia de no estar constituido regularmente el Poder Legislativo. De aquí ha de concluirse que no es viable la impugnación de los decretos-leyes por razón de su origen: ellos son válidos desde que emanan de la única autoridad pública con capacidad, acordada por las circunstancias, para sancionar leyes.

No hay duda de que los gobiernos "de facto", por la misma irregularidad de su constitución, deben ser sumamente parcios en el uso de las facultades legislativas, reservando para la vuelta a la normalidad constitucional toda definición sobre las posibles opciones que en problemas fundamentales se planteen a la sociedad. Pero aun cuando los gobernantes no se atengan a ese criterio de prudencia y continencia, no por ello sus sanciones dejarán de merecer el respeto con que los gobernados han de acatar las leyes para que reine el orden en la sociedad. Ni tampoco se podrán entender autorizados los tribunales de justicia para invalidar tales decretos-leyes, sustituyendo su propio criterio

⁸⁸ "J.A.", 1959-III, p. 93, fallo n° 594.

⁸⁹ Rayces Federico, *Los decretos-leyes, su naturaleza jurídica, su autoridad legal y su subsistencia*, en "J.A.", 1958-III, sec. doctr., p. 161.

al de la autoridad ejecutiva en la apreciación circunstancial de la oportunidad y discreción en el ejercicio de la facultad legislativa. Cuando se realiza tal sustitución, los tribunales de justicia desvirtúan su propia función, se "polítizan" y entran "revolucionariamente" en pugna con la autoridad constituida, con grave desmedro del bien de los ciudadanos, que pierden entonces la protección que aquéllos deben brindarle en toda circunstancia, frente a gobiernos "de jure" o "de facto". Porque lo primero que se requiere para que no se subvierta el orden jurídico es el respeto de la Justicia, y no puede haberlo si los tribunales que la administran exceden su cometido natural, e interfieren en lo que ha de quedar reservado a los poderes políticos del Estado, sean éstos "de jure" o "de facto".

§ 5. La costumbre. Concepto y caracteres. Importancia. La cuestión en nuestro derecho positivo.

64. NOCIÓN E IMPORTANCIA.— La costumbre es la forma espontánea de expresión del derecho, en tanto que la ley es la forma reflexiva y consciente. Históricamente la costumbre ha precedido a la ley en la organización jurídica de los pueblos: las sociedades primitivas se rigen por la costumbre y no conocen la ley escrita. Sólo cuando las relaciones sociales adquieren cierta complejidad aparece la necesidad de fijar la norma jurídica en un texto escrito.

En la actualidad el desarrollo científico del derecho elaborado sobre la base del estudio de la ley escrita —especialmente los códigos— y todas sus posibilidades, ha reducido la costumbre a zonas estrechas, pero con todo no deja de hacer sentir su influencia especialmente a través de la jurisprudencia, que algunos llaman "usus fori". Es lo que ocurría en la materia del nombre y especialmente en lo relativo al apellido de la mujer casada antes de la sanción de la ley 18.248.⁹⁰

65. CONCEPTO DE COSTUMBRE.— La costumbre consiste en la *observancia constante y uniforme de un cierto*

⁹⁰ Conf. Spota A. G., *Tratado...*, t. I, vol. 1º, nº 136, p. 405.

*comportamiento por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica.*⁹¹

66. ELEMENTOS Y CARACTERES. — De la definición precedente surgen los dos elementos constitutivos de la costumbre, uno objetivo, otro subjetivo.

a) El elemento *objetivo* está constituido por la serie de actos semejantes uniforme y constantemente repetidos.

Este elemento, para ser considerado integrativo de la costumbre, ha de presentar los siguientes caracteres: 1º, *uniformidad* en el modo de realización del hecho, sin alteraciones substanciales con relación a los hechos anteriores; 2º, *repetición constante y no interrumpida* del hecho configurativo de la costumbre; 3º, *generalidad* de la práctica del hecho que no habrá de ser efectuado sólo por ciertos sectores sociales sino por todo el pueblo; 4º, *duración* de la práctica por un cierto tiempo, sin que sea posible especificar lapsos porque en razón de la misma espontaneidad de la formación de esta regla jurídica no ha de esperarse que pueda predeterminarse el proceso de constitución de la costumbre. A este respecto el derecho canónico fijaba un plazo mínimo de 10 años respecto de costumbres "præter legem" y de 40 años si se trataba de costumbres "contra legem". Pero la imposición de esos plazos es una tentativa de sujetar a la reflexión del hombre lo que por su naturaleza es espontáneo y no racional: de ahí que para reputar constituida una "costumbre" haya que acudir a la consulta de los datos sociales que permitan verificar la existencia de una norma consuetudinaria, independientemente de la mayor o menor duración de la práctica de que se trate.

b) El elemento *subjetivo* radica en la convicción de que la observancia de la práctica responde a una necesidad jurídica (*opinio juris et necessitatis*). Este elemento psicológico sirve para distinguir la costumbre de otras prácticas que no engendran normas jurídicas, como los usos sociales, tales como el saludo a un conocido en la calle, o la propina que se deja en un bar. En estos supuestos el sujeto se conforma a la práctica por distintos motivos, tal vez, por no pasar por desatento o por no desafiar las iras del mozo, pero falta en el comportamiento la convicción de su obligatoriedad, que es lo característico de la costumbre como fuente de derecho.

67. CONDICIONES NEGATIVAS DE LA COSTUMBRE. — Cuadra examinar si la presencia de ciertas características peyorativas en el hecho

⁹¹ R. de Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. española, t. I, párr. 13, p. 80.

consuetudinario desvirtúa a éste de su natural eficacia jurídica. A este respecto Gény estudia la *irracionalidad* de la práctica que aparece como constitutiva de la norma y entiende que si obsta a la constitución de la norma consuetudinaria. Porque no pudiendo enfrentar el derecho a la moral desde que ha de conformarse a ella,⁹² ha de quedar excluida como regla jurídica la costumbre opuesta "a la moral universal, o a los principios más delicados que constituyen el fondo de nuestra civilización cristiana".⁹³ Dice Savigny que "el fin general del derecho surge de la ley moral del hombre, bajo el punto de vista cristiano"⁹⁴ lo que explica la destitución de eficacia jurídica que recae sobre la costumbre que entra en pugna con la moral cristiana, estimada por los pueblos occidentales como el principio básico de su organización social.

Por análogas consideraciones concluye Gény que también ha de excluirse como norma jurídica a la práctica que sea opuesta "a las bases esenciales de nuestra organización política y social"⁹⁵ como podría ser la costumbre que limitando la libertad de elegir profesión hiciera revivir las trabas feudales.

68. FUNDAMENTO DE LA COSTUMBRE.—La historia comprueba la existencia del derecho consuetudinario. Esa verificación obliga a examinar cuál es su razón de ser para apreciar si reside en alguna característica constante del hombre, o si se conecta con circunstancias sociales contingentes extrañas a nuestro tiempo, o a nuestro país.

No puede desconocerse, conforme a las exigencias del orden jurídico contemporáneo que pide una gran dosis de seguridad por la densa trama que constituyen las relaciones jurídicas y la complejidad de éstas, la superioridad de la ley escrita sobre la costumbre. De ahí se sigue que las condiciones de nuestra época son poco propicias para la constitución de normas consuetudinarias, en especial por esa omnipresencia que se atribuye a la ley en el mundo jurídico que casi no deja materia que pueda escapar a su influencia y caer bajo el gobierno de la costumbre. Con todo aún hoy se verifica, como dato social, la existencia de "costumbres" en países sujetos a la codificación, y en los países anglosajones que han quedado al margen del movimiento general de la codificación, el derecho consuetudinario o "common law" constituye la base de su organización jurídica.

Se justifica, entonces, que entremos en el examen de las teorías

⁹² Véase supra nº 25.

⁹³ F. Gény, *op. cit.*, nº 121, p. 365.

⁹⁴ F. C. de Savigny, *Sistema de derecho romano actual*, trad. francesa, t. I, p. 51.

⁹⁵ F. Gény, *op. cit.*, nº 121, p. 366.

que explican la subsistencia del vigor de la costumbre, como norma jurídica, en nuestro tiempo.

a) Según la idea corriente en Francia la costumbre recibe su fuerza obligatoria de la *voluntad tácita* del legislador. Para esa postura, conferida la función legislativa a un Poder específico del Estado moderno, la vigencia de la costumbre dependería de la no contradicción del legislador: la costumbre sería una ley tácita.

Pero esta concepción parte de un principio que por nuestra parte hemos rechazado, a saber que pueda reducirse todo el orden jurídico al régimen de ley escrita.⁹⁶ Nadie duda sobre las posibilidades del legislador para someter a su imperio el comportamiento humano conforme al designio que se proponga encaminado a la obtención del bien común. Pero de ahí a cegar para el futuro todo medio de expresión jurídica que no sea la ley hay mucho trecho. El asunto de definir lo que sea derecho no puede ser resuelto por un dictado del legislador sino por las conclusiones de la ciencia jurídica, la que indica que si aquél puede en un momento dado derogar las costumbres existentes en un país, no puede impedir la formación de otras nuevas en el futuro.

Por otra parte, la explicación que se examina es artificiosa y se apoya en una ficción, puesto que los legisladores, en concreto, están muy lejos de conocer las costumbres que puedan estar en continua germinación y que reciben acatamiento social.

b) El gran mérito de la *escuela histórica alemana* es haber advertido la insuficiencia de aquella explicación. A ella se debe que ya no sea "permitido definir las fuentes del derecho positivo en razón de prejuicios políticos o disposiciones escritas arbitrarias. . ." y que la costumbre se haya "cimentado sobre bases indestructibles".⁹⁷ Siguiendo las orientaciones de Hugo, Savigny y Puchta, los autores alemanes ven la base de todo derecho positivo en la común conciencia del pueblo. De aquí se sigue que la costumbre no es otra cosa que la revelación inmediata y espontánea de esta conciencia común, mientras la ley es la expresión mediata y reflexiva, emanada de órganos sociales especiales creados a ese fin. Se sigue también, según esos autores, en un posible conflicto, la superioridad de la costumbre sobre la ley, en cuanto aquélla es un reflejo espontáneo de la conciencia popular —el "volkgeist"— a la que no puede traicionar como la ley.

Pero en esto hay un "prejuicio romántico", según la feliz expresión de Bluntschli, porque la conciencia popular no es un ente real al que pueda atribuirse la creación de una norma apta para dirigir la conducta humana. En verdad, la costumbre resulta de una serie de

⁹⁶ Véase supra núms. 3 a 6.

⁹⁷ F. Géný, *op. cit.*, n^o 115, p. 331.

actos individuales inteligentes, los que pueden contradecir el sentir popular, si bien es difícil que ello ocurra.

c) *La doctrina de Géný.*— Para este autor la costumbre no sólo se explica empíricamente por su sola existencia sino que responde a una verdadera y permanente necesidad social. Géný formula tres consideraciones para mostrar el fundamento de la costumbre como legítima expresión jurídica:

1º *La estabilidad* de los derechos individuales, así como la *exigencia igualitaria* que constituye el fondo de toda justicia, exigen que una regla acreditada por un largo uso con el carácter de obligación jurídica se imponga como ley de manera que guíe sin vacilación la actividad de todos;

2º Tal resultado es el eco de un *sentimiento* profundo de la naturaleza humana que rodea de temeroso respeto las costumbres de los antepasados y rehuye cambiarlas;

3º Por último, el *asentimiento* de los interesados, aún de aquellos a quienes la regla constriñe, importa un reconocimiento general, esencialmente voluntario, que constituye un *síntoma decisivo* del *valor intrínseco* de la norma consuetudinaria y la *mejor garantía* del equilibrio que mantiene entre los intereses reglados.

En suma, el fundamento de la costumbre reside en la propia naturaleza de las cosas.⁹⁸

69. PRUEBA DE LA COSTUMBRE. — Acerca de esto se han emitido tres opiniones diferentes:

a) *Primera opinión.* Profesada por los glosadores deseosos de hacer prevalecer el derecho romano sobre las costumbres germánicas; por los antiguos comentaristas franceses; por Demolombe, Aubry y Rau, Garsonnet y Lyon Caen y Renault, sostiene que la costumbre es un hecho que como tal debe ser probado por quien lo alega a menos que fuera notoria.

b) *Segunda opinión.* Fue sustentada por Puchta y se atiene rigurosamente al carácter de norma jurídica que reviste la costumbre, por el cual ha de ser aplicada de oficio por el Juez, aun sin prueba de las partes interesadas referente a ella. Este autor hace una aplicación directa del aforismo "jura curia novit", según el cual al juez corresponde proveer el derecho y a las partes la prueba de los hechos: "Da mihi factum, dabo tibi jus".

⁹⁸ F. Géný, *op. cit.*, n.º 116, ps. 337-338.

c) *Tercera opinión*. Fue sostenida por Savigny, Windscheid, Dernburg y Géný, y ha sido luego seguida por la doctrina, en general. Según ella, en principio la costumbre no requiere prueba, puesto que integra el ordenamiento jurídico de un país, el que debe ser reputado conocido del juez, pero con todo, éste puede exigir su prueba y la parte interesada adelantarse a producirla. Es una solución ecléctica, eminentemente práctica.

70. ESPECIES DE COSTUMBRES.— Doctrinariamente, y atendiendo al contenido de la costumbre en relación con la ley, se distinguen tres especies de costumbres: a) la costumbre “*secundum legem*”, b) la costumbre “*præter legem*”, y c) la costumbre “*contrà legem*”.

a) *Costumbre “secundum legem”*. Es la norma consuetudinaria que deriva su vigencia de una disposición de la ley: tal la que prevé la primera parte del nuevo art. 17 del Código Civil, que luego de su modificación por la ley 17.711 dice así: “*Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos. . .*”

De este tipo son las costumbres previstas en los siguientes preceptos del Código: el art. 950 que sujeta las formas de los actos jurídicos al régimen de las leyes y usos del lugar; el art. 1424 alude al plazo que determine el uso del país para hacer efectivo el precio de la cosa comprada; el art. 1427 se refiere al término de uso para recibir el comprador la cosa vendida; el art. 1504 determina el uso a que puede destinarse la cosa alquilada por la *costumbre del lugar*; el art. 1556 obliga al pago del alquiler en los plazos fijados por los usos *del lugar*, a falta de convención; el art. 1627 establece que en la locación de servicios, a falta de convención, rige el *precio de costumbre*; el art. 1632 remite a la *costumbre del lugar* para establecer el modo de hacer el trabajo en la locación de obra; el art. 2268 fija el destino de la cosa dada en comodato por la *costumbre del país*; el art. 2631 obliga al dueño de un predio a recibir las goteras del edificio vecino, cuando así lo imponga la *costumbre del pueblo*; y finalmente el art. 3020 determina la extensión de las servidumbres según el *uso local*.

b) *Costumbre “præter legem”*. Es la norma consuetudinaria que rige una situación no prevista por la ley.

Géný entiende que esta clase de costumbre reviste el valor de fuente del derecho.

En teoría pura se discute la posibilidad de que pueda haber algún margen de aplicabilidad para la costumbre “*præter legem*”, argumentándose para llegar a una conclusión negativa con la plenitud del ordenamiento legal en base a sus normas generales y particulares.

Según nuestro punto de vista la concepción hermética que postula la plenitud del ordenamiento legal para resolver cualquier con-

troversia posible por aplicación de los principios generales o particulares del mismo ordenamiento, se resiente de un *exagerado racionalismo*. No ha de pensarse que tales principios generales imperan por la sola fuerza de su lógica estructura, sino por la prudente apreciación de que el caso planteado ha de juzgarse comprendido en el ámbito de su vigencia: el derecho no es un pan-logismo, sino una ordenación justa de la sociedad que rige los hechos humanos conforme a la efectiva previsión de los mismos. De ahí que cuando se advierta que los hechos ocurridos no han sido realmente previstos por la ley, no resulta legítimo procurar un forzado regimiento legal de ellos, fiando en la sola fuerza lógica de los principios generales. En tales casos es más prudente reconocer la "laguna" legislativa y dejar obrar a las otras fuentes del derecho, entre ellas la costumbre "*præter legem*".

Por otra parte, la vigencia de esta costumbre resulta, también, de considerar que ella ha constituido una norma particular que ha venido a sustraer los hechos a que se refiere de la aplicabilidad de los principios generales de la ley.⁹⁹

Finalmente, no creemos que pueda argüirse contra la vigencia de la costumbre "*præter legem*" con lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución Nacional en el sentido de que "nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley", pues consideramos que la voz "ley" está aquí tomada en la significación de "derecho", que por cierto está también integrado por las normas consuetudinarias.¹⁰⁰

La *jurisprudencia* ha admitido la vigencia de la costumbre "*præter legem*" en diversos supuestos de vacíos de la legislación, tales como el nombre de las personas y especialmente de la mujer casada,¹⁰¹ en materia de sepulcros,¹⁰² y de servicio doméstico.¹⁰³

⁹⁹ Conf. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 85.

¹⁰⁰ Comp. E. Busso, *Cód. Civ. Anotado*, t. I, art. 17, n° 79, p. 174. Contra lo que sostenemos en el texto se suele argüir con el propósito de los constituyentes de instaurar el gobierno de la ley, de donde se deduce la ineficacia normativa de toda pretendida regla no aprobada por el legislador. Noctros pensamos que el reinado de la ley mentada por el art. 19 de la Constitución Nacional debe ser relacionado con la finalidad superior de "afianzar la justicia" inscripta en el Prámbulo: sin duda los constituyentes quisieron desterrar la arbitrariedad o discrecionalidad como sistema de gobierno y para ello proclamaron en todos los tonos el reinado del derecho. Pero no obsta a la supremacía del derecho, sino al contrario, la robustece, el reconocimiento de la virtualidad de la costumbre como norma jurídica. Adviértase que la existencia de garantías constitucionales expresas no está reñida con la validez de la costumbre como medio de expresión del derecho, como lo demuestra el hecho de haber tenido este carácter y seguir aún teniéndolo en el país de origen de nuestro constitucionalismo político: los Estados Unidos.

¹⁰¹ Cám. Civ. 1ª, "L.L.", t. 11, p. 310; *id.*, "J.A.", t. 50, p. 94; Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 50, pá. 140 y 198.

¹⁰² Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 50, p. 121; Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 60, p. 185; Cám. Com., "J.A.", t. 35, p. 739; Cám. Civ. y Com. 2ª, La Plata, "J.A.", t. 66, p. 349.

¹⁰³ Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 1, p. 675; Cám. Civ. 2ª, "L.L.", t. 14, p. 413;

La ley 17.711 ha ratificado la doctrina expuesta sobre la vigencia de la costumbre "præter legem" al establecer en el nuevo art. 17 del Cód. Civil que "los usos y costumbres no pueden crear derechos sino . . . en situaciones no regladas legalmente".

c) Costumbre "contra legem". Es la constituida en contradicción con la ley, sin que corresponda distinguir entre "consuetudo" abrogatoria y "desuetudo"; pues como dice Gény, en ambos casos hay desuso de la ley.¹⁰⁴

El pensamiento jurídico racionalista no reconocía valor alguno a la costumbre formada en desmedro de la ley. Con el advenimiento de la escuela histórica se produjo en esta materia una reacción, pues colocada la costumbre en un rango igual al de la ley, debía aceptarse la derogación de una norma legal por otra norma consuetudinaria posterior.

Puchta mantiene este principio con todo rigor. Savigny, en cambio, le introduce atenuaciones, pues para él la costumbre local no deroga la ley general, y ni aun la costumbre general puede invalidar una ley de orden público.¹⁰⁵

La doctrina alemana posterior sólo ha exceptuado la costumbre que choca con una disposición legislativa expresa que la prohibiese. Pero aun esto no se admite por todos.¹⁰⁶

La doctrina francesa no ha llegado a una posición tan avanzada. Los primeros comentaristas coinciden con Portalis en admitir el desuso de la ley. Pero suscitada la cuestión en el año 1841, con un motivo poco feliz, a propósito de la inasistencia de los testigos al otorgamiento de las escrituras públicas, la tesis del desuso legislativo no encontró buena acogida en los tribunales.¹⁰⁷

Desde entonces la mayoría de los autores niegan vigencia a la costumbre y con mayor razón a la abrogación de la ley por causa de ella. Así, Aubry y Rau, Demolombe, Laurent, Huc, Hauriou y Baudry-Lacantinerie.¹⁰⁸ Sólo Boistel, y sobre todo Beudant, se apartan du-

fallos en los cuales se ha invocado la costumbre para admitir la prueba del pago sin exigir recibos.

¹⁰⁴ F. Gény, *op. cit.*, núms. 125 y ss.

¹⁰⁵ F. C. de Savigny, *op. cit.*, t. I, p. 190.

¹⁰⁶ Así Addicckes y Laband, citados por Gény en p. 389, nota 2, rechazan toda costumbre contraria a la ley.

¹⁰⁷ Sirey, 41-I-105.

¹⁰⁸ Aubry y Rau, *Curso de Derecho Civil Francés*, 4ª ed., t. I, párr. 29, p. 56; Demolombe, *Curso de Cód. Napoleón*, t. I, núms. 35 y 100; Laurent J., *Comentario al Anteproyecto de Código Civil*, t. I, p. 199, núms. 1 y 3; Huc, *Comentario teórico práctico del Código Civil*, París, 1892-1903, t. I, núms. 49-50, ps. 58-59; Hauriou, *Compendio de derecho administrativo*, 3ª ed., p. 45; Baudry Lacantinerie y Houques Fourcade, *De las personas*, París, 1896, t. I, nº 123, ps. 84-86.

rante el siglo XIX de esa corriente, agregándose en este siglo a la disidencia los nombres ilustres de Josserand y de Bonnacase.¹⁰⁹

Gény, después de muchas vacilaciones y de anotar que no considera obligatoria la disposición legal que señalara la jerarquía de las fuentes jurídicas —materia, en verdad, impropia de la ley y propia sí de la ciencia del derecho—, se pronuncia contra el desuso derogatorio de la ley en nuestro estado actual de civilización. Se defiende este autor de la escasa lógica de su conclusión en relación con los principios que él mismo sienta sobre fuentes del derecho, significando que “la pura lógica no puede decidir una cuestión que procede antes que nada de consideraciones históricas y sociales eminentemente variables. Teóricamente —dice— son la ley y la costumbre fuentes que se nos aparecen con igual autoridad; históricamente su poder respectivo debe depender de las condiciones políticas o sociológicas en que nacen”.¹¹⁰

En nuestra opinión el predominio teórico de la ley sobre la costumbre no es asunto que pueda decidirse por fuerza de las circunstancias históricas y sociales. Desde luego, tales circunstancias pueden constituir un obstáculo para la constitución de la costumbre, pero no para impedir su vigencia cuando pese a esos factores desfavorables la costumbre se ha constituido. No es posible aceptar la ficción de un imperio de la ley que de hecho no impera cuando los sujetos a su obediencia no se sienten obligados en conciencia a respetarla. La probidad científica pide un sinceramiento con la realidad en este problema, en el cual la falta de coactividad que revela la caducidad de la vigencia de la ley es un hecho objetivo y real que no es posible desconocer mediante la proclamación de una supremacía de la ley sobre la costumbre que sería puramente nominal y resultaría desconocida por la vida del derecho.

La *jurisprudencia*, entre nosotros, no ha aceptado la virtualidad jurídica de la costumbre “contra legem”¹¹¹ salvo en materia de remates.¹¹²

La *doctrina*, en cambio, acusa una sensible evolución en favor

¹⁰⁹ C. Beudant, *Curso de derecho civil francés*, París, 1896, *Introducción*, t. I, n° 105, ps. 110-112; J. Bonnacase, *Elementos de Derecho Civil*, México, 1945, t. I, n° 141, ps. 183-188; L. Josserand, *Derecho Civil*, Bs. As., t. I, vol. 1º, n° 101, p. 106.

¹¹⁰ F. Gény, *op. cit.*, n° 129, p. 402.

¹¹¹ Corte Suprema Nacional, “Fallos”, t. 8, p. 295; *id.*, “Fallos”, t. 17, p. 187; *id.*, “J.A.”, t. 59, p. 382 y t. 31, p. 5; Cám. Com., “J.A.”, t. 23, p. 472. Pero es de hacer notar que en todos esos casos no se trataba de verdaderas costumbres, sino de corruptelas de la ley establecidas a través de prácticas a las que faltaba el elemento subjetivo de la costumbre, a saber la convicción de la obligatoriedad (*opinio juris et necessitatis*).

¹¹² Cám. Civ. 1º, “J.A.”, t. 53, p. 326.

de la validez de la costumbre "contra legem". Hasta hace treinta años ni parecía posible que ante un texto tan categórico como el antiguo art. 17 del Código Civil pudiera sostenerse la eficacia de esta clase de costumbre.¹¹³ En cambio los autores más recientes, ya antes de la ley 17.711 admitían la eficacia de la costumbre, aun de esta especie, sin duda por considerar que el anterior art. 17 del Código Civil excedía las posibilidades del legislador para incursionar en el terreno propio de la ciencia jurídica. Si bien compete a aquél fijar el sentido a que debe sujetarse el comportamiento humano, no le es dable usurpar al jurista el cometido científico, que es lo que hace cuando define para el futuro qué es lo que se reputará derecho.

Spota estudia el punto con su habitual versación y se pronuncia a favor de la validez de la costumbre "contra legem" recordando a De Page: "La ley no es la sola fuente del derecho, una ley siempre llega tarde. Interviene cuando las circunstancias lo exigen y cuando las costumbres lo imponen. La costumbre, la jurisprudencia, la equidad son las verdaderas fuentes reales del derecho. Es necesario reconocer la importancia que la vida les da".¹¹⁴

Borda admite también el desuso derogatorio de la ley. Entiende este autor que "las características propias de la legislación contemporánea obligarán a los jueces a no aplicar ciegamente el principio de que las leyes sólo pueden ser derogadas por otras leyes y a admitir con relativa frecuencia que el desuso hace caducar ciertas disposiciones legales".¹¹⁵

Arauz Castex piensa igualmente que el posible conflicto entre la ley y la costumbre se ha de resolver atendiendo a la regla que tenga verdadera efectividad, lo que "depende principalmente de la vivencia de justicia compartida en el seno de la sociedad y en especial entre los jueces".¹¹⁶

71. LA COSTUMBRE EN LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. — El *Anteproyecto Bibiloni* y el *Proyecto de 1936* no hacen lugar a la costumbre como fuente del derecho sino cuando la ley se refiere a ella, tal como preceptuaba el art. 17 del Código Civil.

No es aceptable ese criterio tan estrecho que viene a identificar en definitiva el derecho con la ley. Aun cuando los autores de esos

¹¹³ Así R. Salvat, *Parte General*, 5ª ed., nº 330, p. 173. Comp. López Olaciregui, quien denota la real gravitación de la costumbre en el derecho argentino (su anotación a Salvat, ed. del Cincuentenario, t. I, nº 330-A, p. 326).

¹¹⁴ A. G. Spota, *Tratado...*, t. I, vol. 1º, nº 138, p. 409, y Henri De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruselas, 1923, t. I, p. 17.

¹¹⁵ G. A. Borda, *Tratado...*, *Parte General*, 3ª ed., nº 59, p. 70.

¹¹⁶ M. Arauz Castex, *Derecho Civil*, *Parte General*, Bs. As., 1955, t. I, nº 54, p. 37.

proyectos participaran de ese concepto, más juicioso habría sido no imponerlo por vía legislativa, para dejar a la ciencia jurídica elaborar la teoría de las expresiones válidas del derecho. Nada se gana con declarar la inmortalidad de la ley si esto no pasa de una ficción que choca con la naturaleza de las cosas, y no por esa declaración lograrán efectiva vigencia las leyes que hayan sido, en los hechos, derogadas por la costumbre.

En un orden de ideas congruente con las que hemos expuesto, dispone el art. 5º del *Anteproyecto de Código Civil de 1954* lo siguiente: "Los jueces no pueden abstenerse de juzgar en supuesto alguno. Si la cuestión controvertida no pudiera decidirse por aplicación de norma legal, consuetudinaria o emanada de tribunal de casación, se atenderá a los principios generales del derecho y a las exigencias de la equidad teniendo en consideración las circunstancias del caso".

Al fundar la redacción del precepto transcripto, en lo referente a la inclusión de la costumbre como fuente de derecho, decíamos: "El precepto auspiciado amplía el horizonte del intérprete del derecho que ya no se verá constreñido a moverse en el plano de la ley escrita, a veces insuficiente, sino que también podrá acudir a falta de ella a la costumbre. . . Desde que una caudalosa corriente del pensamiento jurídico contemporáneo que reconoce sus nombres más eminentes en Puchta, Savigny, Rümelin, Ihering y Géný se concretó en el art. 1º del Código Civil suizo, ya no es posible dejar de ver en las costumbres un medio válido de expresión del derecho vigente en cada país. En verdad sorprende que se hubiera llegado a mediados del siglo XIX a radiar de esa posición a la costumbre, puesto que ese mismo siglo se había inaugurado con aquellas palabras, llenas de sabiduría, de Portalis, que veía en la costumbre la fuerza social que aligeraba al pueblo de las malas leyes. "Algunas veces —decía Portalis— las leyes son abrogadas por otras leyes, otras veces lo son por la simple costumbre. Esta segunda especie de abrogación, que se llama desuso, no ha escapado a los redactores. Se les reprocha no haberlo definido, pero, ¿debían hacerlo? Cuando se sabe lo que es la costumbre se sabe también lo que es el desuso, puesto que éste no es sino la abrogación de una ley por el no uso o por una costumbre contraria a ella. Al hablar del desuso, los redactores lo han presentado como la obra de una potencia invisible que sin conmoción y sin sacudimiento nos hace justicia de las malas leyes y que parece proteger al pueblo contra las sorpresas del legislador y al legislador contra sí mismo. La crítica pregunta: ¿cuál es esta potencia invisible? Es la que crea insensiblemente los usos, las costumbres y las lenguas".¹¹⁷

¹¹⁷ Discurso preliminar, en Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. I, p. 479.

Apuntamos que en la edición pulcramente realizada por la Universidad Na-

71 bis. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO COMERCIAL (Cód. de Comercio, tít. preliminar y art. 218).— En el derecho comercial la costumbre tiene una función más amplia que en materia civil, en razón de las particularidades de la actividad de los comerciantes, que está muy influida por los usos y prácticas corrientes entre ellos. Así se explica que la costumbre tenga especial significación como criterio de interpretación de los actos y contratos comerciales (conf. arts. II y V del tít. preliminar, 217 y 218, inc. 6º, Cód. Comercio).

Fuera de ello son numerosos los casos en que la jurisprudencia ha acudido a la costumbre para definir la norma aplicable. En este sentido es dable mencionar los siguientes ejemplos: la costumbre es fundamental para apreciar cuándo el empleado que vende y cobra mercaderías está facultado para ello; o para determinar cuál es la oportunidad de pagar el precio de las mercaderías vendidas; o el término de tolerancia para la entrega de esas mercaderías; o para establecer el vencimiento de una deuda; etc.

§ 6. La jurisprudencia. Concepto. Medios para lograr su uniformidad. Los recursos de inaplicabilidad de ley y extraordinario. Sentencias obligatorias. El recurso de casación en el derecho comparado. Necesidad de establecer en el país un tribunal de casación.

72. JURISPRUDENCIA: CONCEPTO.— La jurisprudencia es la fuente de derecho que resulta de la fuerza de convicción que emana de las decisiones judiciales concordantes sobre un mismo punto.

En todos los países se advierte la tendencia de los tribunales de justicia a seguir los precedentes, y de ahí que luego de haberse dictado una serie de fallos coincidentes sobre una misma cuestión jurídica, brota de ese hecho una gran fuerza de convicción para lo futuro en cuanto es dable pensar que si una cierta regla ha concitado la adhesión de los jueces es porque ella resulta justa, y por ello, la misma doctrina ha de seguir siendo aplicada.

Para que exista *jurisprudencia* se requiere, de ordinario, que la doctrina aplicable haya pasado la prueba de su sucesiva confronta-

cional de Tucumán del Anteproyecto de 1954, no aparece el párrafo transcrito, en el que se fundamenta la aceptación del derecho consuetudinario, como nos lo advirtiera el doctor E. Nieto Blanc. Ello se debe, sin duda, a que el original que me suministró para la pertinente publicación a aquella Universidad padecía de esa omisión, por un descuido de nuestra parte, que lamentamos.

ción en diversos casos. Pero, excepcionalmente, podrá ocurrir que una sola sentencia sienta jurisprudencia si cuenta con la aprobación de la crítica y constituye el apoyo referencial de ulteriores sentencias: es el "leading-case" del derecho anglo-sajón que arrastra con su fuerza persuasiva a los fallos posteriores.

El valor de la jurisprudencia como fuente o medio de expresión del derecho es diverso, según que ella haya sido dotada o no por el ordenamiento legal de la calidad de norma jurídica. En el primer caso, la jurisprudencia constituye una *fuentes formal*, es decir, es una regla emanada de una autoridad externa al intérprete con virtualidad bastante para regir su juicio: v.gr., la doctrina sentada en sentencias plenarios de las Cámaras Nacionales de Apelación, la que es obligatoria para las Salas de la misma Cámara y jueces dependientes de ella (art. 27 del decreto-ley n° 1285/58 que creó ese recurso, mantenido por el art. 303 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434). En el segundo caso la jurisprudencia es *fuentes material*, porque la doctrina que trasunta no está impuesta como regla por el ordenamiento legal, sino que vale por la fuerza persuasiva que emana de ella, conforme a la naturaleza de las cosas.

De cualquier modo, aun como fuente material de derecho positivo, la jurisprudencia reviste gran importancia porque son los tribunales los principales organismos que adaptan o concilian la ley con la vida. La ley es sin disputa en un orden jerárquico la primera de las fuentes del derecho positivo. Pero la ley es inmóvil, lo que constituye su mérito por la seguridad que brinda a la organización social y también su debilidad porque esa inmovilidad contradice la vida humana con la espontaneidad siempre renovada de sus aspiraciones y exigencias, que no pueden ser sacrificadas o asfixiadas dentro de fórmulas rígidas establecidas en mira de otras realidades diferentes, tal vez perimidas. De ahí el papel principal que en esa labor de "composición" cuadra a la jurisprudencia, como también a la doctrina de los autores.

Fuera de ello —el remedio al anquilosamiento legal— están las "lagunas" de la ley. Se ha pretendido negarlas sobre la base de una concepción hermética del sistema legal que a falta de una norma particular pará resolver el caso siempre proveería al intérprete de una norma general dentro de la cual pueda quedar subsumido el caso planteado. Pero ello será así cuando pueda demostrarse que la norma de alcance general, según su finalidad, fue dictada para comprender en su ámbito situaciones tales como la que se examina, y no en razón de la mera generalidad de la norma, porque el derecho no es una estructura puramente lógica que pueda operar por un dinamismo de exclusivo rigor dialéctico, sino que es disciplina social al servicio del hombre y de la dignidad de sus fines. De ahí que cuando en el examen total de la ley el intérprete llegue a persuadirse de la ausencia de pre-

visión de la conducta de que se trate, deberá reconocer la "laguna" de la ley, y resolver el caso por la aplicación de otras fuentes que no por subsidiarias de la ley dejan de ser expresiones válidas del derecho. Allí donde terminan las posibilidades de la ley cesa también su imperatividad, que no puede apoyarse en el solo funcionamiento de una pura lógica formal¹¹⁸

Es interesante mostrar cómo han cumplido los tribunales esta función de conciliar la rigidez legal con la variabilidad de la vida humana y de suplir las lagunas de la ley, ya realizando una interpretación extensiva de la norma legal, o restrictiva, o deformante de ella, o simplemente creando al margen de la ley el régimen efectivamente imperante.

a) *Jurisprudencia extensiva*: es la que incluye en la norma legal situaciones no previstas por el legislador. Ejemplos: 1º la inclusión en el régimen legal de la edificación en suelo ajeno, de la simple invasión de la construcción en el fundo vecino,¹¹⁹ 2º) la vocación hereditaria de los parientes legítimos extendida a los parientes colaterales naturales,¹²⁰ 3º) la extensión del régimen de la sociedad civil a la sociedad conyugal, para privar al culpable de la separación de hecho, o del divorcio, de su parte en los bienes habidos por el otro después de la separación.¹²¹

b) *Jurisprudencia restrictiva*: es la que excluye del imperio de la norma legal situaciones comprendidas materialmente en la misma. Ejemplo: la admisión de la responsabilidad de la persona jurídica por el delito cometido por sus agentes o dependientes y por el cuasidelito obrado por un representante suyo o sus miembros en común.¹²²

¹¹⁸ Contra: Aubry y Rau, *Cours de droit civil français*, 4ª ed., t. I, párr. 29, p. 56, texto nota 3.

¹¹⁹ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 27, p. 751; id., id., t. 37, p. 189; id., t. 50, p. 817, con valiosa nota de A. G. Spota; Cám. Civ. 2ª, Jur. Trib. Nac., 9 marzo 1915, p. 135. Comp. Cám. Civ., 2ª, "J. A.", t. 21, p. 904.

¹²⁰ Véase el estudio del punto en la sentencia dictada por la Sala "A" de la Cámara Civil, votos del doctor Borda y del autor en el juicio "Angeloni c/Albignini de Baigorria", publicados en "La Ley", t. 96, fallo nº 43.973, p. 60. Es de notar que la ley 17.711 ha recogido esa jurisprudencia, creando con buen sentido, aunque no buena técnica, el derecho hereditario de los hermanos extramatrimoniales, mediante un agregado hecho al art. 3585 (véase nuestra obra *Estudio de la reforma del Código Civil Ley 17.711*, año 1969, ps. 469 y ss., nº 10).

¹²¹ Cám. Civ., Sala "A", "L. L.", t. 101, p. 469, con voto del autor; Sala "C", "L. L.", t. 74, p. 280, y p. 749; id., Sala "B", "J. A.", 1955-II, p. 103; id., Sala "D", "L. L.", t. 83, p. 703, y t. 89, p. 234. Ésta es otra de las avanzadas de la jurisprudencia que ha recogido muy acertadamente la ley 17.711, al plasmarla en el nuevo art. 1306, párrafo final (véase nuestra obra citada en la nota anterior, p. 286 y ss., nº 9).

¹²² Cám. Civ., Sala "A", voto del autor que estudia el punto, publicado en

c) *Jurisprudencia deformante*: es la que "deforma" o desvía el sentido de la norma legal para satisfacer lo que estima una necesidad de la vida. Ejemplo: 1º) la admisión de la "incompatibilidad de caracteres" como causal de divorcio, concepto extraño al de "injurias graves" que la ley prevé para ello,¹²³ 2º) la negación de alimentos al cónyuge divorciado que lleva vida inmoral,¹²⁴ 3º) la inadmisibilidad del cobro de alimentos que se han dejado acumular, no obstante lo dispuesto en el art. 4027, inc. 1º, Cód. Civ., que autorizaría la percepción de los atrasos hasta 5 años,¹²⁵ 4º) la inadmisibilidad del lucro pretendido por el cesionario de un crédito a costa de la sucesión de su hermano.¹²⁶

d) *Jurisprudencia derogatoria*, es la que elabora el régimen a que ha de sujetarse cierta situación, contraviniendo lo dispuesto por la ley. Ejemplos: 1º) la concesión al vendedor de inmuebles de la facultad de resolver el contrato en razón del incumplimiento de las obligaciones a cargo del comprador, no obstante lo dispuesto por los arts. 1204 (antiguo) y 1432 del Cód. Civil,¹²⁷ 2º) el levantamiento de la prohibición de adoptar por quien tiene hijos legítimos o extramatrimoniales reconocidos, que había dispuesto el art. 5º, incs. a) y b) de la ley 13.252, cuando média conformidad de los hijos.¹²⁸

72 bis. LA SENTENCIA COMO FUENTE DE DERECHO; CARACTERES; NATURALEZA JURÍDICA. — Dado que la jurisprudencia se constituye por la reiteración uniforme de las

"L. L.", t. 93, p. 656. Como en los casos citados en las dos notas anteriores, la ley 17.711 ha concordado la letra del art. 43 con la jurisprudencia imperante, a través de una fórmula que ha suscitado observaciones (véase nuestra obra antes citada, ps. 23 y ss., nº 3).

¹²³ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 23, p. 813; id., t. 25, p. 1316; Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 7, p. 459; id., t. 12, p. 376. Contra esa jurisprudencia que importaba claramente la creación de una nueva causal de divorcio no contemplada por la ley, han reaccionado los tribunales que actualmente rechazan el divorcio fundado en esos motivos: Cám. Civ., Sala "A", 2 nov. 1958, causa nº 47.559 (fallo inédito); id., Sala "C", "L. L.", t. 68, p. 412, y t. 77, p. 567; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 75, p. 316; id., "J. A.", 1943-II, p. 405; Cám. Civ. 2ª, "L. L.", t. 22, p. 552.

¹²⁴ Cám. Civ. 2ª, "Gac. Foro", t. 108, p. 251; id., "L. L.", t. 16, p. 839. Sobre este asunto la ley 17.711 ha admitido que se reitere el juzgamiento en materia de divorcio para lograr la declaración de culpabilidad, por su inconducta posterior, de un cónyuge que fue inocente del divorcio, lo que arrastra la pérdida de varios derechos, incluso los alimentos (véase art. 71 bis de la ley 2393, y nuestra obra citada en nota 120, ps. 404 y ss.).

¹²⁵ Cám. Civ. en pleno, "J. A.", 1954-II, p. 832, y "L. L.", t. 75, p. 737.

¹²⁶ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", 1943-IV, p. 248.

¹²⁷ Cám. Civ. en pleno, "J. A.", 1953-III, p. 52.

¹²⁸ Cám. Civ. en pleno, "L. L.", t. 97, p. 72.

La nueva ley de adopción 19.134 ha regulado el punto con un criterio distinto al de esa jurisprudencia.

sentencias judiciales cuadra dar el concepto de estas últimas.

Se puede decir siguiendo la orientación de López Olaciregui (en su actualización al Tratado de Salvat, t. I, n^o 27-A) que la sentencia es un acto jurisdiccional emanado de juez competente, que está fundado en derecho y soluciona un conflicto, por modo que obliga a las partes.

Si se penetra en la substancia de ese acto se advierte que laten en él dos elementos, uno racional y otro de autoridad o jurisdiccional.

El elemento racional aparece en los *considerandos* de la sentencia sin los cuales ésta carecería de validez. Trasunta el razonamiento seguido por el magistrado para llegar a la conclusión que se estima correcta y atiende al fundamento en que se sustenta el orden normativo aplicado.

El elemento de autoridad, o jurisdiccional, resalta en la parte *dispositiva* de la sentencia que impone con la fuerza de un Poder del Estado (el Judicial) la decisión que el órgano al que pertenece ese poder (el juez) ha definido declarando la solución de derecho que corresponde aplicar en el caso dado. Luego se impondrá el efectivo cumplimiento de lo decidido en el trámite de ejecución de sentencia que ordena a instancia de parte el mismo magistrado.

Finalmente, cuadra decir que bajo el prisma de su naturaleza jurídica, la sentencia es concebida como un acto jurídico (conf. art. 944, Cód. Civ.) que tiene la peculiaridad de emanar de un órgano jurisdiccional que ejerce un poder del Estado.

73. MEDIOS PARA LOGRAR LA UNIFORMIDAD DE LA JURISPRUDENCIA. — La uniformidad de la jurisprudencia es una necesidad social y la mejor garantía de estabilidad jurídica. La contradicción entre dos fallos sobre una misma cuestión revela una vida jurídica precaria, porque siendo el derecho el ordenamiento social justo, aquel hecho comprueba que en una de las dos especies no prevaleció la justicia, no obstante la buena voluntad que haya movido a los jueces en cada caso. Una organización judicial que permite semejante cosa con el escándalo popular consiguiente, es sumamente

deficiente. Por esto mismo desprestigia a la judicatura al dejar librado el resultado de los pleitos al azar de las reglas de competencia y de turno de los jueces, lo que es inaceptable “porque la convivencia decente y armoniosa depende en gran medida de que cada habitante tenga la sensación de que en los jueces tiene el amparo seguro de su derecho y la sanción inexorable de su falta”.¹²⁹

Los medios para lograr la uniformidad de la jurisprudencia son: a) el recurso de inaplicabilidad de ley, b) el recurso extraordinario, y c) el recurso de casación aún no instituido en nuestro país. Daremos una noción de tales recursos.

74. a) RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY.— Este recurso está organizado desde antiguo en la Provincia de Buenos Aires y lo ha sido hace pocos años en el orden nacional por el decreto-ley 1285/58, habiéndolo mantenido el Código Procesal Civ. y Com. de la Nación (ley 22.434), en sus arts. 288 a 303. Su finalidad consiste en el mantenimiento de una interpretación uniforme del derecho por los tribunales de una misma jurisdicción, lo que se obtiene mediante la revisión que hace un tribunal de la sentencia dictada por otro, generalmente de jerarquía inferior, para apreciar si la ley aplicada ha sido interpretada correctamente. No se trata de una revisión para indagar la justicia del fallo con arreglo a los hechos controvertidos por los litigantes, sino de la sola apreciación acerca de la correcta interpretación del derecho aplicable.

En la provincia de Buenos Aires el recurso se sustancia ante la Suprema Corte de Justicia provincial respecto de las sentencias dictadas por las distintas Cámaras de Apelaciones.

En la Capital Federal, y en las provincias en el fuero federal, el recurso de inaplicabilidad de ley, creado hace pocos años, se interpone dentro de los diez días de notificada la sentencia definitiva, ante la Sala que la pronunció (art. 292) y la que sigue en orden de turno determina su admisibilidad, la existencia de contradicción y la suficiencia de fundamentación (art. 293). Procede cuando la sentencia objetada contradice otra an-

¹²⁹ M. Arauz Castex, *Derecho Civil, Parte General*, Bs. As., 1955, t. I, n° 74, p. 48.

¹³⁰ Una noción clara y sencilla del recurso extraordinario brinda Juan Carlos Beccar Varela en “Aspectos prácticos del recurso extraordinario”, publicado en “J. A.”, 1959-VI, sec. doctr., p. 75. Para un conocimiento completo del tema remitimos a Esteban Imaz y Ricardo E. Rey, *El recurso extraordinario*, ed. Jurisprudencia Argentina.

terior del tribunal siempre que el precedente haya sido mencionado concretamente por el interesado y hubiese sido dictado dentro de los diez años anteriores (conf. art. 288, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434). La doctrina sentada en el fallo plenario debe ser aplicada obligatoriamente por los jueces de la misma Cámara y de primera instancia subordinados a ella, todos los cuales podrán dejar a salvo su opinión personal contraria (art. 303 del Código antes citado).

75. b) RECURSO EXTRAORDINARIO. — Este recurso de apelación extraordinaria para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación no tiene cómo objetivo inmediato la uniformidad de la jurisprudencia pero produce ese resultado con relación a su materia propia por ser único el tribunal de alzada. De ahí la necesidad para los tribunales inferiores de ajustarse a lo decidido por la Corte, pues en caso contrario sus sentencias podrán ser revocadas por vía de este recurso.

El recurso extraordinario está reglado por el art. 14 de la ley 48, y tiende a mantener la supremacía de la Constitución y de los derechos fundados en ella, así como de las leyes nacionales dictadas en su consecuencia, de los tratados con las naciones extranjeras, y de lo dispuesto por las autoridades nacionales. Procede este recurso respecto de las sentencias definitivas dictadas por los tribunales de última instancia de cada jurisdicción local, es decir de cada provincia y de la Capital Federal.¹³⁰

76. c) RECURSO DE CASACIÓN. — Remitimos a lo que expresamos en el n° 78-79.

77. SENTENCIAS OBLIGATORIAS. — Son las que dictan las Cámaras Nacionales de Apelaciones, que están integradas por Salas, cuando se reúnen en pleno, ya por propia iniciativa, ya para sustanciar algún recurso de inaplicabilidad articulado respecto de la sentencia dictada por una Sala del tribunal (conf. art. 303 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434). Los disidentes, como antes se ha dicho, pueden dejar a salvo su opinión, pero deben ajustar las ulteriores decisiones a la doctrina del fallo plenario.

¹³¹ Sobre el tema de la obligatoriedad de las sentencias plenarias, véase la opinión discordante de José C. Sartorio en "La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad", publicado en "L. L.", t. 96, p. 799. Comp. Gottheil J., "La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su constitucionalidad", en "L. L.", t. 96, p. 874. Especialmente recomendable, sobre el tema, es la lectura de las ampliaciones de López Olaciregui J. M. al Tratado de Salvat, Parte General, ed. 1964, t. I, núms. 27-A a 30-A, esp. ps. 76-77.

Por esto la sentencia plenaria resulta obligatoria para lo futuro en cuanto a la doctrina legal que ella ha definido. De ahí que constituya una verdadera fuente formal de derecho de la que emana una norma jurídica válida para todas las situaciones posteriores.¹⁸¹

78. EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. — El recurso de casación es el remedio instituido para uniformar la jurisprudencia dentro del ámbito territorial donde se aplica un mismo derecho.

Aun cuando dentro de un país exista una legislación uniforme, por razón de las diversas jurisdicciones territoriales en que el país está dividido, hay el peligro de que la teórica uniformidad legislativa resulte de hecho fraccionada en tantas diversidades como distritos judiciales puedan existir.

Para eludir este grave inconveniente, en los países europeos tales como Francia, Italia, España y Alemania, se ha creado un tribunal llamado de casación con jurisdicción en todo el territorio del país, cuyo cometido es apreciar la interpretación del derecho que han efectuado los tribunales de última instancia de cada circunscripción judicial. Si el tribunal de casación entiende que la interpretación realizada por los tribunales de distrito no es adecuada, casa —anula, del francés “casser”— la sentencia dictada, variando según los sistemas, las ulterioridades del procedimiento.

En el sistema francés e italiano, anulada la sentencia por el tribunal de casación, se remite el pleito para su pleno juzgamiento a otro tribunal de distrito, el cual puede libremente coincidir o no con el tribunal de casación acerca del derecho aplicable y su interpretación: si lo primero, juzga el pleito conforme al criterio de coincidencia; si lo segundo declara su disconformidad y eleva el expediente para que la Corte de Casación, en pleno, se pronuncie sobre el punto de derecho en cuestión. Cuando el criterio del tribunal de casación sea mantenido por la Corte en pleno, se girará el pleito a un tercer tribunal de distrito para que lo juzgue conforme a la doctrina jurídica que se ha fijado, sin libertad para dejarla de lado. En este procedimiento el recurso de casación se refiere exclusivamente al análisis del derecho aplicable sin juzgar de los hechos de la causa.

En el sistema español, cuando el Tribunal Supremo casa la sentencia dictada por los tribunales de distritos, dicta nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto, juzgando asimismo de los hechos de la causa. No hay, pues reenvío del expediente a otro tribunal.

En pura teoría hay mayor perfección en el sistema francés porque el tribunal de casación se mantiene siempre en el plano del dere-

cho, sin atender a las circunstancias de hecho propias de cada pleito, cuyo juzgamiento no le incumbe. Pero en la práctica el trámite resulta excesivamente dilatorio de la solución final.

79. NECESIDAD DE ESTABLECER EN EL PAÍS UN TRIBUNAL DE CASACIÓN. — En nuestro país existe el peligro de que la aplicación de los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería en cada provincia y en la Capital Federal, que constituyen 23 jurisdicciones independientes, convierta a cada código en tantos como jurisdicciones existen, por la posible prevalencia de criterios interpretativos diferentes.

Un conato de establecimiento de tribunal nacional de casación fue insinuado en la reforma constitucional de 1949, la que atribuía (art. 95) a la Corte Suprema funciones de tal, luego de reglamentarse por ley el recurso de casación correspondiente, lo que nunca llegó a hacerse, sin duda porque para que pudiera funcionar la Corte en ese carácter se hacía indispensable elevar varias veces el número de miembros del tribunal.

Para evitar el fraccionamiento o mosaico de la legislación de fondo, que los constituyentes quisieron fuera uniforme en todo el país, es necesario dictar una ley de creación del tribunal nacional de casación, que no repugna al art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional porque ese tribunal no hará "aplicación" de los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social que el precepto referido ha reservado a los tribunales locales, sino que se limitará a "fijar" la interpretación aplicable, dejando su aplicación al tribunal que deba intervenir según las reglas procesales de cada provincia y de la Capital Federal.¹³²⁻¹³³

§ 7. La doctrina de los autores. Importancia. Antecedentes históricos. Derecho moderno. Su influencia en la evolución del derecho. Doctrina nacional y extranjera.

80. LA DOCTRINA: IMPORTANCIA. — Observa Planiol que la doctrina juega en la ciencia del derecho el mismo papel que la opinión pública en la política, el que es muy considerable, pues orienta la interpretación que cuadra efectuar del derecho y prepara, por su labor crítica y por el valor de la

¹³²⁻¹³³ Sobre el punto consultar Spota Alberto G., *Tratado...*, t. I, vña 1º, núms. 147 y ss., ps. 439 y ss., y especialmente sobre la distinción entre la aplicación y la interpretación de los códigos, nº 164, p. 471.

enseñanza, muchos cambios en la legislación y en la jurisprudencia.

Esto explica la importancia de la doctrina en la evolución del derecho, pero aún respecto del derecho positivo vigente la doctrina es elemento capital de su conocimiento, porque la jurisprudencia, que hace vivir el derecho, suele tomar los principios de sus decisiones de la cantera inagotable que le proporciona la doctrina de los autores.

81. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. — En Roma la influencia de los doctrinarios del derecho fue fundamental. En un principio los patricios, como únicos iniciados en el conocimiento del “jus civile”, acogían a la clientela que los consultaba y le daban sus respuestas, a modo de un oráculo.

Después de la publicación de las XII Tablas y alcanzada la igualdad política por los plebeyos, se salió de aquella especie de misterio difundiéndose la profesión de jurisconsulto, que no consistía solamente en la evacuación de consultas sino también en la enseñanza del derecho abierta a todos. Tiberio Coruncanio fue el primer plebeyo que llegó a la dignidad de gran pontífice y además ejerció la profesión del derecho. Luego de él, dice Cicerón, muchos le siguieron y cerca de 50 años después el Senado obsequió a Escipión Nasica una casa en la Vía Sacra para que pudiese ser consultado más fácilmente.

Según Cicerón, en su tiempo, la profesión de jurisconsulto se resumía en 4 palabras: “respondere”, “cavere”, “agere” y “scribere”, es decir, responder a las consultas, aconsejar las precauciones legales en los negocios, representar y patrocinar en los juicios, y enseñar mediante la publicación de libros de derecho. Practicando esta última actividad, Quinto Mucio Scévola constituyó, según Pomponio, el “jus civile”, es decir, el derecho fundado por los pretores desarrollado en su conjunto general a través de 18 libros.

La gravitación e influencia de los jurisperitos fue grande en Roma. Su pensamiento y doctrina, por el crédito que merecía y por la autoridad del saber, llegó a ocupar un lugar señalado como fuente de derecho, pues los Pretores lo seguían habitualmente. El dictamen del jurisconsulto no se imponía al Pretor como obligatorio: su autoridad no era individual, sino de conjunto por la coincidencia de pareceres, por el poder de la lógica y por la utilidad que brindaba al buen sentido de los romanos.

Augusto acordó a ciertos jurisconsultos la facultad de evacuar consultas con fuerza de ley: eran los que gozaban del “jus publice respondendi ex autoritate principis”. Los demás jurisconsultos ejercitaban

el "jus publice respondendi sine auctoritate principii" e influían sobre los jueces por el vigor y lógica de sus opiniones.

En la primera mitad del siglo II, el emperador Adriano modificó el sistema exigiendo, para que tuviesen fuerza de ley, que las opiniones de los jurisconsultos dotados del "jus publice respondendi" fueran concordantes. Pero como mantuvieron su valor las opiniones escritas de los jurisconsultos oficiales fallecidos proliferaron las normas de este carácter a tal punto que se hizo necesaria una selección de fuentes doctrinarias: tal el sentido de la ley de citas de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III (año 426) que sólo acordó valor de fuente formal a los textos de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo, y a los citados por éstos probándose la autenticidad de la cita.

Justiniano extinguió a la doctrina como fuente formal de derecho después de recoger en el Digesto las opiniones de los jurisconsultos más valiosas. Pero la fuerza de ellas, a partir de entonces, no provenía de su origen doctrinario, sino de haber pasado a ser texto legal comprendido en el Corpus Juris Civilis. Se dio así una evolución interesante de opiniones doctrinarias que quedaron condensadas en un texto legal.

82-83. LA DOCTRINA EN EL DERECHO MODERNO. — En nuestro tiempo la doctrina de los autores no constituye una fuente formal del derecho, porque ella no impera en virtud de una autoridad que se imponga al intérprete independientemente del asentimiento intelectual de éste. La doctrina vale como expresión o traducción del derecho por la fuerza de convicción que ella es capaz de transmitir. Y desde este punto de vista la importancia de la doctrina como fuente científica del derecho, en el decir de Gény, es innegable, por el sistemático conocimiento del ordenamiento jurídico que ella proporciona, al mostrar al intérprete todas las posibilidades del derecho positivo. Por lo demás, de ordinario, las cuestiones dudosas o controvertidas se deciden por la postura que frente a ellas asume la doctrina.

¹³⁴ R. Savatier, *Cours de Droit Civil*, 2ª ed., París, 1947, t. I, n° 22, p. 15

¹³⁵ Tomás D. Casares, *La justicia y el derecho*, 2ª ed., p. 292.

¹³⁶ R. Savatier, *op. cit.*, *loc. cit.*

§ 8. La equidad. Noción. Su arraigo constitucional. Conflicto con la ley y modo de resolverlo.

84. NOCIÓN DE LA EQUIDAD. — La equidad es la versión inmediata y directa del derecho natural, o como dice Savatier, “el derecho natural interpretado objetivamente por el juez”.¹⁸⁴

Recordamos con Casares que el derecho natural es “aquel conjunto de primeros principios del orden jurídico que deben informar esencialmente toda legislación positiva para que sea de veras derecho o asignación de lo propio a cada uno de acuerdo con las esenciales exigencias de la naturaleza humana en cada circunstancia”.¹⁸⁵

De aquí se sigue que la equidad ampara los bienes fundamentales del hombre cuya privación trae consigo la pérdida de la existencia o condición humanas.

Desde luego ese amparo de bienes humanos fundamentales es de ordinario logrado por el derecho positivo que, según se ha explicado, es la traducción del derecho natural a una circunstancia histórica concreta determinada. Y, en especial, el amparo lo brinda la ley, que es el principal medio de expresión del derecho positivo.

Pero, como dice Savatier, “si la ley procura traducir el derecho natural, una traducción más completa y detallada debe hacerse a la medida de los casos concretos y de sus exigencias. La ley no ha podido prever la variedad y multiplicidad de los mismos. El juez se servirá, pues, de la equidad para decir el derecho cuando el legislador es oscuro o cuando es incompleto”.¹⁸⁶

Adviértase que la equidad proporciona el criterio para arribar a una solución de especie que, según dice Aristóteles, obtiene “una dicha rectificación de la justicia rigurosamente legal”. Para Aristóteles hay ciertas materias rebeldes a una sujeción a normas generales. “Y así en todas las cuestiones respecto de las cuales es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley no es menos buena por esto; la falta está por entero en la naturaleza misma de las cosas, porque ésta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general y en los casos particulares hay

¹⁸⁷ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro V, capítulo X.

algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se engaña por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirle y suplir su silencio. . .” “Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado a causa de la fórmula general de que se ha servido”.¹³⁷

Con ello se denota la *función complementaria* de la ley que incumbe a la equidad en virtud de la “indocilidad” de cierta materia jurídica para sujetarse a la generalidad de la ley. Esa es también la función que desempeña la equidad cuando conscientemente la ley adopta una directiva flexible que se remite a ella, v.gr., el art. 4º de la Constitución Nacional en su exigencia del carácter “equitativo” de los impuestos a establecerse.

Pero además, la equidad llena una *función principal* como medio de expresión del derecho, ya en un aspecto *positivo*, ya *negativo*.

En el aspecto *positivo* la equidad da origen a la obligación natural. En efecto, el art. 515 establece: “Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho a exigir su cumplimiento. Naturales son las que, fundadas sólo en el derecho natural y la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas. . .” En este caso la equidad es una fuente de eficacia jurídica restringida.

En el aspecto *negativo* la equidad impide que una prerrogativa individual fundada en una norma de derecho positivo menoscabe una facultad o atribución fundada en el derecho natural.

85. ARRAIGO CONSTITUCIONAL DE LA EQUIDAD. CONFLICTO ENTRE LA EQUIDAD Y LA LEY Y MODO DE RESOLVERLO. — Si se recuerda cuál es la influencia del derecho natural sobre el derecho positivo —véase *supra* nº 28— se comprenderá que el aspecto negativo a que se ha aludido en el párrafo anterior, constituye el ámbito propio y ordinario de vigencia de la equidad, o, mejor dicho, de paralización de la iniquidad legal.

Casares ha visto con singular lucidez cuáles son las virtualidades de este principio de operación jurídica que es la equidad. Comienza por establecer el propósito general y esencial de la Constitución Nacional expresado en el Preámbulo, según el cual uno de los fines de la organización político-social argentina es “afianzar la justicia”, que no significa solamente afianzar el Poder Judicial. “Una magistratura sabiamente organizada, obligada a aplicar sin recurso alguno leyes inicuas, no afianza la justicia sino la iniquidad”.¹³⁸

¹³⁸ T. D. Casares, *op. cit.*, p. 284.

El art. 59 del antiguo Código de Procedimientos de la Capital Federal parecía oponerse a esta supremacía de la equidad sobre la iniquidad legislativa. Ese precepto disponía: "El Juez debe siempre resolver según la Ley. Nunca le es permitido juzgar del valor intrínseco o de la equidad de la ley".

No obstante, nos parece claro que ese texto requería una adecuada interpretación conforme a la directiva emanada de la propia Constitución, ya que en la literalidad de sus términos resultaba francamente inconstitucional. Desde luego, el juez no puede juzgar de la perfección de la ley en orden a su conveniencia o a la política legislativa que incumbe determinar al Poder Legislativo, pero de su justicia —cuyos principios están por encima de toda consideración circunstancial y todo criterio subjetivo, porque provienen de la naturaleza de las cosas—, de la justicia de la ley, dice Casares, "no sólo puede juzgar sino que debe hacerlo: 1º) porque es un imperativo de la conciencia; 2º) por respeto a la Constitución, ley de las leyes (art. 31, Const. Nac.), que manda que la justicia sea afianzada. ¿Cómo? Sancionando el Estado leyes justas, aplicándolas los jueces estrictamente cuando son justas, y negándose a aplicarlas por respeto a la justicia, que es en esto respeto a la Constitución, cuando las leyes violan los principios esenciales del orden justo que el Estado debe mantener".¹³⁹

En suma, la equidad es incuestionablemente una fuente de derecho, o medio de expresión del mismo. Pero es menester formular una observación importante. Como la equidad aplicada en todo y por todo puede quebrantar la *seguridad* de la ley positiva, a veces cuando el bien que pueda quebrantar o menoscabar la ley no sea primordial para la existencia y dignidad del hombre, la prudencia aconseja que ceda la equidad ante la ley para que se salve el orden de la sociedad. Otra cosa "sería una obstinación injusta de la justicia, porque pretendería mantener perpetuamente una sociedad en estado deplorable —de inseguridad jurídica— por no privar de su derecho a un individuo".¹⁴⁰

La opción, en los casos de conflicto, entre la equidad y la ley positiva será otra tarea del "buen sentido" del intérprete que deberá orientarse por el criterio que queda señalado.

85 bis. EXPANSIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD. LEY 17.711. — La ley 17.711 ha reconocido la penetración de la equidad en el derecho positivo vigente. Entre los varios supuestos que trasuntan la influencia de la equidad para definir

¹³⁹ Conf. T. D. Casares, *op. cit.*, ps. 284-285.

¹⁴⁰ Taparelli, citado por J. M. Bargalló Cirio, *Sociedad y persona*, Bs. As., 1943, p. 195.

la solución apropiada mencionaremos los siguientes: 1) Según el agregado hecho al art. 907, en caso de daño involuntario los jueces pueden disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, y teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima;^{140 bis 2)} La reforma introducida en el art. 954 prevé que en los casos de vicio de lesión el perjudicado puede demandar la nulidad del acto o un reajuste equitativo del convenio; por su lado, el demandado por acción de nulidad puede mantener la validez del acto ofreciendo un equitativo reajuste;^{140 bis 1)} 3) Según el agregado efectuado al art. 1069 es posible reducir equitativamente la indemnización a cargo del autor de un acto ilícito culposo en función de la situación patrimonial del deudor;^{140 bis 2)} 4) El nuevo art. 1198 incorpora al derecho positivo la teoría de la imprevisión.^{140 bis 3)} En tal caso el demandado por resolución de un contrato que se ha tornado excesivamente oneroso para el actor, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, puede “impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato” (nuevo art. 1198, “in fine”); 5) Según el art. 1316 bis sancionado por la ley 17.711 “los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución de ésta se determinarán reajustándolos equitativamente, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso”. Es de notar que sin duda por un olvido del legislador no se ha contemplado la situación inversa de créditos de la sociedad conyugal contra alguno de los esposos, por el aprovechamiento que éste hubiere hecho en sus bienes pro-

^{140 bis} Con respecto a las indemnizaciones de equidad remitimos a nuestra obra *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, ps. 212 y ss.

^{140 bis 1)} Acerca de la incorporación del vicio de lesión subjetiva remitimos a nuestra obra citada en la nota anterior, ps. 57 y ss., e *infra* n° 1475 bis.

^{140 bis 2)} Con respecto a la atenuación equitativa de la responsabilidad por culpa, remitimos a nuestra obra citada en nota 140 bis, ps. 227 y ss.

^{140 bis 3)} Acerca de la teoría de la imprevisión que aparece incluida en el nuevo art. 1198 del Cód. Civil, remitimos a nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. I, núms. 214-230.

pios de fondos gananciales, supuesto en el cual corresponde, sin embargo, aplicar la misma solución; 6) También influye la equidad para reducir la utilidad pactada a favor del locador, cuando el dueño de la obra desiste de su ejecución (conf. nuevo art. 1638). Esta solución recoge una convincente jurisprudencia; ^{140 bis 4} 7) Según el agregado hecho al art. 3477 el valor que debe colacionar el heredero que ha recibido en vida del causante algún beneficio, debe computarse al tiempo de la apertura de la sucesión. Empero, como tratándose de créditos o sumas de dinero, el valor de esos bienes es inalterable, la nueva disposición autoriza a los jueces a “determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso”. De ese modo se puede templar la influencia negativa de la inflación que resultaría muy injusta para los herederos no beneficiados con la donación si los valores colacionables tuviesen que computarse en función de las cifras del tiempo en que las donaciones fueron hechas, tal como lo disponía el antiguo art. 3602.

Los preceptos enunciados muestran la honda penetración de la equidad en el ordenamiento jurídico vigente, lo cual ha de computarse como un mérito sobresaliente de la reforma aportada por la ley 17.711.

^{140 bis 4} El antiguo art. 1638, que autorizaba al dueño de la obra a desistir de ella en cualquier momento, lo obligaba a indemnizar al locador por “todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato”. No obstante, algunos fallos entendieron que la utilidad mentada no era el precio de la locación, sino la utilidad líquida, luego de descontados los gastos ahorrados en virtud de la no prosecución de la obra (Cám. Civil, Sala “A”, causa Palmieri c/Ryan del 22 de julio de 1959; íd., “J.A.”, 1964-II, p. 360, “L. L.”, t. 112, p. 392, y “El Derecho”, t. 5, p. 604; conf. Cám. Civ., Sala “D”, “L. L.”, t. 74, p. 254), como también los probables ingresos que el constructor hubiera podido lograr mediante el empleo a favor de terceros de la misma actividad profesional que resultó liberada por el desistimiento de la obra (fallos citados de la Cám. Civ., Sala “A”; conf. Cám. Civ. 1^o Capital, “J. A.”, t. 66, p. 846; Cám. Civ. 2^o Capital, “J. A.”, 1943-IV, p. 353).

La ley 17.711 ha experimentado la influencia de esa convincente jurisprudencia que evita un enriquecimiento sin causa.

¹⁴¹ Para intensificar el estudio del tema remitimos a Spota, A. G., *Tratado...*, t. I, vol. 1^o núms. 118 y ss., ps. 365 y ss., si bien este autor encara el tema con criterio distinto del sostenido por nosotros.

§ 9. El derecho comparado. Noción. Importancia.

86. NOCIÓN DEL DERECHO COMPARADO. — El derecho comparado consiste en el estudio de las diversas instituciones jurídicas a través de las legislaciones positivas vigentes en distintos países.¹⁴¹

87. IMPORTANCIA Y VIRTUALIDADES DEL DERECHO COMPARADO. — Dos concepciones diferentes se han esbozado respecto del carácter de esta ciencia.

Para unos autores —es la concepción de Saleilles—, el derecho comparado es una disciplina auxiliar del derecho nacional positivo que contribuye a reforzar las soluciones de éste o insinuar sus cambios.

Para otros autores —es la concepción de Lambert— es una ciencia principal, autónoma, que pone de relieve el fondo común de las diversas legislaciones positivas, con lo que permite alcanzar el conocimiento de las leyes de la evolución de dichas legislaciones, las finalidades perseguidas y la existencia de principios que reciben una adhesión más o menos numerosa.

Nosotros aceptamos la primera opinión porque no rendimos tributo al positivismo jurídico. El criterio de verdad, en el orden jurídico —*justicia inmanente más circunstancia social concreta*—, no resulta del estudio del derecho comparado, sino que le precede y sirve para enjuiciar axiológicamente al derecho comparado prevaleciente en una época determinada. Por eso, si se lo encara como ciencia auxiliar del derecho nacional, el derecho comparado tiene efectiva utilidad y desempeña el papel de un ingrediente del método de interpretación. No se trata, dice Saleilles, de fundir el derecho local en un sistema comparativo unificado, respecto del cual cada legislación nacional no sería sino una rama divergente, como se podría decir, por ejemplo, de las codificaciones alemanas, con relación al derecho común alemán anterior a la sanción del Código de 1900. Se trata de “estudiar principalmente, en una o varias legislaciones dadas, el funcionamiento de la institución en la cual se busca inspiración a fin de examinar de cerca la organización práctica, pesar las ventajas e inconvenientes y preguntarse cuáles han sido los resultados adquiridos”.¹⁴²

¹⁴² Saleilles R., cit. por Spota A. G., *Tratado...*, t. I, vol. 1º, nº 119, p. 366, nota 3.

¹⁴³ Así lo ha sostenido el autor en el voto dado como juez integrante de la Sala “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en el juicio “Consortio de Propietarios Paraguay 1148 c/Migone Alberto”, publicado en “L. L.”, t. 101, p. 635.

Desde este punto de vista es incuestionable la importancia del Derecho Comparado, tanto más cuanto la evolución social y económica de los pueblos se orienta hacia un tráfico más frecuente de personas, ideas y bienes.

§8. MÉTODO DE DERECHO COMPARADO. — Corresponde señalar dos orientaciones metodológicas en la investigación referente al Derecho Comparado: a) investigación restringida a legislaciones de similar afinidad cultural; b) investigación amplia a través de toda clase de legislaciones.

Conforme al criterio adoptado en el párrafo precedente, entendemos que el método apropiado es el primero de los mencionados, pues ningún rigor científico puede esperarse de investigaciones que indiscriminadamente computan los datos provenientes de legislaciones carentes de homogeneidad cultural.

89. SÍNTESIS FINAL. — En suma, considerado el Derecho Comparado como fuente de derecho, sólo tiene el valor de elemento corroborante de la solución indicada por *otro medio* de expresión del derecho nacional, v. gr. cuando se admitió la vigencia, en nuestro país, del principio que veda el abuso del derecho,¹⁴³ aun con anterioridad a la reforma del art. 1071 efectuada por la ley 17.711.

Pero, en cambio, si se trata de considerarlo como factor computable en el trance de sancionar la ley y especialmente elaborar un código, entonces el derecho comparado suministra un aporte de inapreciable valor, como ocurre cuando se trata de formar opinión sobre la inhabilitación del pródigo o sobre la conveniencia de adoptar la lesión enorme, tópicos sobre los cuales la experiencia del derecho comparado sugiere una orientación definida que no debe ser desatendida. Recientemente, la ley 17.711 se ha afiliado a esa tendencia del derecho universal, en lo que toca a los institutos mencionados: véanse art. 152 bis y nuevo art. 954.

CAPÍTULO II

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO *

§ 1. Interpretación legislativa, judicial y doctrinaria. Esfera del legislador y del juez: soluciones diversas.

90. NOCIÓN.— Establecida la norma jurídica incumbe a todos los habitantes y en particular a los funcionarios públicos y jueces la obligación de aplicarla. Pero la *aplicación* de la norma exige su previa *interpretación* para determinar si el caso concreto que se examina debe incluirse o no en aquélla. Esta tarea es la función más alta del juez y la más ardua por las dificultades graves que se presentan al establecer el alcance del precepto jurídico, sobre todo cuando resulta oscuro o ambiguo.¹

Interpretar es buscar el sentido y valor de la norma para medir su extensión precisa y apreciar su eficiencia en cuanto

* BIBLIOGRAFÍA: Gény F., *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 2ª ed., Madrid, ps. 25-220 y 520-682; Reichel H., *La ley y la sentencia*, Madrid, 1921, ps. 1-55; Bonnacase J., *Elementos de Derecho Civil*, ed. Méjico, 1945, t. I, ps. 117-163; De Ruggiero R., *Instituciones de Derecho Civil*, ed. Madrid, t. I, ps. 131-164; Cossio C., *El derecho en el derecho judicial*, Ba. As., 1945; Aftalión E., *La interpretación en la ciencia del derecho*, "L. L.", t. 57, p. 819; Recasens Siches L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Méjico, 1956; Castro Bravo F., *Derecho Civil de España*, 2ª ed., t. I, ps. 439 y ss.; Castán Tobeñas J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid, 1947; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, ed. Barcelona, 1934, t. I, vol. 1º, 202 y ss.; Aftalión, E. y Vilanova, J., *La jurisprudencia como fuente del derecho* "L. L.", t. 81, p. 769.

¹ R de Ruggiero, *Instituciones de derecho civil*, ed. Madrid, vol. 1º, párr. 17, p. 131.

al gobierno de las relaciones jurídicas, aparentemente comprendidas en el ámbito de su vigencia. Pero, dice De Ruggiero, no sólo de la norma legal, cuando ésta es oscura e incierta, sino también de la norma legal clara y de la norma *consuetudinaria*.² Por nuestra parte, agregamos, también de la norma proveniente de la jurisprudencia, de la doctrina y que surge de la equidad.

Si la aplicación de la norma implica una labor intelectual para subsumir el caso particular en la fórmula general, no es posible realizar la aplicación de la norma sin su previa interpretación. Lo cual es necesario independientemente de la mayor o menor claridad del texto que se aplica.

De ahí lo erróneo del viejo aforismo "in claris non interpretatio", que relegaba la necesidad de la interpretación a las hipótesis de textos oscuros. En verdad no hay leyes claras ni oscuras, puesto que todas requieren ser interpretadas. Lo único verdadero del aforismo mencionado —dice De Ruggiero— es que cuando de las palabras del precepto se deduce indudablemente el sentido de la voluntad legislativa, no es admisible, so pretexto de interpretar la norma, indagar un pensamiento y una voluntad distintos.³

Por lo demás, la noción misma de "claridad" de la norma es un concepto relativo, pudiendo ser claro el texto de la ley, pero confusa su finalidad, y aun la aparición de nuevas situaciones puede tornar oscura una norma que se estimaba clara y exenta de dificultades.

La labor del intérprete constituye una actividad que no es arbitraria ni depende de un criterio puramente subjetivo. El proceso de la hermenéutica está sometido a reglas que disciplinan el uso de los varios medios a que puede recurrir el intérprete, y a principios cuya armónica coordinación formula la *teoría de la hermenéutica*.

Pero antes de entrar en el examen de esa teoría, estableceremos las especies de interpretación conforme al órgano que la realiza, y dilucidaremos el problema del método a seguir dando cuenta de las escuelas formadas a ese respecto.

91. ESPECIES DE INTERPRETACIÓN. — Teniendo en cuenta el órgano que efectúa la interpretación se distinguen tres especies:

a) La *interpretación legislativa* efectuada por el mismo legislador al definir cuál es el alcance y sentido de una norma precedente.

² R. de Ruggiero, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 132.

³ R. de Ruggiero, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 133.

Presenta la particularidad de que esta clase de interpretación es obligatoria para el intérprete, como la ley misma, porque no se apoya en la fuerza de convicción que pueda emanar de la particular inteligencia de la norma interpretativa, sino en la autoridad del legislador para regir la actividad del intérprete.

b) La *interpretación judicial* es la que realizan los tribunales de justicia al aplicar las leyes. A diferencia de la anterior sólo resulta obligatoria para las partes del juicio, salvo que se trate de sentencias plenarias (véase *supra*, nº 77). Pero para las demás personas también ejerce influencia por esa tendencia de los tribunales a seguir los precedentes.

c) La *interpretación doctrinaria* es la que emana de los autores de obras jurídicas. Carece de obligatoriedad formal, pero ejerce gran influencia, porque el acabado conocimiento de las normas jurídicas llega a quienes han de hacer la aplicación de las leyes por intermedio de la doctrina de los autores. Por ello, si bien es cierto, como se ha dicho, que la ley es lo que los jueces dicen que es,⁴ los jueces no suelen decir sino lo que los doctrinarios del derecho han dicho primero.

Entre la interpretación de los jueces y la de los autores de derecho suele haber una diferencia de *sensibilidad*. La de los jueces que se elabora a propósito de los casos particulares que la vida brinda, puede caer en el empirismo, o sea en el olvido de los principios rectores de la convivencia social. La interpretación de los juristas, que se elabora en función de los textos en el silencio de los gabinetes de trabajo, puede pecar de racionalista, con olvido de que el derecho es disciplina ordenada a la vida del hombre y a la consecución de sus fines. La interpretación jurídica verdadera y cabal es la que combina el respeto de los principios fundamentales con las exigencias vitales del hombre.

92. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN. — La discusión de los métodos de interpretación del derecho es asunto que ha experimentado una gran transformación en nuestro siglo.

Los autores anteriores a la aparición de Géný no hacían el examen crítico de los métodos seguidos para determinar el valor de las reglas de interpretación aplicadas. Después del autor mencionado, cuyo aporte ha sido fundamental en esta materia, se ha centrado la atención sobre el instrumento uti-

⁴ Chief Justice Hughes, citado por Cornwin, *La Constitución norteamericana y su actual significado*, trad. esp., Bs. As., 1942, p. XXX.

lizado —el método— y este examen ha traído una renovación radical en la dirección del pensamiento jurídico. Al método clásico, propio de la Escuela que Bonnetcase llama de la Exégesis, han seguido los métodos modernos de las Escuelas Científicas. Finalmente en nuestro siglo aparece, con un sentido revolucionario, la Escuela del derecho libre.

Pasamos a dar cuenta de esas manifestaciones del pensamiento jurídico.

93. A) MÉTODOS CLÁSICOS. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS. — Esta escuela agrupó en el siglo XIX a los principales civilistas franceses, y a través de ellos ejerció en todo el mundo un dominio intelectual incontrastable. Esbozaremos su *doctrina* y su *método*, y enunciaremos sus *figuras* representativas.

94. a) DOCTRINA. — Se caracteriza por cuatro rasgos distintos: el culto al texto de la ley, la sumisión a la intención del legislador, el carácter estatista y la supremacía del argumento de autoridad.

95. — 1º) *El culto al texto de la ley*, o fetichismo de la ley escrita, constituye el rasgo fundamental de esta escuela. El Derecho resulta sustituido por la Ley. La preocupación exclusiva del jurista debe ser el Derecho Positivo, que se identifica con la ley escrita. El estudioso del derecho ha de partir de los textos del respectivo código y situarse rigurosamente en el campo de acción del mismo, pues como ha dicho Planiol en son de crítica, la escuela de la Exégesis erige en principios filosóficos los del Código, mirados como criterio último y definitivo. Es característica la frase de Bugnet: "No conozco el derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón"; o lo que decía Laurent: "Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete. Éste no tiene ya por misión hacer el derecho. El derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos". "Mi divisa, mi profesión de fe —declara Demolombe— es la siguiente: «¡Los textos ante todo!»" Lo que ya expresaba Proudhon al día siguiente de la sanción del Código Napoleón.⁵

96. — 2º) *La sumisión a la intención del legislador*. Puede ocurrir que los textos no hablen por sí mismos y aun que sean susceptibles de

⁵ Bonnetcase J., *Elementos de derecho civil*, ed. Méjico, 1945, t. I, nº 90, p. 119.

que se les atribuya dos o más sentidos. ¿Estará el intérprete en libertad para aplicarlos procurando una adaptación a las cambiantes necesidades del estado social? Es lo que aceptan Saleilles y sus discípulos. Pero la escuela de la Exégesis no tolera semejante libertad en el intérprete: para ella un texto no vale nada por sí mismo, sino únicamente por la intención del legislador que trasunta. El Derecho Positivo se sustenta en esa intención del legislador cuya búsqueda constituye el objetivo del jurista. La intención del legislador es la fuente suprema del derecho, en el sentido de que es su causa eficiente.

El discurso del decano de la Facultad de Derecho de Estrasburgo, Aubry, pronunciado en el año 1857, es la demostración más concluyente de esta tendencia: "La ley toda, tanto en su espíritu como en su letra, con una extensa aplicación de sus principios y el más completo desenvolvimiento de sus consecuencias, *pero nada más que la ley*, tal ha sido la divisa de los profesores del Código de Napoleón. Sus alumnos han sido conducidos en esta vía de conservación progresiva".⁶

Luego, pues, la intención del legislador reina soberana en el campo del derecho.

97. — 3º) *El carácter estatista*. De los dos rasgos anteriores se desprende implícita, pero inexorablemente, un aspecto inadvertido: el carácter profundamente *estatista* de la doctrina de esta escuela.

En efecto; al proclamarse la omnipotencia jurídica del legislador, es decir, del Estado, se coloca, por la vía del culto extremo a la intención del legislador, al derecho en poder del Estado. El derecho no es sino lo que el Estado quiere que sea.

Esta tesis fue paladinamente sostenida por Mourlon, quien proclamaba la infalibilidad del legislador en estos términos: "Nada está sobre la ley y es prevaricación eludir sus disposiciones bajo el pretexto de que no se encuentran de acuerdo con la equidad natural".⁷

Baudry-Lacantinerie sigue el mismo pensamiento de Mourlon: "Dura lex sed lex. Su conciencia —se refiere a la del juez— puede estar en reposo, pues si la decisión que dicta conforme a la ley es inicua, la mancha recae sobre el legislador".⁸

98. — 4º) *La supremacía del argumento de autoridad*. Nunca ninguna escuela tuvo tal respeto por los precedentes y por las personas de los juriscultos prestigiosos. Es un verdadero culto supersticioso el que la escuela de la Exégesis consagró principalmente a Pothier y que terminó progresivamente por extenderse a los paladines modernos,

⁶ C. Aubry, citado por J. Bonnecase, *op. cit.*, nº 91, p. 123.

⁷ F. Mourlon, citado por J. Bonnecase, *op. cit.*, nº 92, p. 126.

⁸ G. Baudry-Lacantinerie, citado por J. Bonnecase, *op. cit.*, nº 92, pa. 126-7.

Toullier y Demolombe. Pero esta confianza ciega en los grandes maestros, y principalmente en algunos de ellos, fue funesta para la Escuela, pues contribuyó a estacionar su doctrina.

99. b) MÉTODOS.— Los métodos utilizados por la escuela de la Exégesis fueron tres: el método exegetico puro, el sintético o dogmático y un pretendido método mixto.

100.— 1º) El *método exegetico puro*. Dio su nombre a la Escuela. Se caracteriza por reducir la exposición y elaboración del derecho, no únicamente al Código, sino también al orden mismo de sus disposiciones, en todo lo que tiene de riguroso. Con lo que no se hace en verdad ciencia, sino glosa, como la que en Francia realizaron Marcadé, Troplong y Demante, y entre nosotros, Llerena y Segovia.

101.— 2º) El *método sintético o dogmático*. Sus paladines lo denominaron dogmático sin que se sepa por qué.

Este método, enseñado principalmente por Aubry y Rau, se injerta en el Código, considerando que el material de la ciencia jurídica está dado por los redactores del Código, exclusivamente, puesto que son ellos los que han observado los datos sociales y tomado lo adecuado de esos datos para constituirlo en derecho, de modo que el jurisconsulto queda limitado en sus investigaciones y obligado a situarse en el conjunto de las reglas dictadas. Pero aceptado ese punto de vista, este método no se preocupa de las divisiones del Código, ni del orden de los artículos. Los autores que lo profesan examinan menos los textos tomados en sí mismos que la realidad social que recubren, en tanto que esa realidad ha sido asumida por el legislador. Siguen fieles a la intención de éste, pero presentan y estudian el material legislativo según el orden impuesto por un tratamiento científico que les permita sentar principios no expresados taxativamente por el legislador, pero de los que ha hecho aplicaciones particulares. Así, por un procedimiento inductivo se remontan de esas soluciones particulares al principio general que las explica, y de este principio obtienen por deducción otras aplicaciones particulares, no consagradas explícitamente en el articulado legal: son las *construcciones jurídicas*, tales como la teoría del patrimonio, o la del acto jurídico, logradas en Francia por obra de la doctrina.

Los principales autores que profesaron el método expuesto fueron el profesor de la Universidad de Heidelberg, Zachariae, y los franceses Aubry y Rau y Massé y Verget. Entre nosotros, nos parece, es el que cuadra a la obra del maestro Salvat.

102.— 3º) El *método ecléctico o mixto*. Es el seguido por quienes exponen el derecho según el orden de los libros, secciones, títulos y

capítulos del Código, pero alteran el orden de los artículos, influidos por el método dogmático, como lo hicieron en Francia Toullier, Duranton, Demolombe, y entre nosotros, Machado.

Con razón observa Bonnacase que no se trata de un método independiente, sino de una mera variante accidental del exegético.⁹

103. c) **PRINCIPALES REPRESENTANTES DE LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS.**— Históricamente la escuela ha recorrido tres períodos: el de formación, el apogeo y la decadencia.

104. — 1º) *Período de formación (1804-1830)*: Los fundadores de la escuela son Delvincourt, decano de la Facultad de París; Toullier, decano de la Facultad de Renne, y Proudhom, decano de la Facultad de Dijon. Pero quien instauró el reinado de la escuela de la Exégesis, por el brillo de su enseñanza, fue Alejandro Duranton, quien pertenece al final del primer período y a los comienzos del segundo. Su obra "Cours de droit français suivant le Code Civil" comenzó a publicarse en 1825.

105. — 2º) *Período de apogeo (1830-1880)*: es la época de los grandes comentadores que hicieron la gloria de la ciencia jurídica francesa, como el ya nombrado Duranton, Demolombe, Aubry y Rau, Taulier, Demante, Troplong, Marcadé y el belga Laurent.

106. — 3º) *Período de decadencia (1880-1900)*: Aún en 1880 la escuela de la Exégesis brilla con un esplendor que no ha sido superado en la historia de las doctrinas jurídicas. Pero, precisamente porque no hay nada que añadir a su doctrina y a su método, todo anuncia la proximidad de su decadencia. Los últimos clásicos fueron Baudry-Lacantinerie, Guillouard y Huc. Ya la crítica se insinúa con Labbé, Bufnoir y Beudant, y sobre todo con Saleilles, cuyos trabajos cubren el período de transición hacia la Escuela Científica.

107. B) **LOS MÉTODOS MODERNOS. LA LLAMADA ESCUELA CIENTÍFICA.**— Bonnacase, cuya exposición seguimos en esta reseña, distingue dos períodos diferentes: el primero abarca desde 1819 a 1931, y comprende el programa y las luchas, en Francia, de la revista "La Thémis" y de su fundador Atanasio Jourdan; el segundo, se inicia en 1899 con la

⁹ J. Bonnacase, *op. cit.*, nº 97, p. 132.

obra de Gény. El esfuerzo intentado en la primera fase fue prematuro, el de la segunda fase resultó decisivo.

108. Las *críticas* que la nueva escuela formuló a la de la Exégesis no tuvieron réplica. Indicaremos, sintéticamente, algunas de ellas:

1º) Al reducir el derecho positivo a la ley y a la intención del legislador, condena al derecho a la impotencia por divorciarlo de la vida, y por tanto lo mata. Convierte esta concepción, al estudioso del derecho, disciplina que es para la vida, en un operador de museo;

2º) El método exegético suministra una visión estrecha y deformante del derecho. Al identificar el derecho con la ley, el estudioso deja de considerar otros medios de expresión del derecho distintos de la ley escrita;

3º) Al ignorar la existencia de las fuentes reales del derecho privó al derecho positivo de carácter científico, transformándolo en un arte empírico. Si no se llegó a negar la ciencia del derecho, en realidad se la ignoró.

109. a) DOCTRINA SUSTENTADA POR LA ESCUELA CIENTÍFICA. — La doctrina sustentada por la Escuela Científica puede sintetizarse a través de dos principios básicos:

1º) Las reglas de derecho y las instituciones jurídicas derivan de dos elementos generadores llamados "fuentes reales", que revisten, uno un carácter experimental y el otro un carácter racional.

En toda regla de derecho o institución jurídica es necesario distinguir su *substancia* y su *forma*. Las *fuentes reales* son las que proporcionan la substancia o materia jurídica, en tanto que las *fuentes formales* son las que dan a esa materia una delimitación apropiada, o forma.

Las *fuentes reales* son dos: la experiencia y la razón. Los datos experimentales engendran de una manera inmediata las reglas de derecho bajo la orientación y dirección del entendimiento, cuya misión consiste en filtrar los datos experimentales y adaptarlos a las exigencias de la naturaleza humana y a las aspiraciones a la armonía social que se derivan del medio ambiente.

Las *fuentes formales*, que expresan o traducen las fuentes reales

son: la norma legal, la norma consuetudinaria y las normas que eventualmente derivan de la jurisprudencia y de la doctrina.

2º) La influencia de las fuentes reales persiste aún bajo el imperio de la codificación, más allá de los textos o en defecto de éstos. Pues si las fuentes formales no existen sino en función de las fuentes reales, se sigue que éstas ejercen su acción aun en presencia de la principal fuente formal que es la ley o el código.

Como se ha visto antes, la substancia del derecho se identifica con los datos que proveen las fuentes reales del mismo. De aquí que cuando la legislación o la costumbre son insuficientes, el Derecho llene sus lagunas—de la ley o de la costumbre, porque el derecho no tiene lagunas— o sus imperfecciones por medio de la doctrina o de la jurisprudencia: es así como se han introducido en la vida jurídica las nociones de enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, teoría de la imprevisión, etcétera, que han comenzado por ser elaboraciones doctrinarias que luego han quedado plasmadas en fórmulas legales.

110. b) PRINCIPALES REPRESENTANTES DE ESTA ESCUELA.—Las más prestigiosas figuras de esta escuela son Saleilles, Gény, Thaler, Planiol— de quien dice Bonnecase que fue el más grande civilista de este siglo y en quien encarnó en su máximo grado y con una perfección inigualada el nuevo espíritu—, Ripert, Colin, Bonnecase, Capitant, Demogue y Josserand.¹⁰

111. C) LA ESCUELA DEL DERECHO LIBRE *.— Se trata de una tendencia inicialmente desarrollada en Alemania que procura la emancipación del juez respecto de la norma legal. Es un movimiento de reacción contra la Escuela Clásica de dogmatismo legislativo.

Los precursores de esta escuela son Ihering, Dernburg y especialmente Kohler, quien tomó desde su juventud el camino que conduce a la aplicación libre de la ley, tanto teórica como prácticamente.

Entre los autores que integran esta escuela se destaca Adickes, para quien el mejor sistema jurídico es el que asigna amplias atribuciones al juez. Juzgar, según él, es asunto propio del corazón y del ca-

¹⁰ A los nombres que cita J. Bonnecase en *op. cit.*, nº 119, p. 157, hemos querido justo agregar el del mismo Bonnecase por sus notables aportes en el terreno de la crítica jurídica y en la profundización de los temas que aborda en los seis volúmenes de su Suplemento al Tratado de Baudry-Lacantinerie.

* BIBLIOGRAFÍA: Reichel H., *La ley y la sentencia*, ed. Madrid, 1921, pp. 36-41; Roubier P., *Théorie générale du droit*, pp. 62-74; Castro y Bravo F., *Derecho Civil de España*, 2ª ed., pp. 451 y ss.

rácter más que del entendimiento. Su ideal es el juez inglés, una especie de rey judicial.

En lo expuesto se observa la influencia de la corriente voluntarista de la filosofía alemana —Schopenhauer, Nietzsche, Windelberg, Rickert, Husserl—, cuya concepción fundamental radica en que lo decisivo y determinante en la vida humana no es el intelecto, sino el querer y el sentir. El hombre no es sólo una máquina pensante. También el pensamiento, aun el científico, está entremezclado con elementos volitivos, y de ahí que junto a los juicios están las censuras, junto a lo inestimado lo estimado, el pensamiento emocional. A la esfera del último pertenece especialmente el pensamiento jurídico. Se trata de una concepción irracional del derecho que estimula la emancipación del juez.

Además de Adickes, corresponde señalar los nombres de Stamppe, Heck, Max Rumpf, Erich Jüng, Oscar Kraus, Emilio Lask y, sobre todo, Kantorowicz, quien ha prestigiado el seudónimo de Gneus Flavius.

Entre estos autores hay, sin duda, en los detalles, gran variedad de opiniones. Como lazo de unión sólo puede ser considerada la participación de un doble criterio: 1º) El rechazo de la suficiencia absoluta de la ley y de la interpretación jurídica elaborada sobre esa base; 2º) La ampliación de las atribuciones del juez, a quien se asigna la función de un legislador o de una autoridad administrativa.

Reichel, que es también un conspicuo, pero templado, representante de ese movimiento jurídico, encara la cuestión de saber cuándo puede el juez fallar contra la ley,¹¹ y responde: podrá hacerlo *cuando deba*, pues lo arbitrario sería lo peor imaginable. Por tanto, para Reichel el problema debe plantearse así: ¿Cuándo está obligado el juez a separarse de la ley? Y contesta: 1º) Cuando la norma legal ha sido derogada por el derecho consuetudinario; 2º) Cuando las circunstancias de hecho, desde que la ley se dictó, han cambiado de tal suerte que la norma no puede alcanzar el fin razonablemente perseguido, y su aplicación actual conduciría a resultados absurdos; 3º) Cuando el precepto legal se halla en contradicción con el sentido moral dominante, de suerte que si se lo aplicase correría mucho más riesgo la autoridad del derecho que en el caso contrario.

Por nuestra parte, sin participar de los presupuestos filosóficos de esta escuela, que estimamos erróneos, adherimos a estas conclusiones de Reichel y aun agregamos otra excepción a la aplicabilidad de la ley: cuando el precepto legal contraría la equidad —vigencia inmediata del derecho natural— a tal punto que los fines humanos primordiales resulten frustrados. Es una consecuencia del valor que asignamos a la equidad, como fuente de derecho (véase *supra*, nº 84).

¹¹ H. Reichel, *La ley y la sentencia*, ed. Madrid, 1921, p. 126.

112 **TEORÍA DE LA HERMENÉUTICA.** — Se denomina teoría de la hermenéutica al conjunto de principios que debe tomar en cuenta el intérprete para una adecuada interpretación de la norma jurídica. Es de hacer notar que esos principios aluden a la ley por ser ésta la expresión principal del derecho, pero lo que se dice respecto de la ley vale, en cierta medida, para las restantes fuentes formales del derecho tales como la costumbre y la norma jurisprudencial emanada de tribunal de casación o sentada en tribunal plenario dentro del juego de los arts. 288 y sigs. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434.

Pasamos a desarrollar en los números siguientes la teoría de la hermenéutica.

113. **CUESTIÓN PREVIA.** — Es la de conocer la fuente de la teoría de la hermenéutica y especialmente “si los principios de tal teoría pueden ser establecidos imperativamente por el legislador”.

Comenzaremos por admitir con De Ruggiero que la teoría de la hermenéutica se elabora por la doctrina y la jurisprudencia a las que corresponde en las esferas científica y práctica, respectivamente, elaborar el derecho y promover su desarrollo.

No obstante, “es frecuente que el mismo legislador dicte algunas reglas de hermenéutica, las cuales si, corrientemente, no se separan mucho de las doctrinarias, pueden, sin embargo, ser distintas, sobre todo en cuanto determinan una gradación en los medios y elementos a que el intérprete debe sucesivamente recurrir para regular el caso concreto”.¹²

Este criterio es el seguido por el nuevo Código italiano (art. 12) y por nuestro Código (art. 16), que continúan la tendencia de los viejos códigos de Austria (párrafos 6 a 8) y prusiano (párrafos 48 a 50). En cambio omiten toda disposición sobre el particular los códigos franceses, alemanes y suizo.

Esto último es lo que Gény, De Ruggiero, Degni y Scialoja estiman correcto, “porque no es misión del legislador dictar normas interpretativas de las leyes y cuando las dicta son simples directivas no obligatorias para el juez”¹³ que sólo derivan su fuerza de aplicabilidad de la conformidad con la teoría científica de la hermenéutica.

En suma, la teoría de la hermenéutica es expresión de la ciencia

¹² R. de Ruggiero, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 134, ap. 2.

¹³ R. de Ruggiero, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 135, texto y nota 3.

jurídica, que ha de ser respetada por su conformidad con los principios científicos y no por su articulación en un texto legal. El legislador puede, desde luego, imperar un cierto comportamiento en la sociedad, pero no puede usurpar a la ciencia del derecho su propio cometido.¹⁴

114. LOS ADAGIOS. — Antes de entrar al examen de la teoría de la hermenéutica debemos desechar la eficacia y valor que erróneamente se suele atribuir a una serie de aforismos jurídicos, muy frecuentados por los prácticos del derecho, y a los que se considera, aun inconscientemente, como expresiones de una sabiduría irrefutable. “Toda la teoría de la hermenéutica —dice de Ruggiero— parecería asociarse a estas máximas tomadas de la lógica y las más de las veces empleadas disparatadamente. Suenan como otros tantos proverbios de la sabiduría jurídica —por ejemplo, «ubi legis ratio ibi eadem dispositio», «cesante legis ratione cessat ejus dispositio», «ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus» «inclusio unius fit exclusio alterius»— y son por el contrario, el más peligroso instrumento en manos del Juez, a poco experimentado que sea éste en el difícil arte de interpretar. Tienen la apariencia de principios generales y absolutos y no hay uno solo que no sea falso como máxima general: parecen las más de las veces contradictorios y antitéticos de modo que contra uno que afirma o sienta una regla es siempre fácil hallar otro que contenga la opuesta, y tienen por el contrario, cada uno su imperio dentro de límites propios fuera de los cuales adquiere vigor la regla contraria, pero cuáles sean estos límites no se averigua. Y un gran número de errores en la aplicación de los textos legales reconoce como causa directa e inmediata el abuso de tales aforismos por Jueces y Abogados, precisamente porque, como se ha dicho, son falsos en su generalidad”.¹⁵

En suma, no ha de confiarse en estos adagios que, como los refranes populares, se hacen eco de ciertas verdades que sólo son tales dentro de un marco limitado cuyos contornos es menester previamente fijar.

115. VALOR DEL CRITERIO QUE SUMINISTRA LA TEORÍA DE LA HERMENÉUTICA. — Es indispensable declarar que

¹⁴ Cuando se consiente en esa usurpación por parte del legislador, se incurre, aun inconscientemente, en esa identificación entre ley y derecho que hemos criticado supra núms. 3-6 y que constituye la nota característica del positivismo jurídico.

¹⁵ R. de Ruggiero, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 134, ap. 1). Véase también sentencia del ex juez doctor Juan M. Bargalló Cirio dictada el 24 de agosto de 1949, publicada con nota del autor en “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, sept-oct. 1949, p. 1306.

la teoría de la hermenéutica no constituye “un sistema completo e infalible de normas, cuya mecánica aplicación da lugar casi automáticamente al descubrimiento del verdadero sentido de la ley. Su verdadero carácter y función es el ser meros *auxiliares*, criterios generales que deben servir de guía en el proceso lógico de investigación, porque tal investigación no se efectúa con el uso exclusivo de una serie más o menos compleja de reglas de hermenéutica, sino que exige, ante todo, una clara y fina intuición del fenómeno jurídico, un profundo conocimiento de todo el sistema de derecho, de la historia de las instituciones y de las condiciones de vida en que las relaciones jurídicas se producen. Es un arte que no se puede enseñar ni encerrarlo en los estrechos límites de un decálogo. Tienen razón los adversarios del método lógico tradicional cuando niegan que la interpretación pueda contenerse en unos cuantos aforismos escolásticos, y es cierto, sin que ello autorice a reconocer en el Juez una facultad creadora de normas, que en la interpretación hay siempre algo de personal y de discrecional, porque toda obra de la inteligencia no puede confinarse en los estrechos límites de unos preceptos fijos e invariables”.¹⁶

116. ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN. — Según De Ruggiero, autor a quien seguimos en estos desarrollos, “los elementos que constituyen el proceso interpretativo que a su vez representan los medios de que el intérprete se sirve son, substancialmente, cuatro: filológico o gramatical, lógico, histórico y sociológico”.¹⁷

117. — a) ELEMENTO GRAMATICAL. Es al que alude el art. 16 del Código Civil al indicar “*las palabras de la ley*” como el primer modo de aproximación al conocimiento de la norma. “La primera indagación —dice De Ruggiero— se dirige, naturalmente, a la significación de las palabras con que viene expresado el precepto. De ellas deben deducirse

¹⁶ R. de Ruggiero, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 137, ap. 4).

¹⁷ R. de Ruggiero, *op. cit.*, *loc. cit.*, ps. 137-138.

el pensamiento y la voluntad legislativa, no considerando las palabras aisladamente, sino en su conexión lógica y sintáctica".¹⁸

Cuando una misma palabra tenga significaciones diversas corresponderá asignarle la que se estime más apropiada, dada su conexión con las demás del precepto. Frecuentemente una palabra tiene un sentido técnico diverso del vulgar, y por regla general ha de preferirse el primero "porque se presume que el legislador se expresa en términos técnicos evitando los vulgares".¹⁹ Así cuando nuestro Código Civil determina el régimen de las cosas muebles no se refiere a las cosas que componen el ajuar de una casa, sino a las que se pueden trasladar de un lugar a otro. Sin embargo, el criterio no es absoluto, pudiendo ocurrir que el intérprete advierta que el legislador se ha atendido a la significación vulgar de la palabra: es lo que pasa con las cosas "robadas" mentadas en el art. 2412, parte final, que no son sólo las obtenidas con violencia, de acuerdo al concepto de "robo" del Código Penal (art. 164), sino las sustraídas por un modo ilegítimo del poder de su dueño, como las cosas "hurtadas", respecto de las cuales concurre la misma razón para decidir que para aquellas otras.

118. b) ELEMENTO LÓGICO. — Cuando el elemento gramatical resulta insuficiente o cuando es menester verificar el resultado obtenido con la interpretación gramatical, se acude a la *investigación lógica* de la norma que intenta la reconstrucción del pensamiento y de la voluntad del legislador mediante la indagación de los *motivos* que la determinaron, o sea los *finés* a que tiende y la ocasión en que se dictó, con lo cual se alcanza el *espíritu* de la norma que se interpreta. A este espíritu de la ley se refiere, en segundo término, el art. 16 del Código Civil.^{19 bis}

El *motivo* de la norma, o "ratio legis", es la razón que la justifica, la que se identifica con la necesidad humana cuya satisfacción la norma busca y por consiguiente se erige en fin de su institución. Por tanto, motivo y fin aparecen inseparablemente unidos, sobre todo en el momento de la sanción de la ley.

La *ocasio legis* "es la particular circunstancia histórica que determinó la formulación del precepto, ya como norma nueva, independiente de las anteriores, ya como derivación de otros principios, precedentemente sentados. Es evidente que la "ocasio legis" si ayuda a la reconstrucción del pensamiento legislativo tiene, sin embargo, una im-

¹⁸ R. de Ruggiero, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 138, ap. a).

¹⁹ R. de Ruggiero, *op. cit.*, p. 139.

^{19 bis} Concordantemente con lo expuesto ha dicho el doctor Jorge M. F. Fliess que "la ley debe interpretarse con sentido lógico y finalista, sin encarcelarse en una miope literalidad". Cám. Civ., Sala "B", "L. L.", t. 109, p. 635.

portancia más limitada frente a la "ratio". Elemento transitorio y contingente sirve para explicar la aparición de la norma nueva en el sistema, pero desaparece rápidamente como factor intrínseco de la misma".²⁰

119.—El proceso lógico de la interpretación tiende, se ha dicho, a reconstruir el *pensamiento* y la *voluntad* del legislador.

Pero, ¿qué es lo que ha de entenderse por pensamiento y voluntad del legislador?

1) Para la escuela clásica francesa —véase *supra* nº 96— es la voluntad y el pensamiento del autor de la norma. De ahí que se reduzca la actividad del intérprete a la indagación por todos los medios apropiados, tales como el estudio de las fuentes legislativas, de la discusión parlamentaria, etc., de este particular y subjetivo querer del autor de la ley positiva.

2) Para De Ruggiero el pensamiento y voluntad a indagarse no es del pasado, ni de las personas que concurrieron a formar la norma, sino que es "presente como si fuese renovada en cada momento y constituye el resultado final de las voluntades de los particulares de modo que representa el querer común de toda la organización estatal. Se destaca, para decirlo en otros términos, la voluntad de la ley de la persona de su autor, y objetivándose se erige en entidad autónoma, con vida propia y que expresa todo el pensamiento que encierran sus palabras y su espíritu, capaz, por tanto, no sólo de regular todas las relaciones que el autor había previsto y considerado, sino también aquellas otras nuevas o distintas que sean traídas a su propia órbita".²¹

En los conceptos expresados se trasunta la influencia de Saleilles, quien en diversos trabajos desarrolló la idea del contenido evolutivo de la ley en consonancia con la transformación de las necesidades sociales y económicas a cuyo servicio estaba destinada.²²

3) Bonñecase critica la postura de la evolución histórica de la ley porque conduce a la más completa discrecionalidad al dejar al juez en libertad para adecuar según su parecer el contenido de la norma a las circunstancias sociales de cada momento. Para este autor "toda ley tiene un alcance limitado y objetivo, que se determina mediante la ayuda de la fórmula literal del texto y del fin social perseguido por el

²⁰ R. de Ruggiero, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 141 "in fine".

²¹ R. de Ruggiero, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 142. Contra: F. Gény, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, ed. Madrid, 1925, nº 99, p. 262.

²² Raymond Saleilles, su Prefacio a la obra de Gény citada en la nota anterior y también en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", t. I, 1902, p. 80, su estudio "Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents".

legislador en el momento de elaborar la ley que se interpreta"... "Limitado, porque no comprende a pesar de su fórmula abstracta, sino una categoría determinada de intereses. Objetivo, porque la ley una vez que ha sido dictada por el legislador, constituye un ordenamiento que vale por sí mismo, tanto por su texto como por el fin social que la hizo necesaria... Texto y fin social son pues los dos factores que hay que tener en consideración al interpretar las leyes. El primero es un elemento fijo constituido por una fórmula, cuyo sentido literal debe ser proporcionado al intérprete por la lengua del derecho... el otro es un elemento móvil, el fin social, que conduce al jurista a las aplicaciones diversas y sucesivas de que la fórmula es susceptible. La ley adquiere así su grado mayor de flexibilidad, pero el intérprete está seguro de no desnaturalizarla, de no sobrepasar sus justos límites, teniendo cuidado, cosa relativamente fácil, de asegurar que cada una de sus soluciones corresponde rigurosamente al objeto social perseguido por la fórmula legal".²³

Esta posición se diferencia tanto de la escuela clásica cuanto de la adoptada por la tesis de la evolución histórica. Se distingue de la primera en que no atiende a la intención histórica del legislador autor de la ley, y de la segunda, porque no sienta como clave de la interpretación las circunstancias cambiantes del medio social, sino el fin social de la norma. El método histórico "tortura el texto para darle la significación que parece reclamar el estado social del momento. Nosotros —dice Bonnecase— consideramos intangible la fórmula del texto de la ley... y el hecho de considerar el fin social como alma del texto, constituye un freno a la fantasía del intérprete, ya que una institución jurídica traducida en un texto implica la realización de un objetivo que se impondrá siempre..." "En oposición al método histórico, el científico nunca autoriza al jurista a hacer que un texto exprese lo opuesto a lo que primitivamente significaba al ser dictado por el legislador. Sólo que para la Escuela Científica el texto no se reduce como en la doctrina clásica a la intención del legislador. Hay algo de objetivo: una fórmula literal que se aclara atendiendo a su fin social".²⁴

En suma, según la postura de Bonnecase, que nosotros compartimos, el elemento lógico que investiga el espíritu de la norma que se interpreta, se define por el fin social al cual queda adscripto el sentido de la norma.

120. c) ELEMENTO HISTÓRICO DE LA INTERPRETACIÓN. — El elemento histórico contribuye a iluminar el adecuado significado de la

²³ J. Bonnecase, *op. cit.*, t. I, n° 131, ps. 167-168.

²⁴ J. Bonnecase, *op. cit.*, n° 132, p. 169.

norma, para lo cual es importante acudir a la historia de las instituciones, ya en los precedentes inmediatos y más próximos, ya en los mediatos y remotos. "Aquí se manifiesta en todo su valor la gran importancia de los estudios históricos, y resplandece el mérito de Savigny y de la escuela por él fundada. El pensamiento actual no es sino desenvolvimiento y elaboración del pensamiento de ayer; casi no existe institución que no esté enlazada con las de legislaciones anteriores y no halle en éstas sus gérmenes. . . La tradición histórica se convierte, por tanto, en elemento primordial para la interpretación de las leyes".²⁵

121. d) ELEMENTO SOCIOLÓGICO DE LA INTERPRETACIÓN. — Es el que proviene de la dócil atención de los datos sociales. Sin duda "la vida social se transforma y desenvuelve constantemente a impulso de una serie de factores diversos, como son el sentimiento ético, la constitución política, la conciencia jurídica en general, por lo que en la interpretación hay que tener en cuenta estos factores sociales".²⁶

Con ello no se entienda que la consideración de los hechos sociales pueda autorizar "al intérprete a modificar la norma a su arbitrio o desaplicarla cuando no corresponda a las nuevas necesidades o a las variadas tendencias de la sociedad, sino sólo hasta lo que permita el precepto sin artificios ni hipocresías, considerado en el conjunto íntegro de la legislación vigente, puede ser suavizado en su aplicación para que resulte más conforme al sentimiento general de la época y a la nueva orientación de la conciencia social. Y con mayor razón será autorizado el intérprete a considerar todo esto cuando de tales sentimientos nuevos haya penetrado algo en la legislación; la norma antigua pero vigente, a la cual aquel nuevo pensamiento era absolutamente ajeno, no puede menos que sentir, aunque sea tímida o parcialmente, los efectos del reconocimiento que el legislador le ha dado posteriormente en otras disposiciones".²⁷

122. LAS FUENTES Y LA DISCUSIÓN PARLAMENTARIA, LAS CIRCUNSTANCIAS ECONÓMICAS Y SOCIALES, EL FIN DE LA LEY. APRECIACIÓN CRÍTICA. — Las fuentes de la norma jurídica y especialmente de la ley son los antecedentes que han servido de base para concretarla en la forma como ella aparece constituida.

Para la escuela clásica la consulta de las fuentes era un factor decisivo de la interpretación jurídica, pues siendo la intención del legislador la causa eficiente del derecho, aquella consulta era indis-

²⁵ R. de Ruggiero, *op. cit.*, p. 143, ap. c).

²⁶ R. de Ruggiero, *op. cit.*, p. 146, ap. d).

²⁷ R. de Ruggiero, *op. cit.*, ps. 146-147.

pensable para poder descubrir a través de los precedentes seguidos cual era esa intención que se indagaba.

En cambio, para los métodos modernos, han perdido las fuentes gran parte de su importancia anterior a punto tal que para algún autor "desde el punto de vista estrictamente jurídico su valor es teóricamente nulo".²⁸

Nosotros pensamos que el estudio de las fuentes de la ley, sin ser desde luego decisivo para fijar la interpretación en función de ellas, constituye un elemento de interés para esclarecer en supuestos de duda la plena significación del precepto y el fin social que con el mismo se ha buscado satisfacer.

123. — Lo que se ha dicho de las fuentes vale también para la *discusión parlamentaria* y otros trabajos preparatorios de las leyes, como ser *exposiciones de motivos*, *actas de comisiones redactoras* de anteproyectos de códigos, etc. Los autores que seguían los métodos clásicos magnificaron su importancia, y otros se la han negado por completo o la han reducido a una mínima expresión. Para De Ruggiero "la verdad está en el término medio, y la solución de la cuestión no puede ser absoluta. No todas las partes de los trabajos de los que preparan un código tienen el mismo valor, ni tienen la misma importancia los de una codificación antigua que los de una reciente. Si al texto de reciente formación dan mucha luz las discusiones de aquéllos que lo prepararon, pierden éstas su valor a medida que el momento de su formación se aleja de nosotros y la doctrina y la jurisprudencia promueven la elaboración de la ley".²⁹

Para nosotros el valor de los medios que se consideran depende de la medida en que sirven para establecer una dudosa significación del *texto legal* y para apreciar el *fin social* de la norma.

124. — En cuanto a las *circunstancias económico-sociales* su incidencia está provista por el elemento sociológico de la interpretación a cuyo estudio remitimos —véase *supra*, n.º 121—. Sólo deseamos poner en evidencia que aquellas circunstancias no representan un criterio primordial y excluyente de otras valoraciones más trascendentes, pero por lo general servirán para mostrar las limitaciones de la ley, cuando las soluciones estrictamente legales no puedan ser toleradas en vista de las nuevas condiciones del medio social. En otros términos, aquellas circunstancias podrán revelar la necesidad, por la limi-

²⁸ M. Arauz Castex, *Derecho Civil, Parte General*, n.º 166, p. 95.

²⁹ R. de Ruggiero, *op. cit.*, p. 145. Comp. nota de Nerva en "L. L.", t. 106, p. 814, ap. a).

tación de la ley, de acudir al funcionamiento de otras fuentes de derecho.

125.— En cuanto al *fin de la ley* su determinación es fundamental para orientar la interpretación de la norma. La indagación de ese fin constituye el elemento lógico de la interpretación, a cuyo estudio remitimos —véase *supra*, núms. 118-19—. Sólo haremos notar aquí que el fin de la ley no será de ordinario el buscado por un precepto aislado, sino por todo el ordenamiento jurídico en una comprensión sistemática del mismo.

126. EL PRINCIPIO DE ANALOGÍA. — Constituye un procedimiento interpretativo al que se recurre cuando en el ordenamiento jurídico no se halla una norma aplicable al caso.

La analogía consiste en “el proceso lógico que tiende a inducir de soluciones particulares el principio que las explica, para buscar en seguida las condiciones del mismo principio en otras hipótesis a las que se lo aplica por vía de deducción”.³⁰ Gény observa que el fundamento de la analogía descansa en un instinto profundo de nuestra naturaleza, por el cual experimentamos un deseo de igualdad jurídica, y aspiramos a que las mismas situaciones de hecho se rijan por idénticos principios jurídicos.

Lo esencial para el funcionamiento de la analogía consiste en que el caso no normado sea semejante substancialmente al previsto por la norma, es decir, que uno y otro tengan uno o más elementos comunes y los demás distintos, con tal que las divergencias no sean sino accidentales.^{30 bis}

No se requiere para el funcionamiento de la analogía que la utilización de ese procedimiento esté autorizada por la ley, porque constituye un medio normal de integración del derecho derivado de una necesidad ineludible frente al caso que se presenta.

Pero la analogía está contraindicada cuando el principio legal de cuya aplicación extensiva pueda tratarse es de interpretación restrictiva, como ocurre con las leyes que restringen el ejercicio de los derechos o constituyen excepciones a las reglas normales.

La *jurisprudencia* ha aplicado la analogía en numerosos casos,

³⁰ F. Gény, *op. cit.*, n.º 165, p. 570.

^{30 bis} Conf. Cám. 2.ª La Plata, Sala III, “L. L.”, t. 105, p. 712.

v.gr., para resolver lo concerniente a la tenencia de los hijos de matrimonios separados de hecho se ha aplicado el criterio del art. 76 de la ley de matrimonio civil referente a padres divorciados.³¹ Por lo demás, los tribunales han declarado que la analogía carece de virtualidad en materia de nulidades.³²

A la analogía como criterio interpretativo se refiere el art. 16 del Código Civil.

127. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. — A falta de norma jurídica positiva el intérprete ha de acudir, para resolver el caso, a las fuentes reales del derecho, o como dice nuestro codificador “a los principios generales del derecho” (art. 16, Cód. Civ., última parte).

Se discute sobre la significación de la locución “principios generales del derecho”:

1) Para una primera tendencia, en la que se destacan los nombres de Coviello, De Ruggiero y Groppali, en Italia, y Busso en nuestro país, son los principios fundamentales de la legislación positiva, que aunque no se hallen escritos en ninguna parte, constituyen los presupuestos lógicos de la norma legislativa.

Como observa bien Borda, cuando se da esta comprensión al asunto no se avanza nada sobre el “espíritu” de la ley que menciona el art. 16 del Código Civil, el que se refiere precisamente a los “principios” de que la legislación, en su intelección sistemática, está informada. A Borda le parece evidente que al sentar el codificador la directiva final de la consulta a los principios generales del derecho “ha querido dar una solución para todo caso que pueda plantearse y previendo la posibilidad de que algunos de ellos no hallaren respuesta en la ley, ha remitido al Juez a una norma que abarcase todos, absolutamente todos los casos posibles”.³³

2) Para otra tendencia, en la que militan Del Vecchio en Italia, Stamler en Alemania, Renard en Francia, Castro y Bravo, Castan To-beñas, Pérez González y Alguer en España, y entre nosotros Borda y Casares, son los principios superiores de justicia radicados fuera del

³¹ Cám. Civ. 1^a, “J. A.”, t. 74, p. 1003, con nota de E. Díaz de Guíjarro; íd., íd., t. 51, p. 480; íd., íd., t. 10, p. 513; íd., íd., t. 8, p. 591; Cám. Civ. 2^a, “J. A.”, t. 31, p. 889; íd., íd., t. 13, p. 768; Cám. 1^a La Plata, “J. A.”, t. 14, p. 337.

³² Cám. Civ. 2^a, “J. A.”, t. 67, p. 113; Cám. Com., “J. A.”, t. 32, ps. 874 y 875.

³³ G. A. Borda, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, 3^a ed., n^o 85, p. 92.

derecho positivo y a los cuales éste trata de darles encarnación en una circunstancia histórica concreta determinada.⁸⁴ Es decir se trata del siempre vivo derecho natural de que nos hemos ocupado, *supra* nº 28-30.

Por lo demás, como lo intuyó acertadamente el codificador en la parte final del art. 16 del Código Civil, la aplicación del derecho natural se hará "*teniendo en consideración las circunstancias del caso*". Es decir, el juez formulará entonces un juicio de equidad con arreglo a la norma que resulte insinuada por la propia naturaleza del caso sujeto a su decisión.⁸⁵

Por esta consideración y a fin de aclarar el cometido del intérprete el Anteproyecto de Código Civil de 1954 preveía la redacción de la fórmula semejante a la del art. 16 del Código, en los siguientes términos: "Si la cuestión controvertida no pudiera decidirse por aplicación de norma legal, consuetudinaria o emanada de tribunal de casación, se atenderá a los principios generales del derecho y a las exigencias de la equidad teniendo en consideración las circunstancias del caso" (art. 5º, segunda parte). En esta forma el precepto se remite a los principios científicos del derecho o teoría de la hermenéutica —espíritu del orden jurídico, principio de analogía, etc.—, y finalmente al derecho natural en función de las particularidades del caso.

128. EL VALOR DEL RESULTADO DE LA INTERPRETACIÓN.— Un lugar decisivo dentro de la teoría de la hermenéutica ocupa el valor del resultado de la interpretación, como criterio de la misma interpretación.

Ha dicho Fornieles con indudable sabiduría que "no es posible que el intérprete maneje los artículos del Código en un estado de indiferencia por los resultados".⁸⁶ Y Spota, poniendo de relieve análoga idea, sostiene que "el intérprete de nuestros días, si quiere apoyarse en una adecuada valoración estimativa jurídica, más que detenerse en lo

⁸⁴ G. del Vecchio, *Los principios generales del derecho*, *Recueil en l'honneur de F. Gény*, t. 2, p. 69; Castro y Bravo F. de, *Derecho Civil de España*, 2º ed., t. I, p. 148 y ss.; Castán Tobeñas J., *Derecho Civil Español*, 7ª ed., t. I, p. 149 y ss.; Pérez González, B. y Alguer, J., notas al *Tratado de Derecho Civil de Enneccerus, Kipp y Wolff*, t. I, vol. 1º, nº 85, p. 92; T. D. Casares, su voto en "L. L.", t. 20, p. 109.

⁸⁵ Sobre las virtualidades de la equidad como principio de operación jurídica, remitimos a lo dicho *supra* núms. 84-85 y en nuestro voto pronunciado en el juicio "Angeloni c/Albigini de Baigorria", publicado en "L. L.", t. 96, fallo nº 43.973.

⁸⁶ S. Fornieles, *Reivindicación contra el adquirente de buena fe*, "J. A.", 1943-IV, sec. doctr., p. 12, nº 4.

que dijeron nuestros legisladores de años lejanos, ha de preguntarse cuál es el resultado más valioso —con signo positivo y no negativo— en nuestros días, ponderándolo con la interpretación textual histórica”.³⁷

Para Arauz Castex “en esa valoración del resultado está el secreto de la interpretación jurídica. Todo lo demás debe concurrir a esto”.³⁸

Según Borda “si de un texto legal pueden resultar dos o más interpretaciones distintas, debe preferirse aquélla que sea más justa y que resuelva con mayor acierto y equidad los intereses en juego”.³⁹

En suma, *el resultado de la interpretación es un elemento de la hermenéutica de enorme valor*. No se trata, desde luego, de definir siempre la inteligencia de la norma por el mejor resultado que espera obtener de ella el intérprete, pues en ocasiones esa finalidad no será compatible con la verdad de la norma. Sin duda no se podrá hacer cuestión o pretexto del buen resultado para imposter a la norma jurídica una significación que ella no consiente, lo que sería una suerte de hipocresía jurídica que provocaría, por la violación del derecho, un mayor mal no compensado por el resultado esperado de esa falsía. Tampoco en derecho el fin justifica los medios. Pero en cambio, cuando legítimamente sea dable extraer de la norma dos o más significaciones, entonces sí será ineludible optar por la interpretación que reporte el mejor resultado, o sea el más justo y conforme con las exigencias de la materia social sometida al imperio de la norma en discusión.^{39 bis}

Por otra parte, cuando el resultado directo de la interpretación de la ley sea el imperio de la iniquidad, entonces el resultado servirá para apartar la vigencia de tal norma, de acuerdo a lo explicado al tratar la virtualidad de la equidad como fuente de derecho (véase supra nº 84-85).

Finalmente, el elemento del “resultado” tiene especial

³⁷ A. G. Spota, *Trafado...*, t. I, vol. 1º, nº 29, p. 78.

³⁸ M. Arauz Castex, *op. cit.*, t. I, nº 250, p. 136.

³⁹ G. A. Borda, *op. cit.*, nº 215, p. 197.

^{39 bis} Estos conceptos fueron expuestos por el autor en su voto que integra la sentencia plenaria de la Cámara Civil citada en el juicio “Gogenuri”, “L. L.”, t. 100, fallo 45.309.

aplicación para resolver esas disputas jurídicas famosas que amontonan una serie de autores en un sentido y otra serie de pareja significación en el sentido opuesto: son las llamadas "vexatas cuestiones" a las que cuadra poner término, para lograr una efectiva seguridad jurídica, apelando al mejor resultado que es posible obtener de una u otra interpretación.^{39 ter}

§ 2. Efectos de la ley con relación al territorio. Concepto de territorio. Aplicación territorial y extraterritorial de la ley. Reseña de los principios contenidos en el Código Civil.*

129. PLANTEO DE LA CUESTIÓN. — Cuando los elementos de la relación jurídica no están comprendidos en una misma jurisdicción estatal se plantea la cuestión de saber cuál es la norma que habrá de regir el caso, si será la del tribunal ante el cual se someta la controversia (lex fori) o si será la ley extranjera en cuyo ámbito tiene su sede tal o cual elemento de la relación jurídica. Éste es el problema de los

^{39 ter} En función de este elemento de la teoría de la hermenéutica correspondía concluir que era viable la acción de reivindicación del inmueble contra el poseedor actual de buena fe que ha habido la cosa por un título nulo, pero no contra el mismo si detenta un título meramente anulable, conforme a la demostración de Fornieles realizada en el trabajo que citamos en la nota 36. Asimismo que la acción de nulidad respecto de un acto nulo propiamente dicho procedía contra el tercero de buena fe, pero si se impugnaba un acto anulable la acción no procedía contra el tercero de buena fe que ha habido su derecho antes de la anulación de aquel acto, como entendemos haberlo mostrado en nuestro libro *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*. Ed. Arayú, 1953. La alteración del art. 1051, dispuesta por la ley 17.711, ha venido a plantear esta cuestión en términos diferentes (véase "infra", n° 2022; también nuestra obra *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, ps. 68 y ss., n° 7).

* BIBLIOGRAFÍA: Alcorta A., *Curso de derecho internacional privado*, 2ª ed., Ba. As., 1927; Alcorta C. A., *Proyecto de código de derecho internacional privado*, "J. A.", t. 24, sec. doct., p. 28; Calandrelli A., *Cuestiones de derecho internacional privado*, Ba. As., 1911-1915; id., *Proyecto de codificación del derecho internacional privado*, "J. A.", t. 24, sec. doct., p. 1; Niboyet J. P., *Principios de derecho internacional privado*, Madrid, 1930; Savigny F. C. de, *Sistema de derecho romano actual*, 2ª ed., t. VIII; Vico C. M., *Curso de derecho internacional privado*, 2ª ed.; Weiss-Zeballos, *Manual de derecho internacional privado*, 5ª ed., Parí, 1991; Goldschmidt W., *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, Ba. As.; id., *Lección del derecho internacional privado*, Ba. As., 1958; Boggiano A., *Derecho internacional privado*, Ba. As., 1978.

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

De la determinación de la ley aplicable se ocupa el derecho internacional privado, disciplina que tiene autonomía científica y se estudia especialmente en las Facultades de Derecho. Pero como los principios de ese derecho están substancialmente contenidos en el Código Civil, de ahí el estudio sumario que se hace de los mismos en los cursos de derecho civil.

Antes de entrar en esa explicación comenzaremos por aclarar lo que se entiende por “territorio”, tema que si bien es propio del derecho internacional público, interesa a todo el ordenamiento jurídico, porque en las diversas disciplinas puede plantearse la cuestión acerca de la aplicación territorial o extraterritorial de la ley cuando los diversos elementos de una cierta relación jurídica desbordan los límites de una sola jurisdicción estatal.

130. CONCEPTO DE TERRITORIO.— El “territorio” de nuestro país, a los efectos de la aplicación de las leyes argentinas, está integrado por los siguientes lugares: ^{89 quater}

1º) El suelo comprendido dentro de los límites políticos de la Nación, inclusive los ríos y lagos internos, las islas y el sector antártico argentino. Dentro del suelo queda también comprendido todo lo que está bajo el mismo en toda su profundidad en líneas perpendiculares a los límites expresados;

2º) El espacio aéreo existente sobre el suelo nacional;

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

^{89 quater} M. Arauz Castex, *op. cit.*, t. I, n° 252, p. 137.

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

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

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

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

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

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

131. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE. — En el curso de la historia este problema ha sido resuelto conforme a diversos criterios. En la antigüedad prevaleció el sistema de la *personalidad de la ley*. Bajo la Edad Media se difundió el sistema opuesto, o sea el de la *territorialidad de la ley*. Para solucionar las dificultades a que daba lugar este sistema se formó el sistema de los *estatutos*. Ya en el siglo pasado Savigny desarrolló con general beneplácito el sistema de la *comunidad de derecho*, y ulteriormente Mancini introdujo en el mismo la teoría de la *nacionalidad*.

Daremos una noción sumaria de estos sistemas.

132. ANTIGÜEDAD: SISTEMA DE LA PERSONALIDAD DE LA LEY. — Durante la antigüedad las leyes no se aplicaron territorialmente sino personalmente, es decir a los súbditos del soberano que dictaba la ley, cualquiera fuere el lugar donde se encontrasen. Así en Roma, el derecho positivo se llamaba "jus civile" porque era el "jus civium romanorum", es decir, el derecho de los ciudadanos romanos y alcanzaba a éstos donde estuvieran. Los extranjeros o "peregrinos" eran regidos por sus propias leyes.

Ese estado de cosas perduró aún después de la invasión de los bárbaros, pues éstos también se sujetaban al principio de la persona-

lidad de la ley, tanto más justificado por tratarse de pueblos nómadas que se gobernaban por el derecho consuetudinario. Luego del establecimiento de los bárbaros en el Imperio Romano, y la formación de las diversas monarquías germánicas, convivieron en carácter de legislación del país, la romana y la germánica, que se aplicaba a unos u otros habitantes, según su nacionalidad.

133. **EDAD MEDIA: SISTEMA DE LA TERRITORIALIDAD DE LA LEY.** — El régimen feudal que fue una imposición de los hechos por la crisis que atravesaba el principio de autoridad, trajo el parcelamiento de la soberanía que pasó a ser detentada por los señores que la ejercían celosa y exclusivamente en el pequeño territorio sujeto a su mando. Surgió así el principio de la territorialidad de la ley, según el cual la ley del soberano se imponía a todos los súbditos o habitantes del país, sin discriminación de nacionalidades.

134. **SISTEMA DE LOS ESTATUTOS.** — La situación precedente daba lugar a grandes dificultades, porque una misma persona que ejerciese sus actividades en dos o más países, lo que era más o menos frecuente por la escasa extensión de ciertos estados, v.gr., ciudades italianas, quedaba tal vez en un mismo día sujeta a dos o más legislaciones diferentes.

Para resolver esos inconvenientes los post-glosadores italianos crearon durante la Alta Edad Media —siglos XII y XIII— la teoría de los estatutos, que distinguía los estatutos personales de los estatutos reales. Los primeros se aplicaban a las relaciones jurídicas, o los elementos de éstas, respecto de los cuales aparecía la “persona” como factor primordial, por ejemplo si se trataba de apreciar la capacidad del sujeto para efectuar tal o cual acto. Los segundos se aplicaban a las relaciones jurídicas respecto de las cuales las “cosas” aparecían como el factor primordial, así cuando se trataba de apreciar el modo de enajenación de una cosa se hacía aplicación del estatuto real o sea de la legislación imperante en el país donde la cosa estaba situada —*lex rei sitae*.

Es necesario agregar que la teoría de los estatutos parte de la base de la vigencia ordinaria del derecho romano, para toda clase de ciudadanos. Es decir por regla general se aplicaba la ley territorial —el derecho romano— y frente a ella, a modo de excepciones particulares se aplicaban según fuere el caso los estatutos personales o reales. Pero esta aplicación de la ley extranjera —la de las personas que actuaban o la de las cosas que eran objeto del acto— se hacía por razones de cortesía internacional y bajo condición de reciprocidad: “*comitas gentium ob reciprocam utilitatem*”.

Durante varios siglos el sistema de los estatutos suministró el procedimiento para superar los conflictos de leyes, y aún hasta ahora es profesado en general por los autores anglo-sajones. Ejerció indudable influencia sobre nuestro codificador a través del norteamericano José Story, autor de un valioso tratado denominado "Conflicts of law", de donde han sido tomados varios de los preceptos de derecho internacional privado que contiene el Código Civil.

135. SISTEMA DE LA COMUNIDAD DE DERECHO. — Es dable decir que el derecho internacional privado, nació como disciplina científica, de los desarrollos que le dedicara el sabio jurista alemán Federico Carlos de Savigny. Este autor sostiene que las naciones que forman parte de una misma cultura, participan de una comunidad de derecho, de tal manera que cuando se hace aplicación de una ley extranjera, no es por razones de cortesía internacional sino porque el respeto del derecho así lo impone, y porque en función de la naturaleza de la relación jurídica de que se trata, esa ley extranjera es la que aparece abonada por razones científicas. Así cuando se trata del otorgamiento de un testamento en país extranjero, para saber si el acto es válido en cuanto a sus formas ha de consultarse a las disposiciones que regían contemporáneamente en ese país. Y ello no por motivo alguno de cortesía internacional sino porque la ciencia del derecho indica que cuando alguien debe celebrar un cierto acto jurídico ha de atenerse a las formas vigentes en el lugar de celebración — "lex loci celebrationis".

Para esa teoría, por razón de la comunidad de derecho existente entre las naciones que integran una misma civilización, la ley no es de ordinario "territorial", como en el sistema de los estatutos, sino "extraterritorial", porque ha de elegirse la que corresponde a cada relación jurídica según su naturaleza, independientemente de que sea la ley nacional del país donde deba hacerse aplicación de ella. Con todo la teoría admite que puede hacerse excepción de un cierto número de cuestiones, integrativas del "orden público", respecto de las cuales cada país no acepta sino la vigencia de su propia legislación: se trata de una excepcional aplicación imperativa de la ley territorial.

136. TEORÍA DE LA NACIONALIDAD. — A mediados del siglo XIX se difundió rápidamente en Italia esta teoría originaria de Giuseppe Mancini, la cual sostiene como criterio primordial para determinar la ley aplicable, el de la nacionalidad de las personas que han formado la relación jurídica: es así una renovación del sistema antiguo de la personalidad de la ley.

Para esta tesis, la nación, o sea la colectividad formada por los individuos de la misma raza, que hablan una misma lengua y que participan de una misma cultura derivada de una historia y tradición co-

munes, constituye la verdadera unidad social, y no el Estado, que es una mera forma política, artificial y circunstancial. De ahí que el individuo deba estar sujeto a la ley de su nacionalidad donde quiera se encuentre, sin perjuicio de la aplicación de la ley territorial en materias consideradas de orden público, o de la ley elegida por las partes cuando se haya pactado una cierta jurisdicción por ellas.

Sin duda por estar en pugna con esa realidad imponente de nuestro tiempo que es el Estado contemporáneo nunca alcanzó esta teoría mayor aceptación. Resulta, por lo demás, impracticable en países de inmigración como el nuestro, por cuanto convertiría la legislación interna en un mosaico de legislaciones extranjeras. De ahí que no pueda ser considerada esta teoría como base de un sistema general de derecho. En realidad sólo sirve como criterio de determinación de la ley aplicable cuando se deba atender a la ley o estatuto personal, y aún entonces parece preferible el sistema del "domicilio" que es el que en esos casos sigue nuestro Código Civil.

137. APLICACIÓN TERRITORIAL DE LA LEY.—En nuestro país las leyes son, en principio, de aplicación territorial.

Así surge del art. 1º del Código Civil, concebido en los siguientes términos: "*Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la república, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes*".

Por tanto, como regla general aparece la aplicación territorial de la ley. Sólo cuando esta misma ley lo dispone, se hará en ciertos casos aplicación extraterritorial de la ley, es decir, aplicación de la ley extranjera, por los jueces de nuestro país.

Todavía cuando estén en juego principios de orden público, aun cuando por el primer envío correspondiere la aplicación extraterritorial de la ley extranjera, se la dejará de lado volviéndose a la aplicación territorial de nuestras leyes. Es lo que dispone el art. 14 del Código Civil que comentaremos seguidamente.

138. Según el art. 14 del Código Civil, "*las leyes extranjeras no serán aplicables: 1º cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la república, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos, o a la moral y buenas costumbres. . .*"

De aquí surge que toda vez que corresponda aplicar la ley extranjera, no obstante ello, el juez deberá abstenerse de hacerlo cuando tal ley esté en pugna con el derecho público de nuestro país, o sea el derecho constitucional y administrativo, el derecho penal y el derecho fiscal. Las leyes penales y fiscales son rigurosamente territoriales, y por ello nuestros jueces no hacen nunca aplicación de las leyes extranjeras de esa índole.

Es igualmente inaplicable la ley extranjera cuando ella se opone a la religión católica apostólica romana, que es, sin duda, la "religión del Estado", mentada por el precepto legal,⁴⁰ v.gr., si aquella ley ha sido dictada en odio al culto católico (nota del codificador al texto del artículo).

También es inaplicable la ley extranjera contraria "a la tolerancia de cultos", "como tantas leyes que fulminan incapacidades de derecho a los herejes, apóstatas, etc., y que aún las declaran a los que no profesan la religión dominante" (nota del codificador al artículo comentado).

Finalmente es inaplicable, según este inciso, la ley extranjera contraria "a la moral y buenas costumbres". Sobre este concepto véase infra, n.º 1465.

"...2º) Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código" (Inc. 2º, art. 14, Cód. Civ.), como la institución de la muerte civil, o la subsistencia de la representación de la mujer por su marido, después del divorcio.^{40 bis}

"...3º) Cuando fueren de mero privilegio...", previsión innecesaria porque tales leyes estarían ya excluidas por la disposición de los incisos anteriores.

"...4º) Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos", lo que ocurriría en el supuesto de que la ley extranjera fuere más rigurosa que la nuestra para sancionar la falla de que adoleciera el acto de que se tratare.

139. Salvat se pregunta si la enumeración del art. 14 es limitativa y responde que no.^{40 ter} En efecto los casos mencionados por ese precepto no son sino meras aplicaciones del principio del orden público. Por consiguiente, toda vez que alguna ley extranjera resultase lesiva de las instituciones fundamentales de la organización social de nuestro país, como las referentes al régimen de la familia, "el juez deberá prescindir de ella y aplicar la ley nacional, encuadre o no el caso en algunos de los incisos del artículo 14".⁴¹

⁴⁰ Véase lo que decimos infra n.º 1465.

^{40 bis} Conf. Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 66, p. 577. La ley 17.711 ha eliminado la representación legal del marido.

^{40 ter} R. Salvat, *Parte General*, 5ª ed., n.º 328, p. 171.

⁴¹ R. Salvat, *op. cit.*, *Loc. cit.* Conf. Busso E., *Cód. Civil Anotado*, t. I, p. 14, n.º 45.

140. APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA LEY.— Cuando la ley territorial así lo dispone cesa la aplicabilidad de ésta para hacer lugar a la aplicación de la ley extranjera. Como ésta viene, en tal caso, a aplicarse fuera de su propio territorio se habla aquí de aplicación extraterritorial de la ley.

La enunciación de las situaciones en que la ley territorial cede su aplicación en favor de la ley extranjera, integra el contenido del “derecho internacional privado” que se ocupa especialmente de determinar en tales casos cuál es la ley extranjera aplicable. Para ello se atribuye para cada clase de relación jurídica la aplicabilidad de una ley determinada: la ley de la situación de la cosa (“*lex rei sitae*”), o de celebración del acto (“*lex loci celebrationis*”), o del lugar de ejecución (“*lex loci executionis*”), o del tribunal que la juzga (“*lex fori*”), o de la ley personal de los sujetos intervinientes (“*lex domicilii*”). Cuando se hace aplicación de ley personal, la mayor parte de las legislaciones europeas se atienen a la que indica la “nacionalidad” de la persona, en lugar de atender a su “domicilio”, como quería Savigny y establece nuestro Código.

141. RESEÑA DE LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN EL CÓDIGO CIVIL.— Los diversos casos de aplicación extraterritorial de la ley están mencionados en los arts. 6º al 12 del Código Civil y en varios más dispersos en su articulado. Los enunciaremos seguidamente:

142. a) CAPACIDAD DE HECHO.— La capacidad de hecho, o de obrar, como también se la llama, se rige por la ley del lugar del domicilio de la persona de que se trata. Así lo disponen los arts. 6 y 7 del Código Civil, que encaran sucesivamente los dos supuestos de domicilio constituido en el país y domicilio constituido fuera del país.

El art. 6 del Cód. Civ. dice: “*La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras, será juzgada por las leyes de este Código, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero*”. A su vez, el art. 7º dispone: “*La capacidad o incapacidad de las perso-*

nas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República".

Los preceptos transcriptos remarcan claramente la prescindencia de todo otro elemento, como la nacionalidad del sujeto, el lugar de ejecución del acto o la situación de los bienes a que el mismo se refiere: lo único que importa es el domicilio de la persona, para determinar la ley que gobierna la capacidad de hecho de la persona. Es cierto que aquí no se aclara que se trata de la capacidad de hecho y no de la capacidad de derecho. Pero no cabe duda de que así es, porque la capacidad de derecho se rige por la ley territorial, según lo hacen ver los arts. 9º y 949 del mismo Código.^{41 bis}

En suma, todo lo referente a capacidad o incapacidad de hecho por razón de minoridad, alienación o semialienación, sordomudez, ausencia, celebración de matrimonio, prodigalidad, etc., queda sujeto a la ley del domicilio de la persona. Por tanto si una persona de 20 años de edad, domiciliada en Suiza se traslada a nuestro país, accidentalmente, y celebra aquí un contrato, será reputada capaz pues así la considera el art. 20 del Código Civil de Suiza, que es la ley de su domicilio. No importa, desde luego, que tal persona sea argentina, alemana o de otra nacionalidad, pues lo que define la cuestión es el lugar de su domicilio.

Para saber si la persona tiene su domicilio en el país o en el extranjero, hay que estar a los elementos constitutivos de domicilio, según nuestro código, aunque no fueren suficientes para causar domicilio según la ley extranjera.

143. b) **ATRIBUTOS DE LA PERSONA.** — Los demás atributos de la persona, fuera de la capacidad, se rigen también por la ley de su domicilio.

Este principio no está expresamente establecido en nuestro código, pero no se duda de su exactitud. Por lo pronto, porque se infiere por analogía de lo dispuesto en los recordados arts. 6º y 7º del Código Civil. En segundo término porque el legislador ha hecho aplicaciones de ese principio con motivo de la legitimación de los hijos extramatrimoniales (arts. 312 a 315 del Cód. Civ.), no obstante que a partir de la sanción de la ley 23.264 ha desaparecido toda diferencia entre hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales, y de los derechos y deberes de los cónyuges (art. 3º de la ley de matrimonio civil), lo que permite remontarse al principio general del cual aquellas reglas son aplicaciones particulares, para obtener nuevas aplicaciones con relación a otros atributos de la persona: es lo que ya sabemos, se denomina "construcción jurídica". Finalmente, por el argumento de razón, que indica que

^{41 bis} Conf. Salvat-López Olaciregui, t. I, nº 1163, p. 908; Cám. Civ. 1º A., t. 71, p. 398.

si hay algo sujeto a la ley personal, son los atributos de la propia persona; y como en nuestro ordenamiento jurídico, la ley personal es la del domicilio, de ahí se sigue que los atributos de la persona se rigen por la ley de su domicilio.

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

En la materia del matrimonio ocurre una importante excepción, ya que en defensa de la indisolubilidad del matrimonio contraído en nuestro país, cuestión que se estima de orden público por constituir una base esencial de la organización familiar, nuestra ley no reconoce la disolución que se hiciera de conformidad a una ley extranjera —donde se hubiere domiciliado algún matrimonio originariamente celebrado en nuestro país— si la causa de disolución no fuese admitida en nuestra propia legislación (conf. art. 7º de la ley de matrimonio civil). Es el caso del divorcio, que, según se sabe, no disuelve el matrimonio, en nuestro país (conf. art. 81, ley matr. civil). Aclaremos que nos hemos referido a supuestos de efectiva constitución del domicilio matrimonial en el extranjero, pues si los cónyuges no hubiesen abandonado nunca el domicilio en la Argentina, la disolución dispuesta en el extranjero “in fraudem legis”, sería de ningún valor por carecer de competencia los funcionarios extranjeros que la hubiesen decretado en pugna con lo establecido en el art. 104 de la ley de matrimonio civil y en el art. 980 del Código Civil.

144. SUCESIÓN.— El patrimonio es un atributo de la persona y por tanto se rige por la ley del domicilio del titular. Cuando se producen el fallecimiento de éste, se plantea la cuestión de saber a quién ha de adjudicarse ese patrimonio y cuál es la ley que hará la adjudicación. De esto se ocupa el art. 3283 del Código Civil, que, siguiendo las enseñanzas de Savigny, determina: *“El derecho de sucesión al patrimonio del difunto es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros”*.

Esto significa que el punto queda sujeto a la ley del domicilio del causante, sin atender a la nacionalidad, de éste o a la de sus herederos.

145. c) INMUEBLES.— Las relaciones jurídicas que tienen por objeto cosas inmuebles se rigen por la ley del lugar donde las cosas están situadas (“lex rei sitae”).

Este es un principio que con relación a las cosas situadas en nuestro país está expresamente adoptado por el art. 10 del Cód. Civ.

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

En cuanto a las cosas situadas en el extranjero, el Código no tiene precepto alguno, pero si se discutiese en nuestro país lo referente al título de una cosa inmueble situada fuera de nuestro territorio, habría que aplicar el derecho vigente en el lugar de situación de la cosa. Así resulta analógicamente del art. 10 transcripto, y así lo determina concluyentemente la doctrina de los autores de derecho internacional privado (*“lei rei sitae”*).

146. d) COSAS MUEBLES.— Respecto de esta clase de cosas, el codificador establece un régimen general independientemente de que las cosas muebles estén en el país o en el extranjero. Así dice el art. 11: *“Los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados; pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, o que son de uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño”*.

Como se ve la ley distingue las cosas muebles de situación permanente y las que carecen de esa situación. Las primeras, como las acciones depositadas en un banco, se rigen como las cosas inmuebles por la ley del lugar donde están situadas —*“lex rei sitae”*—. Las segundas, en cambio, se rigen por la ley del domicilio del propietario, cualquiera fuere el lugar donde se encontrase el dueño o las mismas cosas.

147. e) FORMA DEL ACTO.— Nuestro Código acepta el principio indiscutido, de derecho internacional privado, según el cual la forma de los actos jurídicos queda sujeta a las prescripciones del lugar donde se realizan: *“locus regit actum”*, aforismo que sólo alude a la forma del acto, pero no a su contenido. En este sentido, dice el art. 12: *“Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado”*.

Aun cuando el precepto se refiere sólo a los contratos, el mismo principio rige para toda clase de actos jurídicos, como lo aclara el art. 950, concebido así: *“Respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren”*.

148. ACTOS PROCESALES. — Los actos de procedimiento están sujetos a la ley del tribunal que los cumple (*lex fori*). De ahí que el diligenciamiento de los exhortos dirigidos por un juez argentino a otro extranjero queda sujeto a las prescripciones del lugar donde ejerce jurisdicción el juez exhortado, porque siempre está en juego el principio anteriormente expuesto, relativo a la forma del acto.

149. f) SUBSTANCIA DEL ACTO. — En cuanto a la *substancia del acto*, el código no acepta la extraterritorialidad de la ley. De ahí que el art. 949 ordene que *“la capacidad o incapacidad de derecho, el objeto del acto y los vicios substanciales que pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las leyes de este código”*.

Pero el principio expresado aparece modificado respecto de los contratos, para los cuales se vuelve a la extraterritorialidad de la ley.

Aun cuando el estudio del tema, de suyo difícil, corresponde al derecho internacional privado, adelantamos que en esta materia el codificador distingue tres clases de contratos: 1º) Los celebrados en el extranjero, para tener aplicación fuera de nuestro país, se rigen por la ley del lugar de su celebración (*“lex loci celebrationis”*), art. 1205, Cód. Civ.; 2º) Los contratos celebrados en el país se rigen por la ley del lugar de su ejecución (*“lex loci executionis”*), arts. 1209 y 1210; 3º) Los contratos celebrados en el extranjero, para ser ejecutados en nuestro país, se rigen por nuestro código (art. 1209, Cód. Civ.).

150. RÉGIMEN DE APLICACIÓN Y PRUEBA DE LA LEY EXTRANJERA. — El art. 13 preceptúa lo siguiente: *“La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes”*.

Esta disposición fija lo concerniente a la *vigencia y prueba* de la ley extranjera.

a) Con relación a la *vigencia* de la ley extranjera, expresa que nunca se la aplicará de oficio, sino a requerimiento de parte interesada.

b) En cuanto a la *prueba* de dicha ley, incumbe a quien la invoca. Pero a diferencia del extremo anterior la prueba puede ser suplida por el conocimiento que de la ley extranjera tenga el magistrado. Es decir, estando invocada la ley extranjera por el interesado, lo que es indispensable para que pueda hacerse aplicación de ella, aun en defecto de prueba puede el Juez aplicarla si la conoce.^{41 ter}

^{41 ter} Comp. M. Arauz Castex, *op. cit.*, nº 276, p. 150, para quien también la prueba de la ley extranjera es requisito indispensable previo a su aplicación.

Para la prueba de la ley extranjera se puede recurrir a cualquier medio de prueba porque la ley no contiene limitación alguna. De ordinario la prueba se hace por informe de la delegación o embajada del país extranjero de que se trate, que se requiere mediante oficio judicial. También podría efectuarse por el informe de abogados especializados, como se lo admite en otras legislaciones.

150 bis. LA LEY EXTRANJERA COMO HECHO NOTORIO — El principio dispositivo contenido en el art. 13 ha resultado desplazado por la unánime opinión existente respecto de la indagación de oficio de los hechos notorios, entre los cuales se encuentra el derecho extranjero.

En efecto, el derecho extranjero constituye un hecho notorio, lo que no quiere decir un hecho que todo el mundo tenga presente, sino un hecho sobre el que todo el mundo puede informarse de modo auténtico. Como tal hecho notorio el juez debe tenerlo en cuenta oficialmente (Goldschmidt).

§ 3. Efectos de la ley con relación al tiempo. Fecha de vigencia de la ley. El principio de la irretroactividad de la ley en el Código Civil. Su vinculación con la garantía constitucional de la propiedad. Leyes retroactivas y leyes que afectan derechos amparados por la Constitución. Leyes interpretativas *

150 ter. PLANTEO DE LAS CUESTIONES. — Tres son las cuestiones involucradas en el tema denominado "efectos de la ley con relación al tiempo": 1º) Desde cuándo rige la ley; 2º) Hasta cuándo rige la ley; 3º) Cómo afecta la ley las situaciones existentes al tiempo de su sanción.

151. FECHA DE VIGENCIA DE LA LEY. — Las dos primeras cuestiones ya han sido tratadas en esta obra. Lo referente a la fecha de entrada en vigencia de las leyes ha sido desarrollado en los números 57 a 59, a los que remitimos. De la cesación del vigor de la ley, ya por su derogación expresa o tácita, ya por su caducidad, nos hemos ocupado en los números 60 a 62, a los que también remitimos para el estudio de esos aspectos.

* BIBLIOGRAFÍA: Bonnacase J., *Elementos de derecho civil*, ed. Méjito, 1945, t. I, p. 188-228; Roubier P., *Les conflits des droits dans le temps*, París, 1929; Arco J. S., *La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos*, Bs. As., 1948; Borda G. A., *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*, Bs. As., 1951; Rayón A., *Los derechos adquiridos en contratos sucesivos*, Bs. As., 1943; León P., *La irretroactividad de la ley*, "Bol. Inst. de Derecho Civil", Córdoba, enero-marzo 1940, t. I, p. 3 y ss.; Carnelli L., *Los derechos adquiridos*, "L. L.", t. I, sec. doct., p. 1; Magagnoli A., su nota en "J. A.", t. 48, p. 697.

Sólo resta entrar en el meollo de la cuestión de que trata este tema, a saber, en qué medida la sanción de una nueva ley afecta o puede afectar las relaciones jurídicas pendientes en ese momento.

152. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY EN EL CÓDIGO CIVIL REFORMADO. — El nuevo art. 3º del Código Civil establece: *“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún 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”.

Estudiaremos, teóricamente, el desarrollo del principio de irretroactividad de la ley, que enuncia un criterio básico para el intérprete. Luego explicaremos la fórmula a través de la cual ha adoptado ese principio la ley 17.711.

153. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD. — Para explicar el principio de irretroactividad de la ley es dable enunciar dos consideraciones.

a) Por lo pronto el legislador es dueño de sujetar a un cierto comportamiento la conducta presente de los hombres y prever una cierta sujeción futura de la misma. En cambio, no es dueño de cambiar lo pasado, que ocurrió de conformidad al régimen legal entonces imperante, y especialmente no es dueño de declarar, en términos generales, que lo que fue ajustado a derecho en su tiempo, no haya sido legítimo, porque tal declaración resultaría absurda.

b) En segundo lugar, si no obstante lo expuesto el legislador se arrogara el poder de gobernar el pasado e introducir modificaciones en lo ya acontecido que era legítimo por ser conforme a derecho, se caería en la más horrible inseguridad jurídica, porque nadie estaría seguro de que lo que hoy realiza no pudiese quedar aniquilado por una ley posterior. En este sentido el principio de irretroactividad de la ley protege la pacífica subsistencia de la sociedad humana.

Pero ha de advertirse que no compromete el principio de irretroactividad de la ley, la aplicación inmediata de la nueva ley a los

efectos de las relaciones jurídicas pendientes que requerían de la fundación del tiempo para ser producidos: así no sería retroactiva la ley que prohibiese para el futuro la percepción de un interés mayor al máximo desde ahora permitido, aun cuando acreedor o deudor hubiesen pactado un interés mayor hasta la devolución del préstamo, pues tal pacto estaba implícitamente condicionado al permiso de la ley a la época de devengarse los intereses.

154. ALCANCE DEL PRINCIPIO. — El principio de irretroactividad, tal como está consignado en nuestra legislación —por la vía de su incorporación en el Código Civil— constituye un criterio normativo para el juez, pero no rige para el legislador, el cual puede dejarlo de lado con relación a ciertas materias, que en su opinión deban quedar al margen de ese principio. Así se han dictado *leyes impositivas* y *leyes jubilatorias*, con carácter retroactivo, sin contradecir lo dispuesto en el art. 3º del Código Civil, que determina un criterio de interpretación, obligatorio para los jueces, pero no para el legislador, que puede, por una ley particular —con relación a cierta materia, “subjecta materia”—, alterar la norma general contenida en aquel precepto.⁴²

En cuanto a la extensión material del criterio interpretativo suministrado por el art. 3º del Código Civil, se ha discutido si proyecta su influencia sobre toda clase de leyes o no, habiéndose concluido en función de la categoría del cuerpo de leyes que lo contiene, que sólo rige a las leyes de derecho privado o a las que puede dictar el Congreso Nacional en ejercicio de las atribuciones que le confiere el art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional.⁴³ Por tanto, pueden ser interpretadas por los jueces retroactivamente las leyes de otra índole, tales como las administrativas, y sean éstas nacionales o provinciales.⁴⁴

En fin, para nosotros, no es dudoso que siendo el principio de irretroactividad un criterio puramente interpretativo, no impide que las legislaturas provinciales o las municipalidades, dentro de su respectivo orden y en uso de sus atribuciones propias, dispongan de otra manera.⁴⁵

⁴² Con respecto a las leyes administrativas, véase en el sentido expuesto C.S.N., “J. A.”, 1944-I, p. 810; id., id., t. 73, p. 125; “L. L.”, t. 16, ps. 205 y 372. Con respecto a las leyes impositivas, puede verse: C.S.N., “J. A.”, t. 68, p. 549; id., id., t. 35, p. 1146; “L. L.”, t. 34, p. 882, y t. 19, p. 703; id., id., t. 107, p. 614; id., id., “J. A.”, 1962-III, p. 550.

⁴³ C.S.N., “J. A.”, t. 27, p. 434 y los fallos allí citados. Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 142, p. 138; Arauz Castex, M. *op. cit.*, t. I, nº 291, p. 160.

⁴⁴ Véase fallos citados en la nota 42.

⁴⁵ Conf. Morello A. M., *trab. cit.*, en “J. A.”, 3-1969, p. 115, nota 28; Ormaz A., su intervención en Tercer Congreso de Derecho Civil, t. I, p. 88; Sup. Corte de A., “J. A.”, 1965-V, p. 240. Comp. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 142, p. 137; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 291, p. 160.

155. VINCULACIÓN DEL PRINCIPIO CON LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD. — El principio de irretroactividad deja de ser un mero criterio interpretativo y pasa a ser una exigencia constitucional en dos hipótesis: 1º) cuando la aplicación retroactiva de la ley redundaría en menoscabo de la propiedad particular; 2º) cuando se trata de una ley penal.

a) Respecto del primer punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido reiteradamente que el Congreso Nacional o las legislaturas provinciales no pueden sancionar leyes que afecten derechos adquiridos de carácter patrimonial, pues si así hicieran vulnerarían la garantía constitucional de la propiedad privada que contiene el art. 17 de la Constitución Nacional.⁴⁶

Borda ha criticado duramente esta jurisprudencia de la Corte, entendiendo que de ser aplicada rigurosamente puede trabar el progreso y la evolución jurídica en materia patrimonial, puesto que —dice— “toda ley nueva afecta derechos nacidos o adquiridos al amparo de la anterior”.⁴⁷ El autor recordado critica también a la Corte por el concepto que ha dado del derecho adquirido que sería el reconocido en un contrato o en una sentencia firme,⁴⁸ no obstante lo cual ha resuelto que las leyes de emergencia puedan afectar derechos adquiridos patrimoniales⁴⁹ y que es válida la modificación de una jubilación ya acordada.⁵⁰

Por nuestra parte, pensamos que la crítica es exacta en cuanto a los fundamentos dados por el alto tribunal, pero no en cuanto a la conclusión sentada por el mismo. Creemos que entra en pugna con la garantía constitucional de la propiedad la sanción de una ley retroactiva que se apodera sin indemnización de algún bien particular, entendiend-

⁴⁶ C.S.N., “J. A.”, t. 67, p. 724; *id.*, *id.*, t. 64, p. 13; *id.*, *id.*, t. 61, p. 379; *id.*, *id.*, t. 60, p. 749; *id.*, *id.*, t. 55, p. 720; “L. L.”, t. 37, p. 401; *id.*, *id.*, t. 19, p. 794; *id.*, *id.*, t. 16, p. 205. Luego de la reforma constitucional del año 1949 la Corte persistió en su jurisprudencia anterior: véase “Fallos”, t. 214, p. 123. Asimismo después del restablecimiento de la Constitución de 1853: C.S.N., “L. L.”, t. 107, p. 332.

⁴⁷ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 150, p. 144.

⁴⁸ C.S.N., “J. A.”, t. 35, p. 1146; *id.*, *id.*, t. 17, p. 18; *id.*, *id.*, t. 9, p. 194; *id.*, *id.*, “L. L.”, t. 35, p. 787; etc.

⁴⁹ Sobre las leyes de locación, C.S.N., “Fallos”, t. 215, p. 155; sobre arrendamientos agrícolas, C.S.N., “L. L.”, t. 35, p. 787; sobre la ley de moratoria hipotecaria, C.S.N., “J. A.”, t. 48, p. 698; sobre la primera ley de alquileres, C.S.N., “J. A.”, t. 8, p. 263.

⁵⁰ C.S.N., “L. L.”, t. 16, p. 553; *id.*, *id.*, t. 12, p. 831; t. 10, ps. 439 y 513; t. 9, ps. 304 y 317.

do por tal cualquier objeto material o inmaterial susceptible de apreciación pecuniaria (conf. art. 2312, Cód. Civ.), pero en cambio estamos convencidos de que no pecan por retroactividad las leyes que gobiernan los efectos futuros de una situación pre-existente. En consecuencia, no afectan la garantía de la propiedad las leyes que modifican tales efectos futuros, puesto que éstos no habían alcanzado a convertirse en "propiedad" de alguien, y faltándoles para ello la virtualidad fecundante del tiempo,⁵¹ puede retirarles el legislador, en vista del bien común, la posibilidad de que alcancen esa transformación en lo sucesivo. Este enfoque resulta respaldado por el nuevo art. 3 del Cód. Civ. en cuanto este precepto dispone que "las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes" (primer párrafo del nuevo art. 3).

b) Las leyes penales tampoco pueden tener aplicación retroactiva por disposición del art. 18 de la Constitución Nacional, que garantiza a todo habitante del país que no será "*penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...*" Con ello quedan impedidas las leyes "ex post facto".

Pero como se trata de una garantía en favor del procesado, no hay inconveniente para la aplicación retroactiva de una ley penal que sea más benigna que la precedente.⁵²

156. NOCIÓN DE DERECHO ADQUIRIDO.— Es útil penetrar en la noción de "derecho adquirido", puesto que constituye la clave, según el sistema tradicional para reconocer cuándo una ley es o no retroactiva.

Se trata de una noción clásica del derecho, expuesta por primera vez por Chabot de l'Allier⁵³ y continuada por Merlin, en Francia, y por Herrestorf y Borst, en Alemania.⁵⁴ Duvergier distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, diciendo que los primeros son los que pueden ejercerse actualmente y a los que el poder público debe protección, tanto para defenderlos de los ataques de terceros cuanto

⁵¹ Tal el concepto clave de la cuestión en todos los supuestos de relaciones jurídicas pendientes por ser de tracto sucesivo, o "fluyentes" como las denominara seguidamente Alejandro Rayces en el Prólogo de la obra de Juan S. Areco, *La irretróactividad de la ley y los contratos sucesivos*, p. IX y anteriormente en "Gac. del Foro", t. 105, p. 1; en "J. A.", t. 42, sec. doct., p. 19, *Reducción legal de intereses y arrendamientos*; y en el folleto *Los derechos adquiridos en contratos sucesivos*, Bs. As., 1943.

⁵² Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 32, p. 196; id., t. 17, p. 114; id., t. 11, p. 99; Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 11, p. 1332; Cám. Fed., "J. A.", t. 3, p. 118.

⁵³ Chabot de l'Allier, *Questions transitoires sur le Code Civil*, ed. Dijon, 1829, t. II, p. 88.

⁵⁴ Merlin M., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5ª ed., t. V, p. 536, verbo "Effet rétroactif"; Herrestorf y Borst, citados por P. Roussier, *Les conflits des lois dans le temps*, Paris, 1929, t. I, p. 301.

para asegurar sus consecuencias contra ellos. En cambio las expectativas no son sino gérmenes de derechos que para desarrollarse necesitan la realización de acontecimientos ulteriores. Para Duvergier la ley nueva no debe arrebatarse el derecho que alguien hubiese adquirido, pero puede disponer libremente de las meras expectativas.⁵⁵

La doctrina siguió trabajando durante todo el siglo pasado con este concepto del "derecho adquirido" que se oponía a los "derechos en expectativa" y a las "meras facultades", sin agregar nada nuevo a lo expresado por Duvergier. Para Baudry-Lacantinerie los derechos adquiridos "son las facultades legales regularmente ejercidas, y expectativas o intereses las que no lo han sido todavía al momento del cambio de legislación a la que sobreviven".⁵⁶

157. La noción de "derecho adquirido" ha sufrido de parte de la doctrina moderna los más fuertes embates.⁵⁷

Por nuestra parte, pensamos que dejando de lado la redundancia que encierra la expresión, puesto que el derecho, si no ha sido adquirido, no es derecho,⁵⁸ el concepto es útil para mostrar elementalmente el funcionamiento de los efectos de la ley con relación al tiempo.

Desde nuestro punto de vista se "adquiere" un derecho cuando se reúnen todos los presupuestos exigidos por la norma para su imputación a favor del sujeto en calida de prerrogativa jurídica individualizada,⁵⁹ por ejemplo, cuando alguien obtiene el otorgamiento de la escritura traslativa del dominio sobre un inmueble que se inscribe en el Registro de la Propiedad y recibe la posesión de la cosa "adquiere" el dominio de esta cosa, porque se han reunido los presupuestos que prevé el ordenamiento jurídico (artículos 1184. inc. 1º, 2505 y 577 del Cód. Civ.), para imputar el dominio de una cosa inmueble a favor de una persona.

158. NOCIÓN DE "DERECHO EN EXPECTATIVA".—Dentro de la teoría clásica aquella noción de "derecho adquirido" se contraponen a la de "derecho en expectativa", que en verdad *no es un derecho, sino una esperanza o posibilidad de que pase a serlo* cuando se reúnan los

⁵⁵ Duvergier, *De l'effet rétroactif des lois*, "Revue de Droit Français et Étranger", ed. París, 1845, t. II, p. 96.

⁵⁶ Baudry-Lacantinerie G. y Hourques-Fourcade M., *Tratado teórico y práctico de derecho civil. Personas*, 3ª ed., París, 1907, t. I, p. 107.

⁵⁷ Véase la reseña que hace J. S. Arco, *La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos*, ed. Kraft, Bs. As., 1948, núms. 41-44, ps. 64 y ss.; también Borda G. A., *op. cit.*, nº 144, p. 138.

⁵⁸ Se sobrentiende no hablando en abstracto, sino respecto de su titular. Conf. Arauz Castex, *op. cit.*, nº 295, p. 163.

⁵⁹ El concepto que damos en el texto no difiere fundamentalmente del dado por Arauz Castex, *op. cit.*, nº 295, p. 162. Conf. Cám. Civ., Sala "A", Mostovoy c/Lagos, "L. L.", t. 101, p. 1012 (6297-S).

presupuestos legales correspondientes, los que por ahora no son sino una mera eventualidad. A este respecto, decía el derogado art. 4044 del Código: "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". Así, por ejemplo, según el Código de Vélez la vocación hereditaria se extendía en la línea colateral hasta el sexto grado inclusive, de donde se sigue que alguien tenía la posibilidad o expectativa de heredar a sus parientes dentro de ese grado, como sus tíos segundos y primos segundos. Pero si antes de producido el fallecimiento del pariente a quien se esperaba heredar, que es el supuesto tomado en cuenta por la ley para operar la transmisión hereditaria y, por tanto, para convertir la "expectativa" en "derecho sucesorio", se hubiera producido la reforma del Código Civil mediante la sanción de la ley 17.711, que limita la vocación hereditaria, en la línea colateral, al cuarto grado inclusive, tal sanción privaría al posible heredero de su esperanza de sucesión, pero no de derecho alguno. Por tanto la ley que así lo ha dispuesto no es retroactiva.

Como observa Arauz Castex, cuando se trata de un derecho patrimonial la expresión "derecho adquirido" es equivalente a "derecho ya incorporado al patrimonio del titular".⁶⁰ Y por estar el derecho incorporado a su patrimonio, representa para el titular un valor económico del cual no puede ser privado por una ley nueva, sin incurrir ésta en violación de la garantía de la propiedad asegurada por el art. 17 de la Constitución Nacional. Esto justifica la recordada jurisprudencia de la Suprema Corte (*supra*, n° 155).

159. NOCIÓN DE "MERA FACULTAD". — Otros de los conceptos utilizados por la doctrina clásica, que había dejado su rastro en el articulado del Código, es el de "mera facultad", que también se distinguía del "derecho adquirido".

La "mera facultad" constituye el antecedente necesario del "derecho adquirido". Como dice Baudry Lacantinerie, es una aptitud legal del sujeto,⁶¹ es decir, una posibilidad que abre la ley a favor de alguien, pero que hasta el ejercicio de esa potencia no es sino una eventualidad que no obsta al cumplimiento de la ley que modifique o aniquile esa perspectiva.

Siguiendo este orden de ideas, decía el hoy derogado art. 4045 del Código Civil: "Las leyes nuevas deben aplicarse, aun cuando priven a los particulares de facultades que les eran propias, y que aún no

⁶⁰ Arauz Castex M., *op. cit.*, n° 296, p. 163.

⁶¹ Baudry-Lacantinerie G. y Houques-Fourcade M., *op. cit.*, t. I, n° 133.

hubieren ejercido, o que no hubiesen producido efecto alguno". Sólo cuando la facultad hubiera sido ejercida de manera de producir consecuencias jurídicas se habría operado el nacimiento de un derecho a favor del titular, que no puede ser afectado por la ley que modifique la facultad en virtud de la cual el sujeto ha obrado. El legislador puede, luego, modificar la "mera facultad" del sujeto y aún quitársela para el futuro, pero no podrá, si desea respetar el principio de irretroactividad de la ley, desvirtuar el "efecto" que la facultad ha operado en el pasado, porque ya constituye tal efecto un derecho adquirido por el titular.

Así hasta el 30 de marzo de 1955, en que entró en vigencia la ley 14.394, la aptitud nupcial de la mujer se adquiría a los 12 años, y luego, en virtud de lo dispuesto en el art. 14 de la ley citada, se postergó hasta los 14 años. Por tanto, hasta aquella fecha todas las mujeres de 12 a 14 años cumplidos gozaban de la "facultad" de casarse, pero después de esa fecha dejaron de tener esa facultad, de modo que la joven que pensara contraer matrimonio por estar en aquellas condiciones ya no pudo concretar su propósito después de la vigencia de la nueva ley hasta haber alcanzado la edad legal de 14 años. Sin embargo, si hubiese usado de la facultad y casado antes de los 14 años, durante la vigencia de la ley anterior, el matrimonio sería perfectamente válido, por tratarse del "efecto" de una facultad existente en el momento de su ejercicio. La ley que afectara tal matrimonio sería retroactiva.^{61 bis}

160. OTROS CRITERIOS. — Hasta ahora hemos explicado el criterio adoptado por Vélez Sársfield para apreciar cuándo una ley es retroactiva. Según el codificador la ley es retroactiva cuando afecta "derechos adquiridos" y no lo es cuando priva al sujeto de "derechos en expectativa" o de "meras facultades".

Pero la doctrina moderna, en vista de las críticas que ha suscitado el manejo de esos conceptos, ha ensayado otros sistemas, de los que haremos una sumaria reseña.

161. — a) Por lo pronto, Laurent, y luego Huc, siguiendo los pasos de aquél,⁶² entienden que el criterio adecuado ha de distinguir el "derecho" del "interés".

^{61 bis} Concordamos con López Olaciregui (su trabajo en "Rev. Col. Abogados La Plata", n° 21, julio-dic. 1968, ps. 78 y 80) en pensar que la eliminación de los arts. 4044 y 4045 no ha modificado la idea substancial del Código, al respecto, como lo prueba el mantenimiento del vigente art. 4046, "cuya solución estaba emparentada con las soluciones y fundamentos de los dos que le precedían" (López Olaciregui J. M., *loc. cit.*, p. 78).

⁶² Laurent F., *Principes de droit civil*, 3ª ed., París, 1878, t. I, p. 226; Huc, T., *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, París, 1892, t. I, p. 67.

Según este punto de vista la ley sólo es retroactiva cuando afecta algún derecho que alguien tiene constituido a su favor, pero no lo es cuando destruye o lesiona un interés.

Tal vez por la dificultad de definir con precisión ambos conceptos esta concepción no ha suscitado mayor eco en el pensamiento jurídico.

162. — *b*) Otro tanto cabe decir de la teoría propuesta por Savigny, la cual no orienta tanto sobre cuándo una ley es retroactiva, sino que aconseja al legislador cuándo ha de darle efectos retroactivos a la ley que dicte.

Para Savigny las leyes pueden distribuirse en dos categorías. La primera se refiere a la adquisición de derechos, la segunda a la existencia o modo de ser de los derechos.

Las leyes referentes a la adquisición de derechos no deben ser retroactivas, en el sentido de que la nueva ley no ha de ejercer influencia alguna sobre los hechos pasados, ni tampoco sobre las consecuencias posteriores de esos hechos. Por ejemplo, si una nueva ley exige la tradición de la cosa para perfeccionar la transmisión del dominio, siendo así que para la ley anterior era suficiente el solo consentimiento de enajenante y adquirente —sistema francés—, la propiedad adquirida antes por simple consentimiento debe reconocerse como válidamente transmitida, aun luego del cambio de legislación.

Por el contrario, las leyes que conciernen a la existencia o inexistencia de una institución jurídica, p. ej., la esclavitud, o al modo de ser de ella —el matrimonio indisoluble puede pasar a ser disoluble—, son retroactivas, pues el Estado no puede consentir en que perduren relaciones jurídicas contrarias al nuevo orden de cosas.⁶³

El criterio de Savigny es inseguro, pues salvo los supuestos típicos, muchas veces aparece como dudosa la inclusión de las leyes en una u otra categoría, por lo que es poco practicable.

163. — *c*) Según la opinión de Regelsberger las leyes favorables deben ser retroactivas y las perjudiciales no.⁶⁴ Pero esta concepción tiene el grave inconveniente no sólo de trasladar la discriminación a un terreno de estimación subjetiva, sino de no aclarar el interés de quién es el que debe ser computado. Pues una ley, de ordinario, favorece a A pero perjudica a B, y, por otra parte, no ha de pretenderse el resguardo de un interés particular cuando ello redundaría en desmedro del interés general o, mejor dicho, del bien común.

⁶³ Savigny F. C. de, *Sistema de derecho romano actual*, Madrid, 1879, t. VI.

⁶⁴ Regelsberger, citado por R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 178, nota 5.

164. — *d*) Para Simoncelli interesa previamente ubicar a la ley en el derecho privado o en el derecho público. Las leyes de este último sector son retroactivas, salvo que de la ley anterior derive un derecho subjetivo que sea posible respetar sin menoscabo del fin público a que la nueva norma tiende. En cambio, las leyes de derecho privado son irretroactivas, especialmente cuando rigen relaciones de carácter patrimonial, por el respeto en esa materia de la autonomía individual; pero, excepcionalmente, son retroactivas respecto de las relaciones familiares, porque en el régimen de éstas predomina el interés general.⁶⁵

Esta opinión tiene escaso interés para resolver el problema, por la superficialidad de sus planteos.

165. — *e*) La tesis más difundida en nuestro tiempo es la de los hechos cumplidos.⁶⁶

Para esta tendencia la nueva ley no puede regir los hechos cumplidos con anterioridad a su sanción. Si el hecho estaba en trance de realización, esto es, si no estaba concluido, entonces cae bajo la nueva ley.

El principio expuesto no suscita mayores discrepancias. Pero las dudas aparecen cuando ya no se trata de apreciar el hecho en sí, sino sus consecuencias.

En tal caso, para algunos autores, como Planiol, las consecuencias anteriores se rigen por la ley vieja y las nuevas por la nueva ley.

Para Chironi, en Italia, y Vareilles-Sommieres, en Francia, todas las consecuencias deben sujetarse a la ley que rige el acto que las origina, salvo que se trate de consecuencias puramente contingentes.

Para Coviello, en principio, las consecuencias futuras caen bajo la nueva ley, salvo que se trate de consecuencias que reciben su existencia en todo del hecho precedente.

166. — *f*) Para algunos autores, como De Ruggiero, la materia de la retroactividad o irretroactividad de la ley no se presta para la adopción de criterios precisos de discriminación. "No hay, dice De Ruggiero, propiamente una regla general de irretroactividad, de la cual constituya una excepción la retroactividad, sino que hay dos princi-

⁶⁵ Simoncelli, citado por R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 178.

⁶⁶ Ha sido defendida especialmente por Planiol y Vareilles Sommieres, en Francia; v por Chironi y Coviello en Italia. Véase Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 10^a ed., t. I, n^o 243, p. 97; Vareilles-Sommieres, *Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois*, "Revue de législation et de jurisprudence", año XLII, t. XII, París, 1893, pp. 445, 448, 463 y 464; Chironi G., *Instituciones de derecho civil*, 2^a ed., Turín, t. I, párr. 16, p. 38; Coviello N., *Manual de Derecho Civil*, 3^a ed., Milán, 1924, pp. 107 y ss. Entre nosotros acepta el punto de vista de Coviello, Busso E., *Código Civil Anot.*, t. I, art. 3^o, n^o 33, p. 24.

pios paralelos de los cuales uno implica que la ley antigua continúe—aunque derogada— rigiendo los hechos que se verifican bajo la ley nueva; el otro, que la ley nueva actúe en el pasado, apoderándose de los hechos que en el pasado se produjeron para regularlos total o parcialmente en forma nueva... En la racional conciliación de ambos principios y en la determinación de la relación existente entre el hecho realizado y sus consecuencias, y en la naturaleza de la norma se debe hallar el criterio para resolver si la norma derogada debe ser prolongada en su eficacia normativa.⁶⁷

167. NUESTRA OPINIÓN.— Nosotros no dudamos acerca de que la opción entre la retroactividad o irretroactividad de una ley nueva es asunto de prudencia legislativa. Pero nos parece que ésa no es ahora la discusión en que estamos, pues lo que tratamos de conocer es el criterio teórico que nos oriente en el manejo del principio puramente interpretativo, pero de reconocimiento universal, según el cuál los jueces —a menos de una previsión legal contraria— no han de aplicar las leyes retroactivamente.

En otros términos, el principio de irretroactividad de la ley sólo importa una directiva para los jueces. De ahí la necesidad de entrar en el examen del mismo para saber cuándo podrán ellos aplicar una nueva ley a hechos acontecidos después pero originados antes, sin incurrir en aplicación retroactiva de la norma, lo que les está vedado. De ahí también la necesidad de conocer los límites de aquel principio, es decir, cuándo cesa la virtualidad de su directiva.

La primera cuestión ha de resolverse, según nuestro criterio, conforme a la noción de "consumo jurídico". Los hechos pasados que han agotado la virtualidad que les es propia, no pueden ser alcanzados por la nueva ley y si se los afectara se incurriría en retroactividad. En cuanto a los hechos "in fieri" o en curso de desarrollo, pueden ser alcanzados por el nuevo régimen, por no tratarse de hechos cumplidos bajo la legislación anterior, y por tanto cuando se les aplica la nueva ley no incurre en retroactividad. Finalmente, las consecuencias no consumadas de los hechos pasados, caen bajo la nueva ley, especialmente cuando su eficacia no depende enteramente del hecho que las origina

⁶⁷ R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 180.

sino concurrentemente de la fecundación obrada por el porvenir. Porque estando este porvenir sujeto a la acción del legislador, éste puede en cualquier momento interferir en el régimen de aquello que le está sujeto.^{67 bis}

Un ejemplo puede ilustrar claramente esta distinción. Si el acreedor acuerda un plazo para el pago de la obligación, no es dable aplicar a la relación jurídica una ley posterior a la constitución del crédito, porque si se lo hiciera se incurriría en retroactividad, ya que el plazo no afecta la existencia del crédito, sino la ejecución del mismo. Pero si una ley impide cobrar un interés superior al 10 %, es posible aplicarla a los préstamos anteriores por los períodos de interés aún no corridos, porque para que el acreedor adquiera derecho al pago de los intereses se requiere indispensablemente el transcurso del tiempo futuro, y por tanto del factor habilitante de la ley que se le niega para un cobro superior a aquella tasa.

En cuanto a la *segunda cuestión*, referente a los límites del principio de irretroactividad, ha de resolverse, en pura teoría, por la aplicación de los criterios clásicos. Cesa la virtualidad de aquella directiva: a) cuando se trata de una ley interpretativa; b) cuando se trata de una ley de orden público.⁶⁸ Nos ocuparemos de estos supuestos que quedan al margen de la aplicabilidad de aquel principio, sin que sea menester aclarar que la virtualidad de la aplicación retroactiva de estas leyes no depende de que así lo haya dispuesto el legislador —pues entonces el juez nada tiene que interpretar—, sino de la sola naturaleza de las leyes interpretativas y de orden público.

167 bis. — SISTEMA DE LA LEY 17.711 * — La ley 17.711 ha regulado la teoría de los efectos temporales de las

^{67 bis} Cám. Civ. Sala "A", causa n° 67.054, 2 Dic. 1960, "Mostovoy c/Lagos S. A.", voto del autor con adhesión del doctor R. de Abelleira, "L. L.", t. 101, p. 1012 (6297-S); íd., Cám. Civ. en pleno, causa "Cejas c/Steinam" 13 Dic. 1961, en la que el autor llevó la palabra de la mayoría del tribunal, "L. L.", t. 105, fallo n° 47.323 y "J. A.", 1962-I, fallo n° 4589.

⁶⁸ Conf. Areco J. S., *op. cit.*, p. 129; Sup. Corte Mendoza, "L. L.", t. 108 p. 398. La afirmación del texto se hace en el terreno de los principios, tal como en nuestra opinión, cuadra aceptarlos. En el orden del derecho positivo, el nuevo art. 3, párrafo segundo, suprime la virtualidad retroactiva de las leyes de orden público, contrariamente a lo que disponía el derogado art. 5 del Código de Vélez (véase *infra* n° 175).

* **BIBLIOGRAFÍA:** López Olaciregui J. M., *Efectos de la ley con relación al tiempo*, "Rev. Col. Abog. La Plata", n° 21, julio-diciembre 1968, ps. 71 y ss.; Borda G. A., *La reforma del Cód. Civ. Efectos de la ley con relación al tiempo*, en "E. D.", t. 28, p. 807; Arauz Castex, M., *Derecho Civil: Reforma de 1968*, ps. 26 y ss.; Morello A. M., *Eficacia de la ley nueva en el tiempo*, "J. A.", t. 3-1969, p. 109; López de Zavalía F., *Irretroactividad de las leyes*, "L. L.", t. 135, p. 1485;

leyes a través de la fórmula que aparece en el nuevo art. 3 del Código, que hemos transcripto *supra*, nº 152. El nuevo texto afirma rotundamente la irretroactividad de la ley al expresar que ella "no tiene efecto retroactivo". Pero al hacer esa afirmación indica la salvedad de la "disposición en contrario", con lo cual aclara que aquel principio, no obliga al legislador sino al intérprete, pues siempre puede el Poder legislativo, en ejercicio de sus atribuciones, dictar normas retroactivas, mientras haya material social regulable, es decir, en tanto no haya ocurrido el *consumo jurídico*, luego de lo cual no podría el legislador restablecer derechos ya agotados.

El nuevo texto ha tenido el prurito de remarcar que "la retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales". Es una prevención innecesaria, porque el legislador carece de atribuciones constitucionales para desconocer los derechos garantidos por la Const. Nac. Así, pues, si llegara a dictarse una ley, retroactiva o irretroactiva, que lesionara tales derechos sería declarada inconstitucional por el Poder Judicial.

Finalmente, y para aprehender cabalmente el alcance del efecto inmediato de la ley nueva, conviene precisar los conceptos de *relaciones* jurídicas y de *situaciones* también jurídicas, y de *consecuencias* de ellas, que según el nuevo art. 3 caen bajo la aplicación de las nuevas leyes que se dictan.

Por *relación jurídica* se entiende la vinculación entre personas, autorizada por el derecho, que les impone un cierto comportamiento de "carácter peculiar y particular, esencialmente variable"^{68 bis} por

Acuña Anzorena A., *Reflexiones sobre la ley 17.711 de reformas al Código Civil*, "L. L.", t. 130, p. 1085; Pardo A. M., *El art. 3 del Código Civil, según la ley 17.711*, en "L. L.", t. 135, p. 1354; Raffo Benegas P. y Sassot R., *Apuntes civiles; La intención de las partes y las leyes supletorias (artículo 3 del Código Civil)*, en "J. A.", Doctrina 1969, p. 549; Wolkowicz P., *Aplicaciones de la ley 17.711 a las relaciones jurídicas existentes*, "Juris", t. 33, año 1968, p. 265; Novillo Saravia (h), *La retroactividad de la ley y el IV Congreso de Derecho Civil*, en "J. A.", Doctrina 1970, p. 568; y nuestra obra *Estudio de la reforma del Código Civil: ley 17.711*, pá. 33 y ss.

^{68 bis} Borda, G. A., su trabajo antes citado, en "E. D.", t. 28, p. 810, nº 7. La relación jurídica no es un fenómeno inerte sino pleno de dinamismo. Mientras existe, urge a determinada persona a practicar el comportamiento de-

ejemplo, la obligación que surge de un contrato, un testamento, o de la comisión de un delito.

La *situación jurídica* es un modo permanente y objetivo de *estar* alguien con respecto a otro que habilita a aquél o titular para el ejercicio indefinido de poderes o prerrogativas mientras tal situación subsista.^{68 bis 1}

Las *consecuencias* de tal relación o situación, que son gobernadas por las nuevas leyes que se dicten, son las *derivaciones de hecho* que reconocen su causa eficiente en aquellos antecedentes.^{68 bis 2} Tales

bido. Y por esa misma exigencia, su duración es relativamente efímera, no concibiéndose que el obligado pueda estar bajo la sujeción permanente del titular del derecho respectivo, sin término ni variante alguna (véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. II, n° 1376).

^{68 bis 1} Conf. Borda, G. A., su trabajo antes citado, "E.D.", t. 28, p. 810, n° 7. Este autor observa que la situación jurídica "está organizada por la ley de modo igual para todos" (loc. cit.), siendo ejemplos característicos "el derecho de propiedad y en general, todos los derechos reales; la situación de padre, hijo, esposo, etcétera" (loc. cit.).

^{68 bis 2} Es de notar que el vocablo "consecuencias" se refiere a las *derivaciones fácticas* de la relación o situación contemplada por el precepto. No entran en esas consecuencias las *derivaciones jurídicas* que ahora la ley nueva atribuye a los hechos pasados o derivaciones fácticas ya producidas al tiempo de la sanción de la nueva ley. Así, antes de la ley 17.711 el agravio moral producido por el incumplimiento de una obligación preexistente, no era susceptible de reparación (conf. Cám. Civ. Cap., Sala B, "L.L.", t. 86, p. 657; id. Sala E, "L.L.", t. 105, p. 87; Cám. Civ. en pleno, votos de varios vocales, "E.D.", t. 7, p. 815; Cám. Comp. Cap., Sala A, "L. L.", t. 71, p. 128 y t. 65, p. 116; Sala B, "E.D.", t. 5, p. 28; Cám. 1° Civ. Com. y Minas, La Rioja, "J.A.", 1963-IV, p. 528; Cám. 1° C.C. Santa Fe, "Juris", t. I, p. 130). Ahora, luego de la reforma de la ley 17.711, tal agravio es reparable según el tenor del nuevo art. 522. Pero ello no autoriza a aplicar el nuevo régimen a los agravios morales causados con anterioridad a la reforma (conf. Cám. Civ. Cap. Sala D, "E.D.", t. 27, p. 70).

En los mismos términos se plantean los agravios morales causados por actos ilícitos que no fueren delitos criminales cuya reparación no contemplaba el antiguo art. 1078, pero que ahora admite el nuevo art. 1078 reformado por la ley 17.711: el nuevo régimen no es aplicable a los agravios de esa índole causados antes de su sanción (conf. Cám. Civ. Cap. en pleno, "E.D.", t. 40, p. 448 y "L.L.", t. 146, p. 273, con valiosa nota de Ernesto E. Nieto Blanc "Retroactividad de la ley y daño moral"; Cám. Civ. Cap., Sala C, "E.D.", t. 27, p. 63; id., Sala D, "E.D.", t. 27, p. 105; id., Sala A, "E.D.", t. 27, p. 100; id., Sala E, "E.D.", t. 24, p. 584. Comp. en sentido opuesto, Cám. Civ., Sala B, "E.D.", t. 27, p. 78).

No creemos apropiado introducir en la aplicabilidad de las leyes nuevas una variante según que al tiempo de la vigencia de éstas, se hayan o no articulado en juicio las pretensiones accionables nacidas con anterioridad a ese momento. Según ese criterio —expuesto por el doctor Rodolfo de Abelleyra, con adhesión del doctor Jorge Garzón Maceda, en la causa n° 135.244, "Arcifa c/Fernández" que falló la Sala A de la Cámara Civil de la Capital Federal, en agosto de 1968— la reforma del art. 1113 de la ley 17.711, es aplicable a los hechos ilícitos ocurridos antes de entrar en vigor el nuevo régimen, salvo que ya el damnificado hubiese demandado la reparación del daño y hubiera notificado su demanda, pues, entonces el demandado, a estar a ese enfoque, ya tendría un derecho de ser juzgado conforme al régimen antiguo, por ser inviolable la defensa en juicio que podría resultar vulnerada si se aplicara la nueva ley. Nosotros pensamos que la apli-

consecuencias, aún no ocurridas al tiempo de dictarse la nueva ley, quedan gobernadas por ésta; en cambio, las consecuencias ya producidas están consumadas y no resultan afectadas por las nuevas leyes, pues lo impide la noción de *consumo jurídico*. Todo esto, que era aceptado por la doctrina de los autores en la interpretación del antiguo art. 3 en conjunción con los arts. 4044 y 4045 (véase *supra*, núms. 165 y 167), ha venido a quedar corroborado con la sanción de la ley 17.711.^{68 bis 3}

cabilidad de las nuevas leyes no depende de que se haya o no demandado el resarcimiento del daño, en base a lo dispuesto anteriormente. Es una distinción inconsistente, no sólo porque la virtualidad de las leyes es independiente de que se las invoque o no —“*jura curia novit*”—, sino porque desemboca en la conclusión insostenible según la cual dos víctimas del mismo hecho ilícito pueden quedar regidos por dos leyes distintas, según que una hubiese demandado la reparación del daño y la otra no, al tiempo de entrar a regir una ley modificatoria del régimen anterior de responsabilidad. Es una postura que desinterpreta la palabra “consecuencias” empleada por el nuevo art. 3 (véase nota siguiente).

^{68 bis 3} La palabra “consecuencias” que utiliza el nuevo artículo 3 se refiere a *contingencias de hecho derivadas* de los acontecimientos anteriores, que constituyen su causa o antecedente. Según el diccionario, consecuencia es un “hecho o acontecimiento que se sigue o resulta de otro” (Enciclopedia Espasa, t. 14, p. 1369), siendo claro que no es una consecuencia del hecho ilícito anterior la modificación del régimen de responsabilidad que gobernaba a ese hecho.

El sentido del nuevo art. 3 apunta a las *contingencias fácticas futuras* de los hechos ya cumplidos. Si se trata de consecuencias ya ocurridas, no cabe alterarlas por el dictado de la nueva ley; pero si las consecuencias sobrevienen bajo el imperio de ésta, quedan gobernadas por el nuevo régimen, aunque su antecedente o causa —“relación o situación jurídica” dice el nuevo texto— ya hubiese existido antes (arg. “existentes”, que usa el art. 3 reformado por la ley 17.711). De ese modo, la nueva disposición se ha atenido al pensamiento de Planiol (*Traité élémentaire de droit civil*, 10^a ed., t. I, núms. 243 y 255) y de Spangenberg (citado por Areco J. S., *La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos*, Bs. As., 1948, n^o 49, p. 77), dejando de lado las teorías de Chironi (*Instituzioni di diritto civile italiano*, 2^a ed., t. I, párr. 16, p. 38) y de Vareilles Sommieres (*Revue de Leg. et de Jur.*, Nueva serie, t. 22, ps. 445 y ss.), para quienes todas las consecuencias del hecho cumplido debían ser regidas por la ley bajo la cual éste se ha realizado o ha tenido lugar. Por otra parte entendemos que cabe dentro de la directiva del nuevo art. 3, primera parte, la postura aclaratoria de Coviello (*Manuale di diritto civile italiano*, Parte General, 3^a ed., párr. 34, ps. 107 y ss.) también aceptada por Busso (*Cód. Civil Anotado*, t. I, art. 3, p. 24, n^o 3 “in fine”), según la cual las nuevas leyes no se aplican a las consecuencias anteriores de los hechos cumplidos, ni tampoco a las consecuencias posteriores de esos hechos que sobrevivan, exclusivamente, en virtud de ellos y sin conexión con otros factores sobrevivientes: así una obligación pendiente sujeta a plazo no se ve alcanzada por la nueva ley porque la consecuencia todavía no acontecida del pago recibe su existencia, por entero, del hecho cumplido, a diferencia de las consecuencias derivadas que aunque provienen del hecho cumplido son fecundadas por el tiempo futuro y, consiguientemente, caen bajo el régimen de las nuevas leyes sobrevinidas durante ese tiempo fecundante (conf. Rayces, A., su prólogo al citado libro de Areco, p. XXIII; y su trabajo *Reducción legal de intereses y arrendamientos*, en “JA”, t. 42, sec. doctr. p. 19).

En suma, la nueva regulación de la responsabilidad extracontractual, dis-

168. PRIMERA LIMITACIÓN: LA LEY INTERPRETATIVA.
 — Se denomina “ley interpretativa” a la dictada para aclarar el significado de otra ley precedente.^{68 bis 4}

El efecto retroactivo de la ley interpretativa estaba definido por el art. 4º del Código Civil, concebido en los siguientes términos: “Las leyes que tengan por objeto aclarar o interpretar otras leyes, no tienen efecto respecto de los casos ya juzgados”.

Como se ve la retroactividad no estaba instituida expresamente, pero al eximir de la vigencia de la ley interpretativa a los casos ya juzgados, el legislador entendía inexcusablemente que ella regía los casos aún no juzgados pero ya ocurridos al tiempo de su sanción. Por otra parte la aplicación retroactiva de la ley interpretativa, con esa limitación de no tocar la cosa juzgada, constituye un principio aceptado unánimemente por la doctrina de los autores.⁶⁹

La Ley 17.711 derogó el art. 4 del Código de Vélez. Empero esa derogación no altera la posible retroactividad de

puesta por la ley 17.711 no rige los hechos ilícitos consumados con anterioridad al 1º de julio de 1968, fecha de vigencia de esa ley. La comisión de tal hecho hizo adquirir al damnificado el derecho a la reparación del daño que era entonces resarcible, sin que la obligación resultante pueda ser agravada contra el deudor, ni retaceada contra el acreedor. Dicen Ripert y Boulanger que “la adquisición y la extinción de derechos no pueden siendo hechos pasados, caer bajo la aplicación de la ley nueva. Es la ley contemporánea a esta adquisición o a esta extinción la que determina la validez y las modalidades. La seguridad del comercio jurídico impone esta solución” (Trat. Der. Civ., ed. “L.L.”, t. I, nº 287). Y los mismos autores siguen diciendo: “Este principio se aplica a los diversos modos de adquisición de los derechos patrimoniales... 2º) a los *delitos* y *cuasidelitos* que crean en beneficio de la víctima un derecho de reparación que comprende el modo de prueba del hecho cuando la atribución del derecho está vinculada a la cuestión de prueba, por ejemplo, en razón de la existencia legal de una presunción de culpa” (*op. cit.*, nº 288, texto de la edición francesa).

Para aplicar los nuevos textos a los hechos ilícitos obrados con anterioridad sería menester la disposición legal que así lo indicase (conf. nuevo art. 3, segunda cláusula del Código Civil).

^{68 bis 4} No ha de confundirse este concepto con la terminología de “Ley interpretativa” que se suele dar a la ley supletoria (véase *supra* nº 53). Son nociones enteramente diferentes que no es posible confundir por una mera coincidencia verbal; con todo conviene eliminar la denominación de leyes interpretativas referidas a las leyes supletorias.

⁶⁹ Véase Busso, E., *Cód. Civ. Anotado*, t. I, art. 4º, núms. 16 y 17, p. 40 y los autores allí citados.

Las leyes aclaratorias, sino que considera como lo apuntara Fernández Gianotti, con respecto al Proyecto de 1936, que "no ha menester un código insertar normas que se limitan a traducir principios universalmente aceptados" (su trabajo publicado en "L.L.", t. 26, pág. 964, nº 8).

169. FUNDAMENTO DE LA RETROACTIVIDAD. — La ley interpretativa es retroactiva porque no constituye una norma nueva, sino que se confunde en ese carácter con la norma que emana de la ley interpretada, y forma un todo con ella. Hasta puede decirse que es la misma ley antigua la que se sigue aplicando, si bien con el sentido que le ha impuesto la ley aclaratoria.⁷⁰ De ahí que algunos autores hayan sostenido que la retroactividad de estas leyes es sólo aparente, pues si ellas no introducen ningún cambio legislativo no puede hablarse de una efectiva retroactividad: lo que es declarado por la ley interpretativa ya existía como régimen imperante desde la sanción de la ley interpretada.

La consideración expresada es exacta desde un punto de vista teórico, pero en la práctica no puede negarse que al eliminar las posibles interpretaciones de una ley anterior por la que fija la ley interpretativa, el legislador impone retroactivamente la significación de la norma que ha adoptado.

170. EXCEPCIONES A LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY INTERPRETATIVA. — La retroactividad de la ley interpretativa no es absoluta: ella se detiene ante el valor de la cosa juzgada.

Es lo que expresaba el recordado art. 4º del Código Civil —véase número anterior—, cuya solución ha sido aprobada casi unánimemente por la doctrina de los autores.⁷¹ Se comprende que así sea, pues la autoridad de la cosa juzgada constituye una base insustituible del orden jurídico, a punto tal que todo derecho quedaría arruinado si se pudieran renovar las controversias ya dirimidas por los jueces.⁷²

Pero si la ley interpretativa no afecta a los casos ya juzgados, porque está de por medio la autoridad de la cosa juzgada, sí influye

⁷⁰ Así Planiol, *op. cit.*, t. I, nº 251, p. 100; Gabba, *Teoría della irretroattività*, Torino, 1891, t. I, p. 25; conf. Cám. 2ª La Plata, "L.L.", t. 105, p. 769.

⁷¹ Salvat, R., *op. cit.*, núms. 259 y 302, ps. 135 y 157; Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, nº 302, p. 167.

⁷² Para que el pronunciamiento de un tribunal de justicia adquiera el valor de autoridad de la cosa juzgada se requiere que haya obrado en los límites de su competencia y observado las formas del procedimiento (véase S. Linares Quintero, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Ba. As., 1956, t. IV, Nº 123, p. 123).

respecto de los pleitos pendientes que deberán definirse conforme al criterio fijado por aquella ley.

171.— Otra excepción a la retroactividad de la ley interpretativa está constituida por los *derechos extinguidos* o agotados al tiempo de su sanción. En esto se hace aplicación de la noción de “consumo jurídico”, de manera que las obligaciones que han resultado extinguidas por la transacción, la renuncia o el pago, no son alteradas por el significado distinto que les diera una ulterior ley interpretativa.⁷³

172.— Algunos autores ven otro límite a la retroactividad de la ley interpretativa en la garantía constitucional de la propiedad privada.⁷⁴

No participamos de este criterio, pues nadie puede pretender que tiene un derecho patrimonial emanado de una cierta interpretación de la ley imperante que es desvirtuada por la diversa interpretación fijada por la ley aclaratoria de la anterior. Es claro que nos referimos a efectivas leyes interpretativas y no a las que so color de tales introducen verdaderas modificaciones en el régimen existente. De esto nos ocuparemos en el número siguiente.

173. QUID DE LA CALIFICACIÓN DE LEY INTERPRETATIVA. — Se discute si la calificación de “interpretativa” dada a una ley por el legislador es susceptible de revisión por los tribunales.

a) La opinión dominante se inclina por la afirmativa. En verdad los jueces están habilitados para investigar si efectivamente la ley interpretativa, así denominada por el legislador, responde a esa naturaleza de acuerdo a su significado y estructura. La realidad debe ser apreciada por lo que ella es y no por el rótulo que se le haya puesto quien sabe con qué propósito.⁷⁵ Por ello, con razón se ha dicho que “ni el legislador ni el Juez tienen autoridad para atribuir a las palabras empleadas en el estatuto un sentido contrario al que gramaticalmente les

⁷³ Conf. Enneccerus, *op. cit.*, t. I, vol. 1º, párr. 55, II, 2; Busso E., *op. cit.*, t. I, p. 41, nº 29.

⁷⁴ Busso E., *Cód. Civ. Anot.*, t. I, art. 4º, nº 20, p. 40.

⁷⁵ Conf. Bonnacese, *Suplemento al Tratado de Baudry-Lacantinerie*, París, 1925, t. II, nº 30, p. 32; Roubier P., *Les conflits des lois dans le temps*, t. I, p. 224; Salvat, *op. cit.*, nº 303, p. 158; Fernández Gianotti E., *Normas legales interpretativas*, “L.L.”, t. 26, p. 968; Pasman Eduardo M., nota en “J.A.”, t. 71, p. 887, ap. XII; C.S.N., “L.L.”, t. 16, p. 497; Cám. Civ. Sala “A”, 24 oct. 1963, in re “Raggi, J. C. c/Raggi M. y otros”, con disidencia del doctor Borda, “E.D.”, t. 13, p. 108.

corresponde".⁷⁶ Nosotros participamos de esta concepción y consideramos, como Salvat, que para decidir si una ley es interpretativa o modificatoria de otra anterior, es menester comparar ambas: cuando se advierta que la segunda amplía o restringe la comprensión de la primera no podrá ser considerada "interpretativa", aun cuando así haya sido denominada por el legislador.⁷⁷

Con todo, si efectuada esa comparación subsistiera alguna duda, el intérprete debe estar a la calificación que le haya dado el legislador.

b) Para la postura minoritaria, que entre nosotros sustenta Borda, con la adhesión de Arauz Castex,⁷⁸ la calificación de "interpretativa" hecha por el legislador no puede ser revisada por los tribunales.

Según Borda, estando el legislador facultado para dictar leyes retroactivas, cuando, sin dar expresamente este alcance a su sanción, dicta una ley que llama interpretativa, por eso sólo ha querido darle aplicación retroactiva, y el intérprete debe entenderlo así sin entrar en la disquisición, para este autor insoluble, de si la ley es o no efectivamente interpretativa de la anterior o modificatoria de ésta.⁷⁹

Para nosotros la distinción conserva siempre interés. Desde un punto de vista teórico, porque el intérprete ha de juzgar de la realidad jurídica tal como ella es, de acuerdo a la naturaleza de las cosas, para no caer en un vacío nominalismo. Y desde un punto de vista práctico, porque las leyes interpretativas que realmente lo sean pueden repercutir sobre el pasado sin la cortapisa de la garantía constitucional de la propiedad, puesto que, como ya hemos dicho, nadie puede pretender una intangibilidad patrimonial sólo fundada en lo que estima adecuada interpretación de un cierto texto legal, cuando esa interpretación es desahuciada por una ley aclaratoria de la anterior. En cambio las leyes que sólo sean interpretativas de nombre, pero no por su substancia, no podrán repercutir sobre el pasado para privar a alguien de un derecho patrimonial que tuviese constituido a su favor, por impedirlo la garantía constitucional de la propiedad (conf. art. 17 Const. Nac.).

174. OPINIÓN DISIDENTE DE BORDA.— Este autor niega la posibilidad de que el propio legislador interprete una norma vigente, sosteniendo que la interpretación es tarea eminentemente judicial e impropia del legislador. Para Borda "el legislador nunca interpreta. Él tiene

⁷⁶ Disidencia de los doctores Repetto y Nazar Anchorena en el fallo de la C.S.N., publicado en "J.A.", t. 71, p. 888; conf. Fallos, t. 184, p. 620.

⁷⁷ Conf. Salvat R., *op. cit.*, n° 303, p. 158.

⁷⁸ Borda G. A., *op. cit.*, núms. 162 y 163, p. 152; Arauz Castex M., *op. cit.*, n° 303, p. 168.

⁷⁹ Borda G. A., *op. cit.*, *loc. cit.*

«imperium» para legislar; si no le satisface la solución de la ley vigente, la modifica por otra nueva”.⁸⁰

No participamos de esta opinión. Desde luego, ordinariamente, la interpretación de la norma es tarea propia del juez y, no se lo olvide, de los doctrinarios del derecho —véase *supra*, n° 91—. Pero ello no impide que, excepcionalmente, cuando la interpretación de un precepto sea dudosa, puede el legislador dictar la interpretación adecuada para restituir al orden jurídico la seguridad que aquella incertidumbre ha venido a restarle.

En cuanto a la falta de necesidad de recurrir a la sanción de leyes interpretativas por la posibilidad de dictar siempre leyes retroactivas, ya hemos explicado en el número anterior el interés práctico que existe para distinguir las leyes simplemente retroactivas (que no pueden afectar derechos patrimoniales adquiridos) de las leyes interpretativas, que pueden incidir en las ventajas patrimoniales sustentadas en la diversa interpretación de la ley aclarada.

175. QUID DE LA LIMITACIÓN AL CRITERIO DE IRRETROACTIVIDAD RESULTANTE DE LA LEY DE ORDEN PÚBLICO.

—La segunda limitación que, en teoría, tiene el criterio puramente interpretativo, de irretroactividad de la ley, está constituida por la ley de orden público. Lo que significa que cuando se trata de una ley de esta índole el juez debe dejar de lado, ante el silencio del legislador, la directiva de hermenéutica según la cual debe abstenerse de aplicar las leyes retroactivamente, y proceder a aplicarlas de esa manera, o sea también respecto de los hechos ya cumplidos.^{80 bis}

Esta segunda excepción al criterio de la irretroactividad de la ley estaba prevista por el art. 5° del Código Civil, que decía: “Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público”.

⁸⁰ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 159, p. 149.

^{80 bis} En contra de lo expuesto se ha resuelto que la ley de interés público no es retroactiva si el legislador no la declara tal: Cám. Civ. Sala “D”, “L.L.”, 103-658. Conforme a lo explicado la Suprema Corte ha declarado que no rige el Art. 3° del Código Civil en materia de leyes administrativas e impositivas: C.S.N., Fallos, t. 250, p. 66; *id.*, “L.L.”, t. 107, p. 614.

También se ha decidido que la ley 14.367 que hace a la organización de la familia, es de orden público, de modo que no cabe, en principio, oponerle la regla de la irretroactividad. Cám. Civ. Sala “D”, “L.L.”, t. 107, p. 91. En igual sentido, Cám. Civ. Sala “D”, “J.A.”, 1963-II, p. 433; C.S.N., “J.A.”, 1962-III, p. 466.

Con todo, la retroactividad de las leyes de orden público no era tampoco absoluta, y se detenía ante la garantía constitucional de la propiedad privada como así también ante la cosa juzgada y el "consumo jurídico":

176.— a) No hay orden público que autorice al despojo del derecho de propiedad. La Corte Suprema ha declarado que el art. 5º del Código Civil no se refería a los derechos patrimoniales, los cuales están preservados contra una aplicación retroactiva de la ley por la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional.⁸¹

Se comprende que así fuera porque la aludida garantía de la propiedad también integra el orden público de nuestro país, por lo que no se estima lógico que pudiera invocarse esa misma noción para llevar un ataque a la propiedad privada.

177.— b) Por las mismas razones que juegan para impedir la retroactividad de las leyes interpretativas respecto de los casos ya juzgados o extinguidos —véase *supra*, núms. 170-171—, se concluía, que igualmente las leyes de orden público debían respetar la autoridad de la cosa juzgada y la definición de las situaciones producidas por el consumo jurídico.^{81 bis}

178. SUPRESIÓN DE LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY DE ORDEN PÚBLICO POR LA LEY 17.711. — El legislador de 1968 suprimió el art. 5 del Código de Vélez que trasuntaba la retroactividad de la ley de orden público, y expresamente dispuso que las leyes "no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario" (nuevo art. 3, segunda parte).

Con esa sanción ha quedado marginada la doctrina expuesta en los núms. 175 a 177, habiendo quedado eliminada la posibilidad de que el intérprete pueda aplicar retroactivamente una ley de orden público, si el legislador ha omitido

⁸¹ C.S.N., "J.A.", t. 9, p. 194; *id.*, t. 17, p. 20; *id.*, "L.L.", t. 9, p. 507.

^{81 bis} Borda sostiene que es absurdo aplicar retroactivamente la ley de orden público, lo que según él conduciría a reputar nulos los matrimonios anteriores a la ley de matrimonio civil por no haberse contraído con sujeción a la forma que esa ley impuso. La objeción es especiosa porque no atiende a la noción de "consumo jurídico" que obsta a la repercusión sobre el pasado de las leyes nuevas, como lo señalamos desde la primera edición de esta obra.

darle ese alcance. Con ello se produce una dualidad de régimen, el antiguo y el nuevo, pese a que este último se nutre con valores eminentes, a los cuales está ligada la digna subsistencia de la sociedad. En teoría, no se justifica la perduración del régimen anterior si contradice principios de orden público.⁸²

179. EFECTO PROLONGADO DE LA LEY EN EL TIEMPO. — Según la reforma introducida por la ley 17.711, algunas leyes continúan rigiendo después de haber sido derogadas: es un caso en que la vigencia de la ley se *prolonga* más allá de su vida. La ley ha muerto pero sigue en vigor con respecto a las consecuencias futuras de ciertas relaciones jurídicas pendientes.

Es lo que ocurre con las *leyes supletorias* (véase *supra*, nº 53) a cuyo respecto dice el nuevo art. 3, última parte: “A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”.

Esta norma sigue la idea personal de Borda que fue desechada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, luego de las objeciones que le formularon Spota y Orgaz.⁸³ Según ella la legislación supletoria, contemporánea a la formación del contrato, integra el contenido del acuerdo: los contratantes pudieron en el momento de anudar su consentimiento, apartarse de esa legislación no imperativa; al no hacerlo se atuvieron a ella, tal como si la hubieran reiterado, punto por punto, en su propia regulación contractual. De ahí que esa legislación, aunque luego sea derogada, deba seguir subsistiendo con respecto a los contratantes, que la incorporaron tácitamente dentro del marco del contrato.^{83 bis}

⁸² Sobre la noción de orden público, véase *infra* núms. 184-201; asimismo López Olaciregui J. M., su anotación a Salvat. Parte General, ed. del cincuentenario, t. I, nº 249-A, ap. XXVIII a LII.

⁸³ Véase Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, t. I, ps. 79 y 89.

^{83 bis} Véase la exposición de Borda en las actas del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, t. I, p. 81.

Nos parece que este desarrollo dialéctico incurre en una petición de principio, pues, parte de una premisa que habría que comenzar por demostrar, a saber, que los contratantes quisieron, efectivamente, trasvasar al régimen del contrato todo el derecho supletorio de la época de su acuerdo. Es una presunción gratuita que se apoya, no en lo que ocurre generalmente como toda presunción,

Este criterio suscita varias objeciones: 1º) en cuanto al *fundamento* de la tesis resulta en cierto modo adivinatorio de la intención de las partes; 2º) desemboca en una *dualidad* de régimen que opera contra la saludable aplicación inmediata de las nuevas leyes: ^{83 bis 1} así, en una materia tan extensa como es la relativa a obligaciones y contratos, generalmente de índole supletoria, reinan en el país dos regímenes distintos, pues los contratos anteriores al 1º de julio de 1968 siguen gobernados por el Código de Vélez, en tanto que los contratos posteriores a esa fecha están regidos por el Código reformado; ^{83 bis 2} 3º) se ha observado, con razón, que "parece desproporcionado que el legislador se preocupe de mantener en el tiempo la reglamentación de algo que para los contratantes era tan poco importante que no consideraron necesario estipularlo expresamente en su contrato"; ^{83 bis 3} 4º) en la aceptación

sino en una intuición adivinatoria del legislador. La verdad es que los contratantes manifestaron su voluntad sobre los puntos básicos del convenio, como el precio, calidad de la cosa, tiempo del pago, etc.: en todo lo demás se remitieron a lo que fuese conforme a derecho. Ese es el real contenido de la voluntad contractual, mientras no se pruebe concretamente otra cosa. De ahí que no corresponda, en base a una conjetura, relacionar exactamente el contenido del contrato con todas las previsiones legales de un momento dado, luego cambiadas por el legislador, y que probablemente, nunca estuvieron de hecho en la intención de los contratantes.

Orgaz ha apuntado que esta novedad del efecto prolongado de la ley derogada, o si se quiere, del efecto diferido de la nueva ley supletoria, "no se encuentra en ningún código moderno, y entiende que tampoco es sostenido por ningún autor" (Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, t. I, p. 89).

^{83 bis 1} Conf. Raffo Benegas P. y Sassot R., *La intención de las partes y las leyes supletorias (artículo 3 del Código Civil)*, en "J.A.", Doctrina 1969, p. 549; Novillo Saravia L. (h), su trabajo cit., "J.A.", Doctrina 1970, p. 572, ap. VI.

^{83 bis 2} En verdad, no se justifica esta ruptura de la unidad legislativa y esta tan grave fisura que se introduce en los principios de derecho transitorio afectando la eficacia inmediata de la ley nueva. Sólo sería justificado, nos parece, que se suspendiera la vigencia de esa ley ante la comprobación de que los contratantes quisieron concretamente someterse a un determinado régimen particular, porque, en ese caso, no se suscitara un conflicto entre la vieja y la nueva ley sino se trataría de resguardar el imperio de la voluntad de los contratantes que están autorizados para marginar cualquier norma supletoria y crear la pauta regulatoria de sus derechos (conf. arts. 1137 y 1197). No es dudosa la facultad de los contratantes para obrar de ese modo, ni la consiguiente posibilidad de resguardar la regulación contractual de cualquier incidencia de una futura ley supletoria, que por serlo no podría alterar lo decidido por ellos. Pero la cuestión se plantea en términos muy diferentes, si los particulares nada decidieron, no habiendo, entonces, razón para bloquear la vigencia inmediata de la ley nueva, si para mantener la eficacia de la ley antigua que ya ha quedado derogada.

^{83 bis 3} Raffo Benegas P. y Sassot R., trab. cit., "J. A.", Doctrina-1969, p. 550.

Estos autores recuerdan que Borda, en el Tercer Congreso de Derecho Civil, "no negaba que con enorme frecuencia los contratantes ignoran las normas supletorias vigentes al tiempo del contrato. Siendo esto así, parece evidente que

del criterio comentado ha predominado un exagerado respeto de la voluntad individual, aun en sus manifestaciones presuntivas más intrascendentes, lo cual si bien era explicable en las concepciones de la doctrina clásica francesa, no se concilia con otras alteraciones efectuadas por la ley 17.711, que dan preeminencia al bien común sobre el interés individual; ^{83 bis 4 5º}) finalmente, el nuevo criterio sobre la eficacia prolongada de la legislación supletoria ya derogada, tiene el grave inconveniente de la *inseguridad jurídica*: el criterio de selección de la ley aplicable debe basarse en ideas claras y simples que permitan definir con anticipación cuál es el régimen que habrá de regir a una determinada relación jurídica, para que la organización social no zozobre en un desorden en el que nadie sabe cuáles son sus deberes y derechos. Ahora bien, la noción de las leyes imperativas y supletorias no es apta para hacer esa discriminación, por lo mismo que esa distinción no es de fácil manejo para apreciar cuándo una ley tiene uno u otro carácter, con lo cual se origina una gran incertidumbre acerca del juicio de los tribunales que pueda recaer sobre el régimen aplicable a las consecuencias recientes de un contrato celebrado antes del 1º de julio de 1968. ^{83 bis 5}

Por todo ello, habría sido preferible atenerse al *efecto inmediato* de la ley nueva, y no dar lugar a esto que conduce a lo que se ha deno-

la ley 17.711 ha elevado lo improbable y accidental a la categoría de regla rígida de derecho" (loc. cit.).

^{83 bis 4} Raffo Benegas P. y Sassot R., *op. cit.*, *loc. cit.* Conf. Novillo Saravia L. (h) trab. citado, ap. VI.

^{83 bis 5} En nuestra obra "Estudio de la reforma del Código Civil, Ley 17.711", ps. 17 y ss. hemos mostrado lo insatisfactorio que resulta el funcionamiento del nuevo criterio sobre el efecto diferido de las leyes supletorias, con motivo de las nuevas pautas de los arts. 1638 y 1646, que tienen carácter supletorio en cuanto los particulares podrían ampliar el plazo de mantenimiento de la responsabilidad del locador —que la última parte del nuevo art. 1646 fija en 10 años— o bien decidir que en caso de desistimiento de la obra por el locatario, el locador podría cobrar toda la utilidad pactada sin descuento alguno en calidad de pena. Remitimos, pues, a lo dicho en ese lugar, estimando que los comentaristas que se han ocupado del asunto, no han refutado nuestras reflexiones.

Agregamos que, tal vez, donde se advierte con mayor claridad la inconveniencia del efecto diferido de las nuevas leyes supletorias es con respecto al nuevo sistema de constitución en mora. En efecto; no es dudoso que lo referente a la constitución en mora es materia de derecho supletorio (conf. Borda G. A., La reforma del Código Civil: la mora, "E.D.", t. 29, p. 754, nº 4, a) pudiendo las partes determinar, según su arbitrio, que la mora se produzca por la interpelación del acreedor y al margen de lo prevenido en el nuevo art. 509. Ahora bien; siendo así, se da una *dualidad* de régimen, en cuanto a la constitución en mora del deudor, según que el contrato originario de la respectiva obligación fuese de fecha anterior o posterior al 1º de julio de 1968. Es una discriminación carente de justificación si siempre el hecho del incumplimiento ha acontecido bajo el nuevo régimen de constitución en mora.

minado efecto diferido de dicha ley,^{83 bis 6} cuya vigencia resulta postergada por la prolongación de la eficacia de una ley derogada.^{83 bis 7}

179 bis. — Tienen el explicado *efecto diferido* las nuevas disposiciones de los arts. 509 y 1204.

En cuanto al modo de *constitución en mora*, el incumplimiento del deudor que haya ocurrido después de la vigencia de la ley 17.711, proveniente de un contrato anterior a esa fecha, se rige por el sistema del antiguo art. 509 del Código de Vélez, en virtud de lo dispuesto por el nuevo art. 3, última parte.^{83 bis 8}

Con respecto a la *cláusula resolutoria implícita*, que el nuevo art. 1204 considera latente “en los contratos con pres-

^{83 bis 6} Conf. López Olaciregui J. M., *Efectos de la ley con relación al tiempo, abuso del derecho y lesión subjetiva*, “Rev. Col. Abog. La Plata”, n° 21, julio-diciembre 1968, ps. 75 y ss.; Borda G. A., *La reforma del Código Civil: efectos de la ley con relación al tiempo*, en “E.D.”, t. 28, p. 809, n° 5.

^{83 bis 7} Advertimos, que estamos persuadidos de la conveniencia de dejar a los particulares que reglen sus derechos como mejor les parece, y asimismo de que cuando no se trata de materia de orden público, lo que ellos han decidido debe ser respetado por las nuevas leyes que se dicten. Pero siempre que se trate de una real y efectiva voluntad contractual, no la regulación practicada por el viejo legislador que nada asegura haya sido siquiera conocida por los contratantes contemporáneos. Por ello hemos propiciado la modificación de la parte final del nuevo art. 3 que debería quedar así: “A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias cuando los contratantes han querido efectivamente someterse a la ley antigua” (véase nuestra obra *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, p. 20).

Comp. en sentido aprobatorio del nuevo criterio legal: Arauz Castex M., *Derecho Civil: reforma de 1968*, ps. 26 y ss.; Acuña Anzorena A., *Reflexiones sobre la ley 17.711*, en “L.L.”, t. 130, p. 1091, d (aunque con reparos que no hacen el caso); López Olaciregui J. M., trab. citado, “Rev. Col. Abog. La Plata”, n° 21, julio-diciembre 1968, p. 79; López de Zavalía, F., *Irretroactividad de las leyes*, en “L.L.”, t. 135, del 11 de agosto de 1969; Morello A. M., *Eficacia de la ley nueva en el tiempo*, en “J.A.”, 1969-III, p. 117, g), texto nota 45; Pardo A. J., *El art. 1° del Código Civil según la ley 17.711*, en “L.L.”, t. 135, diario del 7 de julio de 1969, V, D).

Conf. en el sentido desaprobatorio que hemos expuesto: Spota A. G. y Mercader A. A., su dictamen conjunto, en Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, p. 74; Orgaz A., su dictamen en la misma publicación, p. 75; voto de la asamblea plenaria, en la p. 91 de la aludida publicación; Raffo Benegas P. y Sassot R., su trab. citado en nota 83 bis 1, p. 550; Novillo Saravia L. (h), su trab, en la *Bibliografía*, “J.A.”, número especial del 11 de mayo 1970, ap. IV, n° 8.

^{83 bis 8} Conf. Raffo Benegas P. y Sassot R., su trabajo citado, “J.A.”, *Doctrina*, 1969, p. 550; Novillo Saravia, L. (h.), su trab. citado, “J.A.”, *Doctrina-1970*, p. 571, ap. VI.

taciones recíprocas", como es materia de derecho supletorio, puesto que las partes habrían podido excluirla, la innovación no rige para los contratos anteriores al 1º de julio de 1968, siempre por el juego del nuevo art. 3, última parte.^{88 bis 9}

180. LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.— Daremos cuenta someramente del tratamiento de la cuestión referente a los efectos de la ley con relación al tiempo, en los proyectos de reforma del Código Civil.

181. — a) El *Anteproyecto Bibiloni* en su primera redacción no introducía variante alguna en los arts. 3º 4º y 5º del Código Civil.

En su segunda redacción el art. 5 del Código aparece con el siguiente agregado: "...sino en los casos y bajo las condiciones deter-

^{88 bis 9} Conf. Raffo Benegas y Sassot, *loc. cit.*, Novillo Saravia L. (h.), *trab. cit.*, "J.A.", *Doctrina-1970*, ap. VI, p. 571.

Igualmente ocurre con los antiguos arts. 1646 y 1638. El primero de ellos no contenía término de caducidad alguna para la responsabilidad latente en que llegase a incurrir el locador de obra, mientras el nuevo art. 1646 la limita a diez años: como es norma supletoria, porque las partes podrían ampliar o limitar ese plazo (conf. Novillo Saravia L. (h.), *trab. cit.*, "J.A.", *Doctrina-1970*, ap. VI, p. 572), corresponde concluir que hay una doble legislación para los contratos de obra anteriores o posteriores al 1º de julio de 1968 (comp. Borda G. A., su *trab.* publicado en "E. D.", t. 28, p. 813, quien arguye que el art. 1646 ya era de orden público antes de la ley 17.711, y mantiene ese carácter, más nítidamente ahora, puesto que el nuevo art. 1646, última parte, previene que "no será admisible la dispensa contractual de responsabilidad por ruina total o parcial". Es un enfoque que no distingue la *responsabilidad en sí misma* de su medida. Pues si se trata de la *medida* de la responsabilidad, la nueva norma del art. 1646, que con acierto recoge los principios generales a ese respecto, es supletoria, no impidiendo a los contratantes que hagan más o menos intenso el alcance de dicha responsabilidad, lo que cae en el ámbito de la libertad contractual: son las cláusulas limitativas o ampliatorias de responsabilidad, cuya legitimidad no está controvertida, siempre que la restricción no sea tan sustancial que implique una exclusión o dispensa de la responsabilidad que está prohibida).

En cuanto al antiguo art. 1638, estima L. Novillo Saravia (h.), que instituía una norma supletoria: de ahí que según él, con respecto a los contratos de obra anteriores al 1º de julio de 1968, no puede el juez "hacer uso de la facultad moderadora que le confiere el nuevo precepto" (*loc. cit.*, p. 572). Por nuestra parte concordamos en que se trata de derecho supletorio, aunque pensamos que con anterioridad a la modificación del art. 1638, ya podían los jueces, al tiempo de fijar la indemnización por el desistimiento de la obra, deducir de la utilidad bruta convenida los *gastos ahorrados* por el locador en razón de la no prosecución de la obra, y los *probables ingresos* que a él pudiera representarle la aplicación de la capacidad profesional que resultaba liberada por dicho desistimiento (véase nuestra obra *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, p. 18, texto y nota 8).

minadas por la Constitución Nacional”, agregado que fue desestimado por la Comisión Reformadora.

182. — b) El *Proyecto de 1936* reúne en un precepto el contenido de los arts. 3º y 5º del Código Civil, en la siguiente forma: “Las leyes... no tienen efecto retroactivo; no alteran la cosa juzgada, ni el acto jurídico perfecto, ni las consecuencias de este último. Nadie podrá ejercer derechos irrevocables contra una ley de orden público”.

Según se advierte, el aludido proyecto deja de lado el combatido concepto del derecho adquirido incorporado al art. 3º del Código Civil y lo sustituye por la alusión a la cosa juzgada, al acto jurídico perfecto y a las consecuencias de éste.

Esta sustitución, tomada en forma incompleta del Código Civil brasileño, ha sido objetada, con toda razón. En la discusión que hiciera del Proyecto de 1936 el Instituto Argentino de Estudios Legislativos se aconsejó la supresión de todo agregado a la fórmula “las leyes no tienen efecto retroactivo”.⁸⁴

183. — c) El *Anteproyecto de 1954* ha recogido las enseñanzas que arrojó el debate a que se acaba de aludir, limitándose a consignar concretamente el principio de irretroactividad sin agregados que dificultan el manejo del asunto.

El art. 4º del mencionado Anteproyecto dice así: “Las leyes no tienen efecto retroactivo, salvo expresa disposición en contrario. Nadie podrá alegar derechos irrevocables contra una ley de orden público”.

El precepto presenta las siguientes ventajas, en comparación con la redacción de anteriores proyectos: 1º) Se acentúa el carácter de mero criterio de interpretación al señalarse que el efecto irretroactivo está subordinado a la expresa disposición en sentido contrario; 2º) Se elimina la alusión a conceptos discutidos como el “derecho adquirido” o el “acto jurídico perfecto”, etc., con lo que la jurisprudencia queda en libertad para adoptar las concepciones que aconseje la ciencia jurídica en esta materia; ⁸⁵ 3º) En concordancia con el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954 suprime lo preceptuado en el art. 4º del Código Civil acerca de las leyes interpretativas. Se ha entendido que “no

⁸⁴ Instituto Argentino de Estudios Legislativos, *Proyecto de reforma del Código Civil*, Libro I, Actas de la Sección de Derecho Civil, ps. 30-32, punto 5º.

⁸⁵ Arauz Castex aprueba la flexibilidad del criterio adoptado por este Anteproyecto (véase su obra, nº 300, p. 166). Por su parte, Borda, aunque no se refiere concretamente al Anteproyecto, concuerda en “la conveniencia de sentar el principio de que las leyes no deben aplicarse retroactivamente, salvo que así lo dispongan claramente” (*op. cit.*, t. I, nº 173, p. 162). Es lo que por nuestra parte hemos hecho al redactar el Anteproyecto de 1954.

ha menester un código de insertar normas que se limitan a traducir principios universalmente aceptados".⁸⁶

§ 4. Orden público. Concepto. Teorías. Su alcance frente a los principios de autonomía de la voluntad, irretroactividad y extraterritorialidad de la ley.*

184. NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO.—Se denomina "orden público" al conjunto de principios eminentes —religiosos, morales, políticos y económicos— a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida.

Como observa Arauz Castex la expresión "orden público" alude a una categoría o clase de disposiciones de fundamental interés para el pueblo, para la Nación, para la sociedad entera.⁸⁷ En la locución "el matrimonio es una institución de orden público", por ejemplo, se alude a la trascendencia de esa institución que la pone por encima de la voluntad de los esposos.

185. FUENTES DEL ORDEN PÚBLICO.—Reciben la denominación de "leyes de orden público" las que interpretan ese conjunto de principios eminentes a que nos hemos referido

Elas son: 1º) las que constituyen el derecho público de un país, o constituciones políticas; 2º) las que organizan las instituciones fundamentales del derecho privado, que conciernen a la "personalidad" (nombre, estado, capacidad, domicilio, etc.), a la "familia" (matrimonio, parentesco, patria-potestad, tutela, curatela, etc.), a la "herencia" (orden sucesorio, libertad de testar, legítima, desheredación, etc.), y al "régimen de los bienes" (dominio, condominio, propiedad horizontal, usufructo, uso, habitación, servidumbres, hipoteca, prenda, anticresis); 3º) aquellas cuya observancia interesa al mantenimiento de la moral y buenas costumbres.

⁸⁶ Fernández Gianotti E., *Normas interpretativas*, "L.L.", t. 26, p. 964, n° 8.

* BIBLIOGRAFÍA: Arauz Castex M., *La ley de orden público*, Bs. As., 1945; Martínez Paz E., *El concepto del orden público en el derecho privado positivo*, "Rev. Colegio de Abogados", Bs. As., sep.-oct. 1942, t. XX, n° 5; De Roa J., *Del orden público en el derecho privado positivo*, Bs. As., 1926; Busso E., *Código Civil Anotado*, Bs. As., 1944, t. I, art. 21, ps. 187-210.

⁸⁷ Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 304, p. 169.

186. DIVERSAS TEORÍAS SOBRE EL ORDEN PÚBLICO. —

Pocas nociones son tan rebeldes como la del orden público para formular de ella una definición clara y precisa.

Todos los autores que han abordado este tema han señalado la dificultad para lograr ese propósito y algunos han confesado un rotundo fracaso.

Enunciaremos a continuación, las principales teorías que se han profesado, sin dejar de mencionar las posiciones agnósticas que se han suscitado. Luego expondremos nuestro propio punto de vista.

187. 1) TEORÍA DE IDENTIFICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO CON EL DERECHO PÚBLICO. — Esta concepción se origina en la máxima romana "privatorum conventio jure publico non derogat", y parece haber sido profesada por los redactores del Código de Napoleón.⁸⁸ Aun Demolombe participaba de ella, como se lo advierte en la iniciación del tratamiento de este tema.⁸⁹

Con todo se trata de un criterio ya enteramente abandonado por la doctrina moderna, pues pronto se ve que ley de orden público y derecho público no son conceptos coincidentes. Ambas nociones se encuentran en la relación de género a especie: el orden público no se agota en el derecho público, pues hay virtualidades de aquél que se manifiestan en el derecho privado como ocurre respecto de las instituciones básicas de la familia, que hemos enunciado antes —véase *supra*, nº 185— como integrantes del orden público⁹⁰

188. 2) TEORÍA DE IDENTIFICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO CON EL INTERÉS PÚBLICO. — Según un criterio muy difundido las leyes de orden público son las dictadas en mira del interés de la sociedad, en tanto que las demás serían suscitadas para satisfacer el interés de los individuos. En este sentido Planiol dice que son de orden público las disposiciones motivadas por consideraciones de interés general.⁹¹ Y en el mismo orden de ideas, otros autores identifican el orden público con el interés público,⁹² o con los intereses esenciales de un país⁹³ o el interés general.⁹⁴

⁸⁸ Véase exposición de Portalis en Loaré, *Législation*, t. I, ps. 482-483.

⁸⁹ Demolombe C., *Cours de Code Napoléon*, 4ª ed., París, 1869, t. I, p. 16.

⁹⁰ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 307, p. 170.

⁹¹ Planiol M., *op. cit.*, t. I, nº 291, p. 113.

⁹² Así Leonidas Anastasi, en "L.L.", t. 6, jur. extranj., 18.

⁹³ Despagnet, *Précis de droit international privé*, 5ª ed., p. 260.

⁹⁴ Planiol M. y Ripert J., *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, ed. Sabana, t. VI, nº 226, p. 303.

No obstante la difusión de estas ideas, no las creemos adecuadas porque siempre el derecho se inspira en una finalidad de bien común, sea que favorezca la libertad de los particulares o sea que la restrinja. Por cierto que también cuando el legislador procede de esta manera, sólo se propone no el bien de tal o cual individuo, sino el bien común que es el de todos y de cada uno. Así cuando autoritariamente regula el estatuto matrimonial lo hace en mira del bien de todos, incluso de los no casados y de los niños en general, y también del bien de los esposos, no de la felicidad de éste o de aquél, sino de todos y especialmente de los innumerables futuros esposos que en la rigidez de un régimen definitivo y ajeno a su arbitrio encontrarán el mejor escudo que resguarde la felicidad de su familia y la ponga al resguardo de los embates de las circunstanciales pasiones. E igualmente cuando el legislador ordena las relaciones jurídicas contractuales en un marco de gran libertad de autonomía de los particulares, lo hace en mira del bien común, que de ese modo se obtiene más cumplidamente por el estímulo individual para la producción de bienes, que tal organización favorece.

189. 3) TEORÍA DE IDENTIFICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ORGANIZACIÓN SOCIAL. — Para esta concepción el orden público está constituido por los principios que cada nación estima básicos para su ordenación social: es la idea de Capitant, que ve las leyes de orden público en las que tienen por objeto el mantenimiento de la ordenación u organización social,⁹⁵ o de Laurent, para quien el orden público “es la ordenación de las personas en la sociedad”.⁹⁶ o de Acollas, que ve el orden público en una ecuación armónica de libertades, derechos e intereses.⁹⁷

Entre nosotros, Salvat sustenta la misma comprensión. Para él “la noción de orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida; por ejemplo, la separación de los distintos poderes que ejercen el gobierno, la libertad individual, la propiedad, etc.”⁹⁸

Arauz Castex, que no participa de este criterio, concede que es el más difundido entre los internacionalistas, pareciéndole útil pero incompleto para resolver muchos supuestos de derecho interno. Así la

⁹⁵ Capitant H., *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, 4ª ed., n° 27, pá. 65-66.

⁹⁶ Laurent F., *Principes de Droit Civil français*, 3ª ed., t. I, n° 47, p. 83.

⁹⁷ Acollas, citado por Segovia en *El Código Civil de la República Argentina, su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Bs. As., 1933, t. I, p. 9, art. 21, nota 14.

⁹⁸ Salvat R., *op. cit.*, n° 247, p. 129.

materia de la capacidad es de orden público y para este autor no está vinculada a la organización social.⁹⁹

190. 4) TEORÍA DE IDENTIFICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO CON LA INTUICIÓN DEL INTÉRPRETE. — Para esta postura la indagación por vía racional de la noción de “orden público” es tarea francamente estéril. De ahí que haya que abandonar el asunto a la intuición del intérprete.

En esta tendencia se halla Mourlon, para quien el orden público es algo que “más se siente que se define”.¹⁰⁰

En una posición análoga se ubica Arauz Castex. La noción de orden público, para este autor, no tiene un contenido concreto y constante; no hay leyes de orden público, por sí mismas. Lo que cuadra es hacer una estimación, o balance, en términos de justicia, confrontando el contrato, el derecho adquirido o la conducta pasada en el extranjero con la ley para apreciar cuál es el factor cuya aplicación arroja un resultado más valioso, es decir, más justo.¹⁰¹

191. 5) TEORÍA DE LA IDENTIFICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO CON LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR. — Vareilles-Sommieres y Alglave admiten que no hay una noción invariable y constante constitutiva del orden público, sino que éste surge de la voluntad del legislador, que es quien declara cuándo una norma es o no de orden público.

Este criterio es enteramente insatisfactorio, porque no ilustra sobre los motivos o razones que pueden conducir al legislador para acordar el carácter de orden público a una cierta norma, lo cual no puede depender de un puro arbitrio legislativo.

Por otra parte, esa comprensión de la ley a ciegas al juez cuando el legislador calla sobre el punto, y es fundamental saber si la ley en cuestión reviste o no carácter de orden público, para considerar su

⁹⁹ Arauz Castex M., *op. cit.*, n° 309, p. 170. Para nosotros la materia de la capacidad está directamente ligada con las nociones básicas de la organización social, puesto que no es indiferente para cada sociedad que se anticipe o postergue impropriamente, con relación a las circunstancias climáticas, etc., el ejercicio por sí mismo de los derechos subjetivos; o que no se computen para ello las deficiencias personales, que según el criterio de cada legislador, deben conducir a la declaración de incapacidad del sujeto. Tratándose de la calidad del sujeto, como es la capacidad que hace a la noción misma de “persona”, todo lo referente a ella es de esencial importancia para la organización de la sociedad, sin perjuicio de que respecto de súbditos extranjeros, por estar domiciliados fuera del país, pueda regir la ley del domicilio, a menos que la ley de nuestro país fuera más favorable para el sujeto de que se trate.

¹⁰⁰ Mourlon F., *Repetitions écrites sur le Code Civil*, 12ª ed., t. I, n° 95, p. 70.

¹⁰¹ Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 313, p. 172.

eventual aplicabilidad retroactiva, en los ordenamientos jurídicos en que ello es posible ante el silencio del legislador al respecto.

192. 6) **CRITERIO CASUISTA.** — Para algunos autores, en vista del fracaso que confiesan para elaborar un criterio general acerca del orden público, el intérprete ha de efectuar un discriminado análisis de las diversas relaciones jurídicas a fin de ubicar a las que corresponda dentro del sector del orden público. Pero es de notar que cuando se propicia ese procedimiento empírico se incurre en una petición de principio, pues si se postula la imposibilidad de elaborar el criterio general sobre el orden público, no se ve cómo se efectuará la discriminación, ni cuál será el “*principium divissionis*” que permita verificar la exactitud de la discriminación que se haya efectuado.¹⁰²

193. 7) **POSICIÓN DE BORDA.** — En torno a este problema Borda ha asumido una posición muy particular.¹⁰³

Para este autor “la noción clásica del orden público es fundamentalmente equívoca: . . . una cuestión es de orden público cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de derecho privado, en las que sólo juega un interés particular”. “. . . Toda ley imperativa es de orden público, . . . en conclusión leyes imperativas y leyes de orden público, son conceptos sinónimos”.¹⁰⁴

Por lo demás la virtualidad de las leyes de orden público, según Borda, se ejerce sólo con relación a la autonomía de la voluntad de los particulares, sin jugar papel alguno respecto de la retroactividad de la ley o de la aplicabilidad de la ley extranjera.

194. — No compartimos estas reflexiones del prestigioso autor citado.

Pensamos que no hay identidad conceptual entre ley imperativa y ley de orden público, que son calificaciones que trasuntan una formalidad lógica diferente. La imperatividad sólo se predica de las leyes cuya observancia no pueden dejar de lado las convenciones de los particulares, en tanto que el carácter de orden público alude a los motivos o fundamentos por los cuales se comunica esa imperatividad a la ley. En otros términos, cuando se habla de “orden público” se mira a la causa que produce la imperatividad irrefragable de ciertas leyes, mientras que cuando se contempla esa imperatividad sólo se verifica

¹⁰² Conf. Busso E., *Cód. Civ. Anot.*, t. I, art. 21, núms. 45-46, p. 193; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 311, p. 171.

¹⁰³ Borda G. A., *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*, Bs. As., 1951 y *Tratado . . .*, *op. cit.*, t. I, núms. 138 y ss.

¹⁰⁴ Borda G. A., *Tratado . . .*, t. I, n° 47, ps. 58-59.

el efecto que aquella causa ha provocado. De ahí que aun cuando ambas calificaciones correspondan, de hecho, a las mismas sanciones legales, no es posible por esa circunstancia admitir una identificación de dos conceptos formalmente diferentes, de los cuales uno es efecto del otro.

Por otra parte, el reconocimiento de esa diversidad conceptual es en la práctica de gran importancia, cuando el legislador calla sobre el carácter imperativo de la ley, pues entonces será la naturaleza de la norma —según que ella sea apreciada por el intérprete de “orden público” o no— la que decidirá sobre su alcance imperativo.

195. NUESTRA POSICIÓN. — Como ya hemos adelantado en el número 184 nosotros compartimos la concepción del “orden público” que ve en esta noción el conjunto de principios fundamentales en que se cimenta la organización social.

Se trata de una noción flúida y relativamente imprecisa en cuanto a su contenido concreto, por una exigencia de su misma naturaleza. Si se trata como hemos dicho de los principios que cada sociedad estima como fundamentales de su organización social, se comprende que no sea dable formular una definición precisa que sirva para revelar lo característico de cada ordenamiento jurídico que puede estar estructurado, y de hecho lo está, conforme a valoraciones en ciertos aspectos diferentes y hasta opuestas. Así en las sociedades cristianas la familia se basa en el matrimonio indisoluble, o por lo menos único, en tanto que en las sociedades musulmanas la familia no tiene base monogámica: se comprende así que el matrimonio indisoluble o monogámico constituya un principio de orden público en aquellas sociedades y en cambio la poligamia tenga ese carácter en estas últimas.

Finalmente, no ha de sorprender la imposibilidad de reducir el orden público a un común denominador válido para todos los países, puesto que se trata de una noción que expresa el particularismo de cada país, gravitado por sus peculiares antecedentes históricos y culturales y por las condiciones políticas, económicas, geográficas y hasta religiosas del respectivo ambiente social. Recuérdese que Savigny veía en el orden público las circunstancias excepcionales y propias

de cada país que rompían la comunidad de derecho existente entre todas las naciones integrantes de una misma cultura, y que por tanto hacía excepción a la aplicabilidad de la ley extranjera indicada por la ciencia jurídica.¹⁰⁵⁻¹⁰⁸ Por tanto se explica que de tal complejo excepcional y particularizado no se pueda suministrar una fórmula que sea reveladora de todo su contenido.

En suma, la dificultad proviene de la misma materia del "orden público" que obsta a la elaboración de un concepto preciso y definido del mismo, pero no impide su existencia en cada estado o país como ese núcleo de principios fundamentales de la organización social. Si se quiere señalar el contenido de ese orden público, en todas partes, no podrá pasarse de la enunciación que hemos formulado supra nº 185; sólo en función del examen de los principios jurídicos vigentes en un país determinado podrá apreciarse cuáles son las normas de orden público que en él prevalecen.

196. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO. — Desde un punto de vista práctico, el orden público tiene una gran importancia por su incidencia respecto del funcionamiento de la autonomía de la voluntad de los particulares, y de la aplicabilidad extraterritorial de la ley extranjera. Es lo que pasamos a considerar sintéticamente.

197. SUPREMACÍA DEL ORDEN PÚBLICO SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS PARTICULARES. — El orden público puede entrar en conflicto con la voluntad autónoma de los particulares y entonces ésta cede ante aquél. Es lo que preceptúa el art. 21 del Código Civil en los siguientes términos: "*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres*".

¹⁰⁵⁻¹⁰⁶ Savigny F. C. de. *op. cit.*, párrs 349 y 365 En igual sentido, Bartin E. *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, París, 1930, t. I, párr. 102, p 267

Con esta norma se deslindan dos sectores jurídicos importantes.

En principio los ciudadanos, en prosecución de los diversos fines que puedan proponerse, están facultados para realizar cuantos actos jurídicos entiendan apropiados para la obtención de dichos fines. Así lo prevé el art. 1197 del Código Civil según el cual: *“las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”*. De ahí surge un amplio sector de las relaciones jurídicas sustancialmente entregadas al gobierno de los propios interesados (véase *infra*, nº 1435).

Pero esa libertad de los particulares no es absoluta y se detiene cuando enfrenta el “orden público”, o sea ese conjunto de principios superiores del ordenamiento jurídico que no podrá quedar relegado en alguna medida por el arbitrio de los individuos.

198. DERECHOS IRRENUNCIABLES. — Otra consecuencia de la supremacía del orden público sobre la voluntad particular es la que denota el art. 19 del Código Civil, así concebido: *“La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia”*.

El precepto mencionado contempla dos posibilidades, en las que se advierte la presencia del orden público.

La primera destituye de toda eficacia a la renuncia general de las leyes, pues es claro que en una organización política como la nuestra de amplia afirmación de la libertad, es un principio de “orden público” que todos los habitantes gocen de los beneficios que las leyes les acuerdan. El reconocimiento de la validez de una renuncia general a esos beneficios importaría tanto como la renovación de la muerte civil proscripta de nuestra legislación.

La segunda previsión legal se refiere a la renuncia de ciertos derechos en particular. Tal renuncia queda autorizada cuando las ventajas que proporciona sólo miran al interés individual del titular.

Implícitamente el precepto prohíbe la renuncia de derechos que han sido conferidos no para la satisfacción del interés individual del titular, sino en orden a la función que éste debe cumplir; así los derechos de la patria-potestad que son concedidos a padre y madre, para el adecuado cumplimiento de los deberes que tienen respecto de sus hijos (conf. art. 264 del Cod. Civ., modificado por la ley 23.264).

199. NOCIÓN DE BUENAS COSTUMBRES: REMISIÓN. — El recordado art. 21 deja también al margen del ámbito de funcionamiento de la autonomía de la voluntad individual al sector ocupado por las leyes “en cuya observancia estén interesadas las buenas costumbres”.

Tratamos de esta noción que se identifica con la moral, como así lo muestran varias otras disposiciones del Código —arts. 14, inc. 1º, 1501, 21, 530, 729, 795, 953, 1503, 2261, 3608, 564, 1047, 1206, 1626 y 1891— más adelante (véase *infra*, nº 1465), adonde remitimos para el estudio del punto.

200. ACTOS SOBRE LOS CUALES EJERCE SUPREMACÍA EL ORDEN PÚBLICO. — Observa Busso que la norma de orden público prevalece sobre la voluntad individual, cualquiera sea la naturaleza del acto en que ésta se manifieste.¹⁰⁷ Así se ha considerado que predomina no sólo sobre los contratos, sino también sobre los actos procesales,¹⁰⁸ tales como el desistimiento,¹⁰⁹ el consentimiento,¹¹⁰ la prórroga de jurisdicción,¹¹¹ o actos extintivos como la transacción.¹¹²

201. EL ORDEN PÚBLICO COMO BARRERA PARA LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA LEY EXTRANJERA. — Este punto ha sido estudiado en los núms. 137 y ss., especialmente 138 y 139, lugar al que remitimos al lector.

§ 5. Modo de contar los intervalos de derecho.

202. EL TIEMPO EN EL DERECHO. — Todas las acciones humanas están encuadradas en el tiempo. De ahí la necesidad de que el Código Civil fijara ciertas normas referentes al transcurso de los plazos, lo que está previsto en el segundo título preliminar.

¹⁰⁷ Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 21, nº 59, p. 195.

¹⁰⁸ Cám. Fed. Mendoza, “L. L.”, t. 17, p. 408; Cám. Paz letr., Sala I, “J. A.”, t. 58, p. 627 y “L. L.”, t. 7, p. 145.

¹⁰⁹ Cám. Civ. 1ª “J. A.”, t. 33, p. 166.

¹¹⁰ Cám. Civ. 2ª, “L. L.”, t. 18, p. 894.

¹¹¹ C.S.N., “L. L.”, t. 11, p. 947; Cám. Civ. 1ª, “J. A.”, t. 50, p. 116; Cám. Ap. Rosario, “J. A.”, t. 45, p. 741.

¹¹² Cám. Civ. 2ª, “J. A.”, t. 4, p. 196; Cám. Fed. Cap., “L. L.”, t. 15, p. 974; *id.*, “J. A.”, t. 59, p. 388.

203. CARÁCTER SUPLETORIO DE ESTAS DISPOSICIONES.

— Según el art. 29 del Código *“las disposiciones de los artículos anteriores, serán aplicables a todos los plazos señalados por las leyes, por los jueces o, por las partes en los actos jurídicos, siempre que en las leyes o en esos actos no se disponga de otro modo”*.

Esto significa que los preceptos que estudiaremos seguidamente tienen un carácter meramente supletorio. Los particulares pueden dejar de lado esas prescripciones conviniendo por ejemplo que el plazo concedido al deudor se contará por el calendario juliano en lugar del adoptado por el codificador.

204. CALENDARIO GREGORIANO. — El Código acepta para el cómputo de los plazos el calendario gregoriano, que es el usado en todos los pueblos de Occidente. Así lo establece el art. 23, que dice: *“Los días, meses y años se contarán para todos los efectos legales, por el calendario gregoriano”*.

El calendario gregoriano toma su nombre del papa Gregorio XIII, que lo impuso en el año 1582. Hasta entonces el mundo occidental se gobernaba por el calendario juliano, implantado por Julio César, que asignaba al año una duración de 365 días y 6 horas que se acumulan cada cuatro años para agregar un día a los años bisiestos. Pero la duración del año solar, es decir desde el paso del sol por el equinoccio de primavera o de otoño hasta el próximo paso por el mismo equinoccio, es de 365 días, 5 horas, 48 minutos y 50 segundos, por lo que el calendario juliano se distanciaba del año solar a razón de 11 minutos y 10 segundos por año. Con el correr del tiempo esta diferencia se había ido acumulando y en la época del papa Gregorio XIII había llegado a ser de diez días.

A fin de evitar los inconvenientes de semejante desajuste, el Papa dispuso que se salvara esa diferencia para lo cual el día 5 de octubre de 1582 pasó a ser el día 15 de octubre. Para el futuro se determinó que los años “fin de siglo” perdieran su carácter normal de bisiestos, salvo que contuvieran una cifra —sin contar los ceros— divisible por 4. Por aplicación de esta reforma el año 1600 fue bisiesto, pero no lo fueron los años 1700, 1800 y 1900, y volverá a serlo el año 2000, lográndose de esta manera una gran aproximación del calendario civil con el año solar que sólo llegan a distanciarse 1 día cada 3323 años. Todavía para corregir parcialmente esta diferencia el propio papa Gregorio estableció que el año 4000 dejara de ser bisiesto.

Tal el calendario gregoriano que mirado con recelo por los pueblos protestantes al tiempo de su inauguración, fue después aceptado por ellos como antes lo había sido por las naciones católicas. En la actualidad rige en casi todo el mundo. Sin embargo Rusia se sigue ateniendo al calendario juliano.^{112 bis}

205. PLAZOS DE DÍAS. — Según el art. 24 del Código *“el día es el intervalo entero que corre de media noche a media noche; y los plazos de días no se contarán de momento a momento, ni por horas, sino desde la media noche en que termina el día de su fecha”*. Por ejemplo si el 15 de enero se constituye una obligación que el deudor debe satisfacer a los diez días, el primer día del plazo será el día 16 y el último el 25 de enero. Por tanto el plazo vencerá a las 24 horas de este último día independientemente de la hora en que se haya constituido la obligación.

206. PLAZOS DE MESES Y AÑOS. — A este respecto dice el art. 25 del código: *“Los plazos de mes o meses; de año o años, terminarán el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha. Así un plazo que principie el 15 de un mes, terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera sea el número de días que tengan los meses o el año”*.

La regla expresada tiene una gran claridad no habiendo dado lugar a dificultad alguna en los anales de la jurisprudencia. En virtud de ella un pagaré fechado el 20 de febrero, a un mes de plazo, vence el 20 de marzo, no obstante haber transcurrido sólo 28 ó 29 días entre uno y otro momento.

207. — En el cómputo de esta clase de plazos puede ocurrir que la fecha inicial del plazo no tenga día correspondiente en el mes de vencimiento. ¿Cómo se procede en este supuesto? La respuesta la da el art. 26 del Código Civil bajo la siguiente fórmula: *“Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses o años constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriese desde alguno de los días en que el primero de dichos meses exceda al segundo, el último día del plazo será el último día de ese segundo mes”*. Consecuentemente una obligación constituida el 31 de octubre con plazo de 4 meses vence el 28 ó 29 de febrero, según el caso.

208. PLAZOS DE HORAS. — El Código no prevé que el plazo pueda ser de horas, y se suscita la duda de si se contará hora por hora o por

^{112 bis} Conf. Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 23, p. 230, n° 59; Salvat-López Olaciregui, *Tratado...*, Parte General, t. I, n° 338.

días. Así un plazo de 24 ó 48 horas, puede entenderse que vence a la hora correspondiente del 1º ó 2º día, o a la hora 24 del día del vencimiento, como lo dispone el art. 2º del Código Civil.

La primera solución ha sido dada por la Corte Suprema¹¹³ y la segunda por la Cámara de Paz letrada.¹¹⁴

Nosotros pensamos que tratándose de disposiciones legales suplementarias como las que regulan el cómputo de los términos, ha de investigarse cuál ha sido la intención de las partes al fijar un término de horas.¹¹⁵ Cuando el lapso de las horas de plazo no corresponda a días completos habrá que entender que las partes han querido que el plazo venciera con la última hora del plazo sin esperar a la hora 24 del día de vencimiento, y a la inversa en caso contrario, siempre que no pueda colegirse otra intención de las partes del acto.

209. PLAZOS DE SEMANAS. — Tampoco ha previsto el codificador los plazos de semanas, pero tratándose de un lapso intermedio por la unidad de medida entre los plazos de días y de meses, de los que se ocupa expresamente el código, no parece dudoso que por analogía el plazo de semanas debe ser regido por los mismos principios que para esas otras unidades de tiempo estatuyen los arts. 25 y 26 ya transcritos. Así lo ha decidido la Cámara Comercial en una oportunidad.¹¹⁶

210. CONTINUIDAD DE LOS PLAZOS. — Según el art. 27 del Código Civil, *“todos los plazos serán continuos y completos, debiendo siempre terminar en la media noche del último día; y así los actos que deben ejecutarse en o dentro de cierto plazo, valen si se ejecutan antes de la media noche en que termina el último día de plazo”*.

Esta regla sienta un principio general, sin perjuicio de las modificaciones del mismo que puedan establecer otras disposiciones legales respecto de instituciones particulares. Así los lapsos de prescripción pueden ser discontinuos si durante ellos ocurre un hecho con eficacia para provocar la suspensión del término: es lo que pasa, por ejemplo, cuando la persona contra la cual se prescribe contrae matrimonio con quien prescribía contra ella (conf. art. 3969).

211. FERIADOS. — En principio los feriados integran los días del plazo que se computan en forma corrida, salvo que se exprese lo contrario.

¹¹³ C.S.N., “J. A.”, t. 63, p. 352; íd., “Fallos”, t. 80, p. 167, y t. 21, p. 402.

¹¹⁴ Cám. Paz Letr., Sala 4ª, “J. A.”, t. 58, p. 655.

¹¹⁵ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 184, p. 170, al final.

¹¹⁶ Cám. Com. Cap., “J. A.”, t. 65, p. 872.

Es lo que determina el art. 28 del Código Civil que completa estas reglas que contiene el segundo título preliminar: *"En los plazos que señalasen las leyes o los tribunales o los decretos del Gobierno, se comprenderán los días feriados, a menos que el plazo señalado sea de días útiles"*.

Es de notar que en los plazos procesales no se cuentan los días inhábiles (conf. art. 156 *in fine* del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

CAPÍTULO III

LA CODIFICACIÓN Y EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO *

§ 1. La codificación. Ventajas e inconvenientes. La codificación del derecho civil. Antecedentes históricos y legislación comparada.

I.— LA CODIFICACIÓN

212. NOCIÓN. — La codificación es un fenómeno constante de la evolución jurídica que consiste en la reunión orgánica de todas las normas vigentes en un país en un cuerpo único.

Observa De Ruggiero que este fenómeno se repite tan frecuentemente en la historia de la humanidad que puede considerarse como una ley natural de la evolución jurídica.¹

* BIBLIOGRAFÍA: Cabral Texo, J., *Historia del Código Civil Argentino*, Bs. As., 1920; Chaneton A., *Historia de Vélez Sársfield*, Bs. As., 1935; Colmo A., *Técnica del Código Civil Argentino*, Bs. As., 1917; González Sabathie J., *Estado del derecho civil antes de sancionarse el Código*, Bs. As., 1918; Segovia L., *El Código Civil Argentino*, Bs. As., 1933, *Introducción*, ps. XVII a XXVI; Cabral Texo J., *Fuentes nacionales del Código Civil Argentino*, Bs. As., 1919; Díaz Bialek A., *El derecho romano en la obra de Vélez Sársfield*, Córdoba, 1949; Elguera E., *La influencia del derecho romano en nuestra vida jurídica*, "Rev. Fac. de Derecho", Bs. As., jul.-oct. 1952, p. 725; Zorraquín Becú R., *Marcelino Ugarte*, Bs. As., 1954; *Id.*, *Un proyecto desconocido de Código Civil*, "Rev. del Inst. de Historia del Derecho", 1952, n° 4, ps. 60 y ss.; Molinari D. L., *Bases y formación del espíritu jurídico de Vélez Sársfield*; Martínez Paz E., *Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil Argentino*, Córdoba, 1916.

¹ R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, párr. 15, ps. 101-102.

En efecto, cuando las relaciones sociales adquieren cierta complejidad cada vez se hace más dificultoso saber cuál es la norma que ha de aplicarse en un caso dado, dentro de las múltiples y a veces contradictorias disposiciones que en el curso del tiempo se han ido sumando a las costumbres. De ahí la necesidad de poner claridad en el asunto, reuniendo en un cuerpo de leyes único todas las disposiciones existentes, en forma sistemática, y eliminando las que han caído en desuso o contradicen o confunden la comprensión del derecho.

Por esto es que en ciertos momentos de su historia, los pueblos emprenden la tarea de depurar y concretar las reglas que rigen la convivencia de sus individuos, reuniendo en un solo cuerpo de ley las diversas disposiciones que constituyen el ordenamiento jurídico en ese momento, o una parte del mismo.

Pero la experiencia histórica muestra que este resultado no se alcanza sino luego de haber pasado por etapas previas. En un primer momento no se pensó sino en efectuar *recopilaciones* o *compilaciones* de las disposiciones existentes. Luego se introdujo una variante con las *consolidaciones*. Finalmente se llegó a las *codificaciones*.

213. LAS RECOPIACIONES O COMPILACIONES. — La recopilación consiste en la inserción en un solo cuerpo de todas las disposiciones existentes, o de las que se refieren a una parte del derecho.

Presentan la ventaja de ofrecer el conocimiento del derecho a través de un texto único sin necesidad de ir a consultar los archivos donde han quedado registradas las leyes dictadas en tiempos anteriores. Pero es de notar que las disposiciones insertas en la recopilación no tienen fuerza de ley por el hecho de su inserción en ese cuerpo, sino en virtud de su sanción con esa fuerza operada anteriormente.

Ejemplos de recopilaciones de reales órdenes tenemos en la Recopilación de las leyes de Indias de 1680, en la Nueva Recopilación de 1567 y en la Novísima Recopilación de 1805, siendo de notar que esta última nunca entró en vigor en nuestro país por no haber sido comunicada a las autoridades virreynales.

214. LAS CONSOLIDACIONES DE LEYES. — Constituyen un grado más evolucionado que las meras recopilaciones. Consisten en la presentación sistemática y metódica de las leyes imperantes con eliminación de las que han sido derogadas.

Desde luego que el vigor normativo de las disposiciones integrantes del texto ordenado o consolidado (llamado a veces *Digesto*) no proviene de su incorporación a ese texto sino de su sanción primitiva. Pero la consolidación facilita grandemente el conocimiento y la mejor aplicación de las disposiciones consolidadas.

La consolidación de leyes es una tarea difícil que exige en su autor una gran versación jurídica y la posesión de un fino criterio que le permita interpretar cuándo una disposición ha quedado derogada por otra sancionada ulteriormente, por incompatibilidad lógica entre ambas. Es tarea que suele efectuarse por comisión del Estado, como la que le encomendara el Imperio del Brasil al célebre jurisconsulto brasileño Antonio Teixeira de Freitas y a la que éste dio cumplimiento con su "Consolidación de las leyes civiles" del año 1855.

Son ejemplos de consolidación las varias efectuadas de las costumbres francesas.²

Entre nosotros constituyen consolidaciones, los textos ordenados de varias leyes impositivas reiteradamente modificadas, así como el Digesto Municipal y el Digesto de Instrucción Primaria.

215. LOS CÓDIGOS. — Los códigos constituyen la más evolucionada muestra del proceso general de la codificación. Son expresiones únicas, orgánicas y exclusivas del material jurídico en vigor concerniente a una rama del derecho.

Lo esencial del Código radica en que sus disposiciones tienen fuerza de ley por razón de su inclusión en el texto que en su conjunto ha sido dotado de vigor legal por una sanción única de la autoridad legislativa. Así el Código Civil fue sancionado con fuerza de ley por la que lleva el n° 340.

Los caracteres de los códigos son: a) la unidad; b) la exclusividad; c) la sistematicidad. Los estudiaremos someramente.

216. — a) La *unidad* indica que el código unifica en su contenido las reglas concernientes a una determinada rama del derecho. Así en nuestro país la Constitución manda que sean unificadas de ese modo, es decir en un texto o cuerpo único, las leyes civiles, penales, comerciales, laborales y de minería (conf. art. 67, inc. 11), sin que esta mención impida la sanción de otros códigos relativos a materias legislativas correspondientes al Congreso Nacional, como el Cód. Aeronáutico.

En cambio la sanción de los códigos de procedimiento compete a las legislaturas provinciales (conf. igual artículo constitucional).

217. — b) La *exclusividad* de un código significa que al tiempo de su sanción ha de contener todas las reglas jurídicas existentes sobre la materia a que se refiere, para lo cual conviene que se disponga la

² Bourdot de Richebourg, *Le coutumier général*, Paris, 1874, ha publicado la mayor parte de esas consolidaciones.

derogación de todas las disposiciones acerca de la misma rama del derecho que han estado en vigor hasta entonces.

Entre nosotros el art. 22 del Código Civil alude a esta característica, pero excede su cometido propio. El precepto dice así: "*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*".

Según nuestro criterio el precepto transcrito sólo revela una verdad jurídica con relación al tiempo de la sanción. O sea que todo lo que en ese momento tenía valor jurídico lo perdió si no quedó trasvasado al Código. Pero en cuanto el texto parece trascender ese momento histórico y cegar para el futuro todo otro medio de expresión jurídica que pudiera constituirse sienta un principio erróneo que excede las posibilidades del legislador. Pues no será el legislador de 1869 quien pueda agotar el contenido de la materia jurídica del futuro y destituir anticipadamente de toda eficacia las fuentes de derecho que hubieren nacido ulteriormente o germinasen en el futuro. Ese legislador sólo podía mandar para su tiempo, pero no pretender un imperio sobre las fuentes de derecho futuras.

Tal pretensión es, además de impropia, estéril. Pues, pese a semejante declaración, no por ello dejará el intérprete de computar como derecho con fuerza ligante para él lo que en verdad lo sea por su naturaleza,³ en la época de que se trate.

218. — c) La *sistematización* constituye la nota científica de los códigos. Pues la materia de que trata, en forma única y con exclusión de toda otra ley anterior, está presentada en el código de un modo orgánico, conforme a un método que asigna a cada institución su lugar adecuado, y que facilita a quienquiera, suficientemente ilustrado, el conocimiento del principio aplicable en cada caso. De ahí la importancia que tiene el método en los códigos, que conduce a la adopción de normas generales y luego a la consideración de instituciones particulares sólo a través de reglas que importan modificación de aquellas normas generales, las cuales por su mismo carácter rigen por fuerza de su generalidad sin necesitar que se esté renovando su aplicabilidad con relación a cada institución particular. Exactamente el grave reproche que con razón se ha formulado al Código de Vélez Sársfield es el olvido de esta técnica que obliga a silenciar los principios generales en el tratamiento de las materias particulares, para consignar respecto de éstas

³ Véase *supra*, núms. 42 y ss.

sólo lo que signifique un apartamiento de aquellos principios. En cambio, en nuestro Código es frecuente especialmente en la materia de los contratos, que se reiteren los principios generales con relación a cada figura en particular, con lo cual no sólo se alarga desmesuradamente la dimensión del articulado, sino que deja en gran perplejidad al intérprete frente a las instituciones especiales respecto de las cuales se ha omitido esa reproducción de principios que han sido prodigados con relación a otras instituciones.

Esa falla en la técnica científica de nuestro Código Civil ha sido remediada por los proyectos de reforma, y especialmente por el Anteproyecto de 1954, cuyos redactores dedicaron a este punto una especial atención.

II. — VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA CODIFICACIÓN

219. CONSIDERACIÓN. — El movimiento universal de codificación que desde fines del siglo XVIII reina en el mundo moderno no ha logrado difundirse sin doblegar grandes resistencias. Por una parte lo impulsaba el afán ideológico de arrasarse con todo lo existente que no se conformase a las novedades aportadas por la Revolución Francesa, a lo que se agregaba la complejidad creciente de las relaciones sociales que requerían un régimen claro y exento de incertidumbres tal como sólo los códigos pueden proporcionar. En Alemania una tendencia nacionalista con Thibaut a la cabeza veía en la sanción de códigos el medio idóneo para contribuir a la unión alemana. Pero frente a esos factores se alzaba la escuela histórica del derecho, presidida por Savigny y Hugo, la cual partiendo del presupuesto que la nutre y que considera al derecho como un producto de la historia que emana del espíritu de cada pueblo —*volkgeist*— y que por tanto evoluciona constantemente acompañando los cambios de cada pueblo, sostenía lo inadecuado de la sanción de códigos por el estancamiento del derecho en que redundarían. Esa

polémica histórica famosa⁴ permitió ponderar acabadamente las ventajas e inconvenientes de la codificación.

220. VENTAJAS. — Las ventajas de la codificación son las siguientes:

1º) Confiere unidad y coherencia a todo el sistema legislativo, con lo cual se evita la confusión proveniente de leyes dispersas y hasta contradictorias;

2º) Facilita el adecuado conocimiento del ordenamiento legal y consiguientemente la aplicación del mismo;

3º) Favorece la conformación de un espíritu nacional por la supremacía que el código adquiere frente a las legislaciones locales;

4º) Influye frecuentemente en el acrecentamiento cultural del país, sobre todo cuando la obra de codificación ha sido bien lograda.⁵

221. INCONVENIENTES. — Pero la codificación no deja de presentar ciertos inconvenientes o peligros:

1º) Puede inducir en el intérprete la creencia errónea de que todo queda resuelto por la aplicación del código;

2º) Como consecuencia puede dar lugar al estancamiento del derecho y al divorcio de éste con la vida;

3º) Si para eludir el inconveniente apuntado se introducen en los códigos enmiendas parciales para acoger en su articulado las nuevas instituciones que la vida exige, se corre el riesgo de quebrantar la sistematización y coherencia del sistema legislativo, que es la mayor ventaja de la codificación.

222. SÍNTESIS FINAL. — La ponderación de las ventajas e inconvenientes que hemos puntualizado deja un saldo favorable bien neto a favor de la codificación.

Desde luego no dejaremos de combatir la desacertada opinión que identifica el derecho con la ley y especialmente

⁴ Thibaut A. F., *Sobre la necesidad de un derecho común para toda Alemania*, trad. española, Madrid; Savigny F. C. de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, opúsculo aparecido en Alemania en 1814.

⁵ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 91, p. 99, al final. Conf. Castro y Bravo F. de, *Derecho Civil de España*, 2ª ed., t. I, p. 176; Ripert G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2ª ed., nº 9.

con los códigos, ni necesitamos volver sobre disquisiciones que ya hemos desarrollado convenientemente. Pero reducido el código a su papel real de primera aunque no única fuente de derecho, no cabe discutir las excelencias que reporta para el mejor y más completo conocimiento del sistema legal. Por otra parte cuando la evolución de las condiciones del medio social sugiere la conveniencia de introducir sustanciales modificaciones en los códigos, siempre es posible lograrlas si se encomienda su realización a jurisconsultos expertos en esa clase de tareas.

III. — LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLACIÓN COMPARADA

223. — El movimiento universal de codificación del siglo XIX ha tenido sus precedentes históricos. Ya en la antigüedad se recuerdan las leyes de Manú, de aproximadamente el siglo XIII antes de J.C., como el código más antiguo que se conoce. En el Antiguo Testamento, el Deuteronomio contiene las reglas dadas por Moisés para el regimiento del pueblo hebreo. Pero los primeros grandes códigos propiamente jurídicos fueron los romanos —códigos gregoriano, hermogeniano y teodosiano—, que culminaron con la obra de Justiniano.

224. LA COMPILACIÓN JUSTINIANEA. — Fue la obra del célebre jurisconsulto Triboniano y del impulso del emperador de Bizancio, Justiniano, por cuya decisión fue sancionado el Corpus Juris Civilis, formado por el Digesto, las Institutas, el Código y las Novelas. El Digesto o Pandectas contenía toda la riqueza doctrinaria de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo, Modestino, Celso y tantos otros jurisconsultos ilustres que durante siglos habían manifestado sus opiniones respondiendo a las consultas de quienes acudían a ellos en busca de orientación y consejo. Esa magna obra de carácter doctrinal pasó a tener vigencia de ley por su incorporación al Digesto de Justiniano.

Las *Institutas*, aun cuando también tenían vigencia legal, estaban especialmente dedicadas a los estudiantes, y contenían las fórmulas del derecho más elementales.

El *Código* condensaba las constituciones de los emperadores anteriores a Justiniano que aún conservaban interés actual.

Finalmente, las *Novelas* agrupaban las constituciones dictadas bajo el imperio de Justiniano.

225. LAS RECOPIACIONES ESPAÑOLAS. — Mientras en el Imperio Romano de Oriente se hacía aplicación del derecho justiniano, en Occidente, producida la caída del Imperio y sustituida su autoridad por la de múltiples monarquías germánicas, germinaron diferentes legislaciones que, si bien no dejaron de seguir la inspiración romana, estaban imbuidas de los principios ancestrales de los bárbaros.

En España, al comienzo de la denominación visigótica, la legislación se mantuvo dividida, aplicándose a los hispano-romanos las leyes romanas y a los visigodos las leyes bárbaras. Pero tal situación no podía perdurar y a medida que la población se fue mezclando se hizo necesaria la adopción de una legislación común que no tomara en cuenta el origen racial de las personas. Ese proceso se cumplió a través del Código de Eurico, el Breviario de Aniano, la *Lex romana visigothorum* y finalmente el Fuero Juzgo (año 671).

Casi seis siglos después, durante la Alta Edad Media,⁶ mientras se templaba el alma del pueblo español en la ardua lucha por la reconquista de su país, cobró vigor un movimiento codificador que culminó con la legislación de Alfonso X el Sabio: nos referimos al Fuero Viejo de Castilla (año 1212), el Fuero Real (año 1254) y las Siete Partidas (año 1263). Algunos siglos después, y coincidiendo con la consumación de la unidad política de la nación española, el movimiento de codificación se reanuda con las Ordenanzas de Castilla (año 1484), las Leyes de Toro⁷ (año 1505) y la Nueva Recopilación de 1567. Como ya hemos expresado, la Novísima Recopilación de 1805 nunca se aplicó en nuestro país por falta de comunicación a las autoridades con anterioridad a la Revolución de Mayo.

En cuanto al Código Civil Español vigente, que data del año 1888, es trasunto de un proyecto anterior preparado en 1851 por una comisión presidida por el jurisconsulto Florencio García Goyena. Este proyecto tiene para nosotros bastante importancia, pues fue consultado por Vélez Sársfield, quien tomó del mismo unos trescientos artículos.⁷

226. EL MOVIMIENTO DE CODIFICACIÓN MODERNO. — Durante el siglo XVIII se hicieron varios proyectos de códigos, en la Europa Central, que no fructificaron. Pero a fines de

⁶ Adoptamos la denominación de Belloc, ya muy difundida, para quien la Edad Media se divide en tres períodos: Edad oscura (siglos V al X), Alta Edad Media (siglos XI, XII y XIII) y Baja Edad Media (siglos XIV y XV).

⁷ Es el cálculo de L. Segovia en *op. cit.*, t. I, *Introducción*, p. XIX.

ese siglo se sancionó en el año 1794 el Código General Prusiano, que abarcaba todas las ramas del derecho, y que ejerció influjo sobre la legislación posterior. El largo proceso de la codificación austríaca llegó a término con la publicación en 1811, del Código Civil General Austríaco. Pero para entonces, en el tiempo intermedio, se había logrado la codificación francesa que estaba llamada a ejercer, ya directamente, ya indirectamente por el ascendiente logrado por sus comentaristas, la mayor influencia sobre la legislación de todos los países que con raras excepciones se fueron dando códigos al estilo francés.

227. LA CODIFICACIÓN FRANCESA.— No podía ser más propicio el momento en que Napoleón emprendió en Francia la labor de codificación, pues concurrían para ello tres factores poderosos.

En primer término, la codificación constituía una necesidad por la desordenada profusión de reglas existentes en Francia: las provincias del Norte de París, unos 2/5 del territorio total, seguían ateniéndose a las "costumbres" de origen germánico, que fraccionaban en varios mosaicos la legislación general, mientras en las provincias del Sud, unos 3/5 del territorio total, seguía reinando el derecho romano, especialmente a través de la glosa del Corpus Juris Civilis. Esa diversidad no podía perdurar en un país sujeto a una fuerte autoridad central.

En segundo lugar, la codificación resultaba favorecida por el impulso de la Revolución Francesa y su tendencia ideológica que aspiraba a arrasar con todas las manifestaciones del antiguo régimen.

Finalmente, conspiraba a ese mismo resultado la filosofía enciclopedista y su consecuencia el pensamiento jurídico racionalista que concebía el derecho como un producto de la razón humana, que se concretaba en la ley. De ahí que se pensara en la factura de un código, como una obra de raíz puramente intelectual, que habría de remediar para siempre, según se creía, el desorden que había sido hasta entonces el derecho.

Con el concurso de tan importantes factores el éxito de la obra de codificación francesa estaba asegurado.

228. EL CÓDIGO NAPOLEÓN Y SU INFLUENCIA UNIVERSAL.— Con todo, Napoleón debió vencer fuertes resistencias para imponer su designio, que no pudo lograr sino después de haber eliminado una mitad de los integrantes del Tribunado que se oponían a sus proyectos.

La redacción del Código Civil francés fue encomendada a una

comisión formada por Tronchet, Portalis, Bigot du Préameneu y Maleville, que había sido designada el 12 de agosto de 1800.

La Comisión trabajó duramente, incluso con el aporte personal de Napoleón según la leyenda, y en el plazo más breve que conoce la historia —4 meses— elaboró el proyecto del futuro código. Luego de impreso el proyecto y sometido al examen del tribunal de casación y de las cámaras de apelación, comenzó a discutirse en el Consejo de Estado y luego en el Tribunado. Como aquí fuera acerbamente criticado, y parcialmente rechazado, Napoleón retiró el proyecto que volvió a ser presentado luego de la expurgación que se hizo en aquel cuerpo. En esta segunda presentación no tuvo objeciones y su articulado fue sancionado por títulos sucesivos, si bien la ley del 21 de marzo de 1804 dispuso la reunión de todos los títulos aprobados en un cuerpo único al que entonces se denominó Código Civil de los franceses, y por una ley del 9 de setiembre de 1807 fue titulado Código Napoleón. Es el nombre con que lo identifica la doctrina especialmente en el extranjero, y es el que se ajusta a la verdad histórica, pues sin la acción de Napoleón Bonaparte ese cuerpo legal no habría sido sancionado.

Luego de la sanción del Código Civil, la obra de codificación francesa continuó: en 1807 se aprobaron el Código de Comercio y el Código de Procedimientos Civiles, en 1808 el Código de Instrucción Criminal y en 1810 el Código Penal.

Con las conquistas napoleónicas el movimiento codificador se expandió por Europa, pues en pos de los ejércitos franceses llegaban sus códigos para regir en Bélgica, Luxemburgo, el Palatinado, Renania, Hesse, Darmstad, Ginebra, Saboya, Piamonte, Parma, Piacenza, Holanda, estados hanseáticos y ducado de Berg. Aun países libres de la influencia política directa del Imperio francés se decidieron, uno tras otro, durante el siglo XIX, por la adopción del Código de Napoleón: así Westfalia, Hannover, el reino de Nápoles, el gran Ducado de Varsovia, Iliria, Dantzig, Frankfort, Nassau. Otros países entraron en el movimiento general de codificación tomando por modelo al Código de Napoleón, como Sicilia en 1819, los Estados Sardos en 1837, el Estado norteamericano de Luisiana en 1824, Haití y Bolivia en 1843, Rumania en 1864, Italia en 1865, España en 1888 y varios cantones suizos en épocas diversas.

En América, el Código francés ha hecho sentir grandemente su influencia en el Código chileno redactado por Andrés Bello.

En nuestro propio Código Civil la influencia del Código francés es grande, pero se ejerció especialmente a través de sus comentaristas, sobre todo Aubry y Rau.

229. CÓDIGOS POSTERIORES AL FRANCÉS.— Entre los códigos posteriores al francés, e independientes de su influencia, cabe mencionar,

por su significación científica, los códigos alemán, de 1900; suizo, de 1912; italiano, de 1942 y portugués de 1966.

Entre los códigos civiles americanos más recientes mencionamos el brasileño, de 1916; el mejicano, de 1928; el guatemalteco de 1933; el peruano, de 1936, y el venezolano, de 1942.

§ 2. El "common-law" como derecho jurisprudencial no codificado. Relación con la costumbre. El precedente y su importancia. Analogías y diferencias con el sistema continental.*

230. LOS PAÍSES DEL "COMMON-LAW".— El movimiento de codificación del que hemos hecho una somera reseña en los números precedentes no ha extendido su influencia hasta los países que se rigen por el "common-law": Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos de Norteamérica (salvo Luisiana), Canadá (salvo la provincia de Quebec), Nueva Zelandia, Sud-Africa y Australia. De modo que los países que acabamos de nombrar han permanecido al margen de aquel movimiento.

231. NOCIÓN DE "COMMON-LAW".— Se denomina "common-law" al sistema jurídico de los pueblos anglosajones, porque la base del sistema está dada por el derecho consuetudinario que ellos llaman "derecho común" o "common-law".

No quiere decir que en tales países no existan leyes dictadas por el respectivo Poder Legislativo. Las hay, pero tienen sobre todo carácter administrativo o de reglamentación de las libertades de los ciudadanos: son las "act" o "bill". En cambio, son muy escasas en el derecho privado que está constituido fundamentalmente por el "common-law": las pocas leyes de este carácter forman el "statute-law".

* BIBLIOGRAFÍA: Cueto Rúa J., *El common-law*, Bs. As., 1958; Rabasa O., *El derecho anglo-americano*, Méjico, 1944; Tunc y Tunc, *El derecho de los Estados Unidos de América*, Méjico, 1957; Da Cunha C.E.J., *Jurisprudencia y Case Law*, "L. L.", t. 97, p. 885; Santa Pinter, J., *Esencia y espíritu del common-law* "J. A.", 1955-I, I, sec. doct., p. 21.

232. RELACIÓN DEL "COMMON-LAW" CON LA COSTUMBRE. — Es muy íntima la relación del "common-law" con la costumbre, porque aquel constituye un modo ordinario de convivencia cuyas reglas surgen de la inveterada reiteración de prácticas ancestrales.

Según el punto de vista clásico acerca de la fuerza jurídica del "common-law", los jueces bajo ese sistema no crean derecho sino que lo declaran tal cual es conforme a la costumbre imperante. Es cierto que habitualmente los jueces no aluden para nada a esas costumbres sino que fundan esas decisiones en los precedentes jurisprudenciales existentes, pero al proceder de esta manera no lo hacen porque el fallo invocado constituya una regla de derecho sino porque lo estiman como prueba satisfactoria de la costumbre. Bajo este enfoque el precedente no es otra cosa que una costumbre autenticada.⁸

233. EL PRECEDENTE Y SU IMPORTANCIA. — Por lo que se acaba de decir, el precedente tiene una importancia decisiva dentro del sistema del "common-law". Porque aun cuando la base del sistema sea de índole consuetudinaria, en la práctica funciona por la vía del precedente. De modo que para dar la solución adecuada al caso que se presenta, luego de precisar los hechos referentes al mismo y comprobarlos en justicia, es menester revisar los repertorios de jurisprudencia para encontrar el caso similar y conocer la solución que se le haya dado, pues esa será la que corresponda al caso actual. Es una administración del derecho a través de casos particulares (case law) y no en función de principios generales.

234. CARACTERES DEL SISTEMA. — El sistema del "common-law" presenta los siguientes caracteres:

a) Es *empírico*, por cuanto la labor del intérprete no consiste en razonar sobre los principios jurídicos para subsumir el caso presentado dentro de esa estructura y deducir la solución aplicable, sino en comprobar tanto la existencia de los hechos (cometido de las partes interesadas) como la existencia de la norma aplicable a través de algún precedente relativo a un caso sustancialmente similar (cometido del juez).

b) Es *estable* porque el precedente obliga al juez. "En Inglaterra, dice Walton, una vez que se fija un principio por

⁸ Conf. Blakstone y Carter, citados por Cueto Rúa J., *El common-law*, "L. L.", t. 84, pá. 765, 816 y 910 y t. 85, pá. 800 y 881.

una decisión judicial, es en vano sostener que conduce a una injusticia".⁹ Para eliminar su vigencia no queda sino encontrar otro precedente que contrarreste el primero.

Por esta forma de actuar, la organización jurídica adquiere una gran estabilidad sin que se adviertan los sacudimientos que se producen en los países de derecho escrito cuando tiene lugar un cambio de legislación por otra.

c) Es *evolutivo* en cuanto sin perder estabilidad, también el "common-law" va evolucionando con el correr del tiempo, en consonancia con la estimación cambiante de los valores sociales. Sin duda, los casos que se presenten se habrán de resolver conforme a los precedentes, pero es de notar que no se hace una ciega aplicación de éstos. En verdad cada nuevo caso aporta un matiz propio que puede ser contemplado por la decisión que lo resuelva; y como a su vez esta decisión importa un nuevo precedente para los casos futuros, en algún momento los matices distintos que van presentando los casos actuales pasan a constituir una "ratio decidendi" que los identifica con otros precedentes distintos de los que antes se consideraban análogos y de aplicación forzosa, pero que ahora, por esa discriminación, han dejado de serlo.

235. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL "COMMON-LAW". — Con el conocimiento de los aspectos del sistema que han sido desarrollados estamos en condiciones de señalar cuáles son las ventajas y cuáles los inconvenientes de tal organización jurídica.

236. — Entre las *ventajas* han de computarse las siguientes:

a) El sistema del "common-law" preserva mejor la libertad del ciudadano, porque ella no está amparada por la ley escrita, que suele ser tornadiza como una accidental mayoría parlamentaria, sino que resulta escudada por el respeto por los precedentes acumulados durante siglos. En los países de derecho escrito el triunfo abrumador de un partido político puede dejar en sus manos la posibilidad de estructurar regímenes que cercenen las libertades de los ciudadanos y aumenten las atribuciones del Estado, con lo cual puede llegarse por vía legal a la

⁹ Law Quarterly Review, enero 1933, cit. por Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n^o 64, p. 42.

instauración de una dictadura. Esta perspectiva es muy remota en los países que se sujetan al "common-law".

b) El empirismo en que se basa el sistema desarrolla en quienes lo manejan —los jueces— una aguda perspicacia para apreciar la esencia y los matices significativos de los casos concretos que se presentan, de manera de poder lograr una administración de justicia más humana y equitativa. Es por esto que en los países de derecho escrito se ha suscitado un gran interés por conocer el funcionamiento del sistema anglosajón, y por las particularidades de cada uno se produce en nuestro tiempo una influencia recíproca de cada régimen sobre el opuesto. Así se advierte en los jueces y en doctrinarios de los regímenes de base legal una preocupación por lograr soluciones que no sólo sean conformes a la ley escrita, sino especialmente conformes a la equidad y a la justicia intrínseca: es en cierto modo la vuelta al inderogable derecho natural. Pero por otro lado y tal vez con más insistencia aún, se nota en los jueces y autores de los países del "common-law" la preocupación por superar un puro empirismo y encontrar el fundamento de las decisiones en los principios que emanan de la organización y sistematización de los precedentes judiciales.¹⁰

237. — Con todo, el sistema del "common-law" no deja de ofrecer serios *inconvenientes*, entre los que deben ser apuntados:

a) La ausencia de sumisión a principios científicos en la aplicación del derecho. El empirismo del sistema lleva a sumar elementos a veces heterogéneos y a computar precedentes inconexos o tan distantes en el tiempo que resultan de similitud sólo aparente con relación al caso actual.

b) La base misma del sistema obliga a una búsqueda penosa del posible precedente a través de miles y miles de fallos. En Estados Unidos se ha calculado que las colecciones de sentencias alcanzan a 20.000 ó 25.000 volúmenes,¹¹ con la consiguiente imposibilidad de dominar semejante material para poder aseverar acerca de la solución que corresponde aplicar a un caso dado en función de los precedentes habidos. Por esta circunstancia el American Law Institute ha favorecido la publicación de recopilaciones sistematizadas de sentencias —*Restatements*

¹⁰ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 78, p. 86; conf. Blondeel J., *Le common-law et le droit civil*, "Revue Internationale de droit comparée", oct.-dic. 1951, n° 4, p. 585; Mackay Cooper, *Common-law and civil law*, "Harvard Law Review", t. 63, n° 3, enero 1950, ps. 468 y 105.

¹¹ Es el dato que consignan Tunc y Tunc, *El derecho de los Estados Unidos de América*, México, 1957, n° 142.

of law— a cargo de jurisconsultos prestigiosos, que son de gran utilidad para abogados y jueces.

c) El progreso del derecho resulta dificultado grandemente por el respeto a las tradiciones jurídicas que el sistema del "common-law" importa, el cual está ideológicamente asociado a una concepción individualista de la sociedad que choca con las exigencias del mundo contemporáneo.

d) Finalmente se reprocha justamente al sistema del "common-law" que deja en definitiva librada la administración de la justicia a la voluntad de los jueces, con el grave peligro de convertir a la organización social en un baluarte injusto del predominio de los intereses de ciertas clases sociales a las cuales suelen estar vinculados los individuos que integran la judicatura. Se comprende así que la organización estructurada sobre esas bases se resienta de un exagerado conservadurismo, que puede ser insensible a las justas reclamaciones populares.

238. FUNCIÓN DE LA LEY. — Es de notar la diversa función que llena la ley escrita en los países del "common-law" y en los del sistema continental.

En los primeros la ley escrita constituye un derecho excepcional que altera el derecho común de base consuetudinaria. De ahí que siempre la interpretación de la ley deba ser restrictiva, no pudiendo extenderse sus soluciones por vía de analogía a otras hipótesis diversas de las que ha contemplado el legislador.

Por el contrario, en los países de derecho codificado, como el nuestro, la ley escrita suministra el derecho común u ordinario. En principio toda controversia ha de ser resuelta conforme a las previsiones de la ley, a la que se la supone dotada de eficacia bastante para solucionar cualquier disputa. Con todo, esto no deja de ser una ficción, y también en los regímenes de derecho escrito, como hemos visto *supra* n° 42 y ss., cuando cesan las posibilidades reales de la ley hay que hacer lugar a otras fuentes de derecho. Pero, eso sí, éstas no entran a funcionar sino subsidiariamente.

239. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON EL SISTEMA CONTINENTAL. — Por lo que llevamos dicho se advierte las analogías y diferencias existentes entre el sistema del "common-law" y el de derecho escrito o sistema continental.

En ambos regímenes la aplicación del derecho se hace con arreglo a una norma objetiva y exterior al juez que marca una directiva para los gobernantes y para los gobernados.

Pero difiere mucho la posición del juez frente a esa regla de de-

recho, pues mientras en el sistema continental, por tratarse de una norma escrita, el subjetivismo judicial es de escasa gravitación, otra cosa ocurre en el sistema del "common-law", en el cual la directiva que emana de los precedentes no adquiere vigor sino a través de su recepción en la sentencia judicial. Con lo cual el sistema cobra una flexibilidad mucho mayor, a punto tal que el juez inglés ha sido considerado como el ideal del magistrado por los partidarios de la escuela del derecho libre —véase *supra* n° 111.

Sin duda por el apego a las tradiciones, que caracteriza al pueblo inglés, sus jueces no han abusado del cúmulo de atribuciones que la organización judicial deja en sus manos.

- § 3. El Código Civil argentino. La personalidad de Vélez Sársfield. Su labor jurídica. Antecedentes y sanción del Código. Distintas ediciones del Código Civil. Leyes de Fe de erratas de 1872 y 1882. Principales reformas. La cuestión de la reforma integral: Anteproyecto Bibiloni, Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936 y Anteproyecto de 1954.

I. — EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

240. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA VIGENTE EN NUESTRO PAÍS. — Cuando se produjo el descubrimiento de América y su ulterior colonización, los conquistadores europeos trajeron con ellos los elementos de su propia civilización y, por consiguiente, su ordenamiento jurídico.

En el virreynato del Río de la Plata, y luego de la independencia, en las Provincias Unidas del Río de la Plata, la legislación española existente en 1810 continuó en vigencia hasta su derogación por el Código Civil, a partir del 1° de enero de 1871.

Hasta entonces rigió en nuestro país la Nueva Recopilación de 1567, que contenía leyes provenientes del Fuero Real, del Ordenamiento de Alcalá, del Ordenamiento de Montalvo y de las leyes de Toro. Por lo demás, las antiguas leyes quedaron subsistentes, conforme al siguiente orden de prelación: 1°) Nueva Recopilación; 2°) Fuero Real; 3°) Fuero Juzgo; 4°) Fuero Viejo de Castilla; 5°) Las Partidas. Pero es de notar que por el prestigio que tenía adquirido este último cuerpo de leyes, y por el mayor conocimiento que tenían de él los jueces y

abogados de América, el derecho que se aplicaba ordinariamente era el contenido en las leyes de Partida.^{11 bis}

En cuanto a la Novísima Recopilación de 1805 no tuvo aplicación entre nosotros porque la emancipación vivida de hecho desde 1810 ocurrió antes de que se comunicara aquella compilación a la Real Audiencia de Buenos Aires.

La Recopilación de las leyes de Indias, de 1680, tuvo escasa significación en el orden del derecho civil porque su contenido era sustancialmente de derecho público.

241. LEGISLACIÓN PATRIA.— Operada nuestra emancipación de España, los gobiernos nacionales y provinciales que se sucedieron hasta la sanción del Código Civil, hicieron uso de sus facultades legislativas también en el orden del derecho privado, si bien es de notar que las leyes dictadas por entonces tuvieron escasa importancia y no alteraron la legislación española que constituía el derecho común, conforme al principio según el cual la emancipación política deja subsistente el derecho privado anteriormente vigente hasta que el nuevo Estado en ejercicio de su soberanía, dispone de otra manera.¹²

Enunciaremos a continuación las principales de esas leyes patrias:

a) Leyes nacionales: de libertad de vientres y de los esclavos que entraren al territorio (1813); de supresión de mayorazgos (1813), enfiteusis (1826); supresión del retracto gentilicio, o derecho del pariente más próximo dentro del 4º grado para adquirir los bienes raíces de la familia vendidos a un extraño (1868).

b) Leyes y decretos provinciales: sobre habilitación de edad antes de la mayoría (Buenos Aires, 17 de noviembre de 1824; Tucumán, 1º de setiembre de 1860; Entre Ríos, 10 de marzo de 1866); sobre determinación del domicilio en el lugar de la estancia principal (Buenos Aires, ley del 16 de setiembre de 1859; sobre libros de nacimientos, matrimo-

^{11 bis} Conf. Salvat R., *op. cit.*, nº 198, p. 105.

¹² Cabral Texo J., *Historia del Código Civil Argentino*, Bs. As., 1920, p. 1.

nios y defunciones a cargo de los curas párrocos (Buenos Aires, 19 de diciembre de 1821; Jujuy, 7 de setiembre de 1836; Santa Fe, 17 de mayo de 1862); sobre restricciones y límites al dominio (Buenos Aires, ley del 27 de julio de 1865; Jujuy, leyes del 24 de febrero de 1855 y 7 de marzo de 1857; Córdoba, ley del 27 de agosto de 1868); sobre arrendamientos de campos (Santa Fe, ley del 31 de julio de 1837); sobre vocación hereditaria del cónyuge, excluyente de la de los parientes colaterales del causante (Buenos Aires, ley del 22 de mayo de 1857); sobre matrimonios de disidentes (Buenos Aires, decreto del 20 de diciembre de 1833).

242. PRIMEROS INTENTOS DE CODIFICACIÓN. — Por lo que se ha dicho, después de 50 años de vida independiente se hacía necesario encarar la codificación de las leyes civiles, pues el país, en una etapa de notable crecimiento en todos los órdenes, no podía quedar sujeto a la incertidumbre de una legislación dictada para la nación española varios siglos atrás, que era en buena medida desconocida.

Varios ensayos se hicieron sin éxito alguno. Por un decreto de 1824, Las Heras designó una comisión para redactar el Código de Comercio y otra para la preparación del Código Militar, pero nada se hizo. En 1831 la legislatura de Buenos Aires adoptó como suyo el Código de Comercio español de 1829, que había proyectado Sainz de Andino inspirándose en el código francés de 1807, y dispuso el nombramiento de una comisión para que propiciara la reforma que viere conveniente. En 1852, luego de Caseros, Urquiza creó una comisión de 14 miembros, presidida por Juan García de Cossio, para proyectar los Códigos Civil, Penal, Comercial y de Procedimientos. La subcomisión del Código Civil estaba formada por Lorenzo Torres, en calidad de redactor, y por Alejo Villegas y Marcelo Gamboa, como consultores. Torres no aceptó el encargo y en su reemplazo fue nombrado, el 3 de setiembre de 1852, Dalmacio Vélez Sársfield. Pero la revolución del 11 de setiembre de ese año, que segregó a Buenos Aires del resto de la Confederación por varios años, impidió que la tentativa tuviera éxito.

243-244. LA CONSTITUCIÓN DE 1853. — Poco después se reunía en la ciudad de Santa Fe la convención nacional constituyente que redactó la Constitución, la que fue sancionada el 1 de mayo de 1853.

En el texto constitucional aflora la preocupación que tenían los constituyentes para que se dotara al país de una apropiada codificación de su derecho de fondo. Así en el inc. 11 del art. 64 se confería al Con-

greso Nacional la atribución de dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, por cuya vía se daría cumplimiento al mandato imperativo contenido en el art. 24 de la Constitución, según el cual "el Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos..."

De aquí que en cumplimiento de esas prescripciones constitucionales el senador por Córdoba, Facundo de Zuviría, propiciara ante el Senado de la Confederación, con sede en la ciudad de Paraná, la sanción de una ley por la que se autorizaba al P. E. para nombrar una comisión que proyectara los códigos mencionados. Aprobado el proyecto como ley nº 12, del 30 de noviembre de 1854, fue ésta promulgada por Urquiza, pero razones de orden financiero obligaron al gobierno a postergar esa iniciativa.

245. INTENTOS DE CODIFICACIÓN EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. — Mientras tanto, Buenos Aires no cejaba en su propósito de organizar su vida institucional independientemente de la Confederación.

A ese fin, y por la prédica de Sarmiento, que urgía el momento de que se concretara la codificación deseada, se sancionó una ley el 17 de octubre de 1857 por la que se autoriza al P. E. para invertir los fondos que demandase la redacción de los códigos Civil, Criminal y de Procedimientos. Poco después se nombraba por decreto a los doctores Marcelo Gamboa y Marcelino Ugarte para que redactaran el Código Civil. Pero este ensayo que tuvo principio de ejecución¹³ resultó igualmente frustrado.

Mayor suerte había tenido una tentativa similar referente el Código de Comercio. Encomendada su preparación por el gobierno provincial a los doctores Dalmacio Vélez Sársfield —por entonces ministro del gobernador Obligado— y Eduardo Acevedo, la obra fue rápidamente terminada y una vez impresa fue enviada a la Legislatura en junio de 1857. El trámite parlamentario tuvo varias vicisitudes, pero finalmente, y gracias al empeño de Sarmiento, la Legislatura aprobó el proyecto en 1859, y quedó convertido en el Código de Comercio del Estado de Buenos Aires. Este código fue adoptado por la Nación en 1862, y sustancialmente modificado el año 1889.

246. LA LEY Nº 36. — Por iniciativa del diputado por Corrientes José María Cabral el Congreso sancionó el 6 de junio de 1863 la ley nº 36, por la que se autorizaba al Poder

¹³ Véase R. Zorraquín Becú, *Un proyecto desconocido de Código Civil*, Rev. del Inst. de Historia del Derecho", 1952, nº 4, ps. 60 y ss.; del mismo autor, *Marcelino Ugarte*, Bs. As., 1954.

Ejecutivo para nombrar comisiones encargadas de redactar los proyectos de códigos civil, penal, de minería y de las ordenanzas del ejército.

No obstante prever dicha ley el nombramiento de comisiones pluripersonales, el presidente Mitre entendió que estaba facultado para encargar ese cometido a una sola persona. Así, por decreto del 20 de octubre de 1864 refrendado por el ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, doctor Eduardo Costa, designó a D. Dalmacio Vélez Sársfield, que hasta hacía poco había sido ministro de Hacienda, para redactar el proyecto de Código Civil.

II. — LA PERSONALIDAD DE DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD. SU LABOR JURÍDICA

247. BREVE BIOGRAFÍA DE VÉLEZ SÁRSFIELD. — Dalmacio Vélez Sársfield nació el 18 de febrero de 1800. Era el hijo décimo sexto de don Dalmacio Vélez Baigorri, habido en el segundo matrimonio de éste con doña Rosa Sársfield Palacios, a su vez décima hija del irlandés Jorge Sársfield, que tuvo ocho hijos más.

El futuro codificador cursó sus primeras letras en la escuela del convento franciscano, anexa al Colegio de Monserrat, y en éste mismo siguió a los 12 años estudios preparatorios para inscribirse en 1814 en la Facultad de Artes. En 1818 aparece matriculado en el primer curso de leyes y dos años más tarde, a los 20 de edad, abandona las aulas con su título de bachiller en leyes bajo el brazo sin seguir los dos cursos de leyes y de la Ignaciana, indispensables para la recepción del doctorado.

Para poder ejercer la profesión de abogado se requería seguir tres años de práctica en el estudio de un profesional de la matrícula. Vélez Sársfield cumplió sólo dos en el bufete del asesor del gobierno de Córdoba, doctor Dámaso Gigena, pidiendo la dispensa del tercero, lo que obtuvo. Por poco tiempo profesó en Córdoba, hasta que en búsqueda de horizontes más amplios viajó a Buenos Aires en 1823, donde se instaló en casa de un pariente, con cuya hija, Paula Piñero, casó poco después.

En 1824, su cuñado, José Santos Ortiz, que por entonces era gobernador de San Luis y hombre muy de la amistad de Quiroga, con quien habría de morir en Barranca Yaco, lo hizo nombrar diputado por aquella provincia al Congreso reunido en Buenos Aires en diciembre de aquel año. Aquí se inició en las lides políticas, desempeñándose con

singular brillo y acierto, no obstante su juventud. Relegado a un segundo plano después de la caída de Rivadavia, a cuyo régimen había estado muy ligado, reapareció en Buenos Aires durante el primer gobierno de Rosas bajo el amparo de Quiroga, logrando acreditarse como abogado y hacer una regular fortuna. Después de 1840 sufrió la persecución del régimen de Rosas y embargados sus bienes supo desde 1842 a 1846 de la amargura del destierro más o menos forzado. A su vuelta contemporizó con el dictador y obtuvo la devolución de sus bienes, sin incurrir en ninguna claudicación reprochable.

Después de Caseros, la dinámica de la historia llevó a Vélez Sársfield al primer plano de la gravitación política y desde entonces hasta casi su muerte no hubo asunto de importancia pública en el que no se hiciera sentir su ascendiente. Diputado a la Legislatura de Buenos Aires, en las célebres jornadas de junio de 1852; ministro de Gobierno de los gobernadores Alsina y Obligado; ministro de Hacienda del presidente Mitre en 1863; ministro del Interior de Sarmiento, de 1868 a 1871. Retirado en este año de la vida pública, pasó algunos más en el sosiego del hogar, pero su vida estaba agotada, no por efecto de la enfermedad, sino por la intensidad del esfuerzo cumplido. Falleció el 30 de marzo de 1875.

248. LABOR JURÍDICA DE VÉLEZ SÁRSFIELD.—La nombradía de Vélez Sársfield se fundaba no sólo en los éxitos de su actuación profesional, sino en las diversas muestras que había dado de su talento y de su sabiduría jurídica.

En 1834 publicó las Instituciones de Derecho Real de España del jurista guatemalteco José María Alvarez, obra que había sido impuesta como texto de enseñanza por las autoridades de la Universidad, cumpliendo esa función durante dos generaciones. El aporte personal de Vélez consistió en el Prólogo de la obra, la rectificación de numerosas citas erróneas, la edición de 400 citas nuevas de las leyes españolas y 45 de nuestras leyes patrias, y su comentario a través de cuarenta notas breves. En apéndice agregó Vélez cinco estudios suyos: "Sobre el estado actual de la esclavitud en esta República y especialmente en Buenos Aires", "De la restitución in integrum de los menores", "De los diversos derechos de los menores", "De las obligaciones dividas e individuales", y "De las dotes y bienes parafernales".¹⁴

En ese mismo año, Vélez Sársfield editó el *Prontuario de Práctica Forense* del jurisconsulto salteño Manuel Antonio de Castro, obra

¹⁴ Conf. Chaneton A., *Historia de Vélez Sársfield*, Bs. As., 2ª ed., t. II, 285, p. 430.

que fue muy utilizada durante largos años para el aprendizaje del derecho procesal. El aporte de Vélez está constituido por la confrontación y rectificación de citas erróneas y la agregación de 160 notas nuevas de leyes y autores.¹⁵

También trabajó Vélez en la anotación y concordancia de dos obras de Heinecio, los "Elementa juris civilis" y las "Recitationes in elementa juris civilis", pero estos trabajos no salieron a luz hasta que se ocupó de ellos Díaz Bialek, no hace mucho tiempo.¹⁶

En 1854 publicó Vélez su "Derecho Público Eclesiástico" escrito en 1850 por encargo más o menos directo de Rosas¹⁷ con motivo de la controversia suscitada entre el Papa y el Gobierno Argentino acerca del patronato, trabajo en el cual se advierte el acendrado regalismo de que estaba imbuido el autor. De la misma época datan la memoria escrita por Vélez para utilización de Oribe, denominada "El Gobierno de la Iglesia del Estado Oriental", y el memorial sobre "Discusión de los títulos de Chile a las tierras del Estrecho de Magallanes", redactado por pedido de Rosas para completar un estudio de Pedro de Angelis del que se estaba valiendo nuestra Cancillería en una disputa de límites con Chile.

Entre los restantes trabajos estrictamente jurídicos de Vélez Sársfield cabe mencionar los variados escritos forenses y monografías que publicara en la Revista de Legislación y Jurisprudencia y que llevan los siguientes títulos: "Si los pleitos acaban o no por la discontinuación de tres años",¹⁸ "Vigencia en América de las leyes de Fuero",¹⁹ "Informe y defensa de Esteban y José María Yáñez",²⁰ "Causa de los embargados por opiniones políticas",²¹ "Posesión de herencia"²² y "Nulidades absolutas y relativas".²³

Finalmente ha de mencionarse el Proyecto de Código de Comercio, que en colaboración con el doctor Eduardo Acevedo, preparara Vélez para el Estado de Buenos Aires desde junio de 1856 a abril de 1857. En esta obra Acevedo se ocupó de la redacción inicial de los diversos títulos y capítulos que llevaba los sábados de cada semana al estudio de Vélez Sársfield, para discutirlos juntos. Acevedo lo reco-

¹⁵ Conf. Chaneton, *op. cit.*, n^o 286, p. 431.

¹⁶ Díaz Bialek A., *El derecho romano en la obra de Vélez Sársfield*, Córdoba, 1949, t. I, ps. 74 y ss.

¹⁷ *Derecho Público Eclesiástico. Relaciones del Estado con la Iglesia en la Antigua América española*, por el doctor Dalmacio Vélez Sársfield, Bs. As., 1854.

¹⁸ Revista cit., t. 1, ps. 178 y ss.

¹⁹ Revista cit., t. 2, ps. 18 y ss.

²⁰ Revista cit., t. 2, ps. 377 y ss.

²¹ Revista cit., t. 6, ps. 24 y ss.

²² Revista cit., t. 6, ps. 353 y ss.

²³ Revista cit., t. 7, ps. 206 y ss.

noció a Vélez como “censor, corrector, adicionador y mejorador en todo sentido del trabajo que se les había encargado”.²⁴

III.— ANTECEDENTES Y SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

249. EL TRABAJO DE REDACCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. — En cuanto fue informado del nombramiento que le había conferido Mitre, y al que ya se aludió —véase *supra* nº 246— Vélez Sársfield se puso firmemente a trabajar con su tenacidad habitual. En la redacción del Código Civil, Vélez no tuvo colaboradores, sino amanuenses encargados de pasar en limpio sus borradores: ellos fueron Victorino de la Plaza, entonces estudiante de segundo año de la Facultad de Derecho y que habría de llegar a ser presidente de la República (1914-1916), Eduardo Díaz de Vivar y la hija del codificador, Aurelia, que también manuscibió muchos originales y a quien se debe su conservación.

Para la realización del trabajo, sobre todo en los primeros tiempos, Vélez se recluyó en su quinta de la calle Rivadavia, en el pueblo de Floresta, localidad que hoy lleva su nombre ilustre, consagrándose a la labor desde las primeras luces del día hasta el atardecer. Así poco a poco se fueron amontonando los borradores, llenos de enmendaduras, entrelíneas e intercalaciones contenidas en tirillas de papel que se cosían al margen. De tales borradores los copistas sacaron el ejemplar en limpio que fue pasado al Gobierno para su impresión y luego destruido. Los borradores se conservan actualmente en la Universidad de Córdoba; de ellos efectuó una parcial edición facsimilar el Dr. Juan Silva Riestra.

250. TERMINACIÓN DEL PROYECTO DE CÓDIGO. — En junio de 1865 Vélez Sársfield había dado término al libro primero del proyecto

²⁴ Carta del doctor Acevedo a Vélez Sársfield, marzo 16 de 1857, en el diario “El Nacional” del 28 de agosto de 1862, transcrita parcialmente por Chañeton A., *op. cit.*, t. II, nº 661, p. 87.

de código que remitió al Poder Ejecutivo con una nota de aquella fecha que contiene interesantes reflexiones.²⁵

De inmediato el gobierno dispuso la impresión del proyecto y su distribución entre los legisladores, magistrados y abogados "y personas competentes, a fin de que estudiándose desde ahora váyase formando a su respecto la opinión para cuando llegue la oportunidad de ser sancionado".²⁶

A medida que fue adelantando en su trabajo Vélez Sársfield hizo remisión de los restantes libros, que fueron publicándose, las dos primeras secciones del libro segundo, que tratan sobre obligaciones y hechos y actos jurídicos, en agosto de 1866; la sección tercera del mismo libro, que se ocupa de los contratos, en general y en particular, a principios de 1867; el libro tercero, referente a los derechos reales, en enero de 1868; y el libro cuarto, que trata de sucesiones, privilegios y prescripción, en agosto de 1869. Con ello quedó completada la obra del código a los cuatro años y dos meses de asiduo trabajo.

251. ENVÍO DEL PROYECTO AL CONGRESO. — En cuanto terminó la impresión del último libro, el presidente Sarmiento dirigió el 25 de agosto de 1869 un mensaje al Congreso propiciando la ley que pusiera en vigencia el proyecto de Código Civil redactado por Vélez Sársfield.

Dicho mensaje alude a la anterior distribución ya efectuada del proyecto y a las notas puestas al pie de cada artículo por su autor, por lo cual aconseja darle inmediata vigencia "confiando su reforma a la acción sucesiva de las leyes, que serían dictadas a medida que la experiencia determine su necesidad".²⁷

252. SANCIÓN DEL CÓDIGO. — Recibido el mencionado mensaje por la Cámara de Diputados, este cuerpo se dedicó a la tarea de encarar la inmediata aprobación del proyecto de Vélez, lo que realizó efectivamente el 22 de setiembre de 1869, luego de rechazar diversas mociones de aplazamiento, así como las objeciones a la sanción a libro cerrado. En el tratamiento en particular sólo se discutió sobre la fecha de vigencia del Código, quedando fijada la del 1º de enero de 1871.

²⁵ La nota de remisión del Código Civil, puede ser consultada "in extenso" en Cabral Texo J., *op. cit.*, ps. 110-119.

²⁶ Decreto del P. E. del 23 de junio de 1865, suscripto por Paz, vicepresidente, y Eduardo Costa, ministro. Lo transcrito en Cabral Texo, *op. cit.*, p. 120.

²⁷ Mensaje del P. E. de 25 de agosto de 1869, suscripto por Sarmiento, presidente, y N. Avellaneda, ministro, transcrito en Cabral Texo, *op. cit.*, ps. 130 y ss.

Remitida la sanción de Diputados al Senado, éste lo consideró en su sesión del 25 de setiembre de 1869 y finalmente aprobada quedó convertida en la ley 340 que promulgó Sarmiento el 29 del mismo mes y año.

En 1870 se intentó postergar la entrada en vigor del Código hasta 1872 y así lo sancionó la Cámara de Diputados, pero ese proyecto no contó con la aprobación del Senado.

253. LA APROBACIÓN A LIBRO CERRADO.— No es discutible el procedimiento usado por el Congreso denominado “sanción a libro cerrado”, ni cabe la utilización de otro tratándose de la sanción de los códigos.

Los cuerpos parlamentarios, por su composición y funcionamiento, carecen de idoneidad para emprender el estudio y debate analítico de una obra científica de tan delicado carácter sistemático como es un código.²⁸ Lo verosímil es esperar que semejante debate resulte inorgánico e interminable y que en caso de prosperar las enmiendas que se auspicien quede arruinada la coherencia del sistema general, por no haberse comprendido que la principal de las ventajas de las codificaciones reside en esa metodización de la ley, que permite luego obtener de ella el máximo rendimiento.

Por ello bien hizo nuestro Congreso en aprobar el Código de Vélez “a libro cerrado pero a ojos abiertos”, como diría después Sarmiento. Por lo demás, ese ha sido el procedimiento seguido en todos los países cuando se ha tratado la aprobación de los códigos: su factura científica no puede quedar librada a la improvisación parlamentaria.

IV.— DISTINTAS EDICIONES DEL CÓDIGO CIVIL

253 bis. EDICIÓN DE BUENOS AIRES.— Como hemos visto, el proyecto de Vélez Sársfield se fue imprimiendo a medida que el autor iba enviando los distintos libros al gobierno. El primer libro fue impreso por la imprenta “La Nación Argentina”, en 1865. Las siguientes entregas fueron impresas por Pablo E. Coni en los años 1866, 1867, 1868 y 1869. Durante este último año Vélez Sársfield hizo reeditar también por la imprenta de Coni el primer libro.

Esta edición, que fue la sancionada por el Congreso, es tipográficamente muy imperfecta y tiene muchos errores. La numeración del

²⁸ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 125, p. 75; Cabral Tazo J., *op. cit.*, ps. 146-153, quien cita de conformidad a R. Rivarola.

articulado no es corrida, sino independiente para cada título, tal como lo había dispuesto inicialmente su autor. Pero esta manera de numerar, que se explica mientras la obra se va realizando por la facilidad de introducir nuevas disposiciones o suprimirlas sin retocar todo el articulado, ya no se justifica cuando el código está completo.

254. EDICIÓN DE NUEVA YORK. — Las deficiencias notorias de la primera edición del Código Civil obligaban a la impresión de una nueva. Sarmiento hacía de ello una cuestión fundamental y puso su formidable caudal de energías, no obstante el cúmulo de preocupaciones que el ejercicio de la presidencia le imponía, en lograr una bella edición del tipo de la obra de Cushing, *Parliamentary law*, encuadernada en becerro colorado al estilo de los libros de derecho norteamericanos.

Esto en cuanto al aspecto exterior. Acerca de su contenido Sarmiento le había insinuado a Vélez la conveniencia de subsanar las faltas de idioma y estilo.²⁹ Al principio Vélez nada dijo, pero terminó por ceder y ya en la carta a su sobrino nieto Carlos Carranza, le dice: "...yo quiero pedirte el trabajoso servicio de que leas con todo cuidado los tres últimos cuadernos y corrijas en ellos los errores de imprenta o suplas y borres algunas palabras que falten o estén de más. Te repito que me hagás el favor de atender a este encargo con todas tus potencias para que la edición oficial sea buena".³⁰

En cuanto a Sarmiento, le encomendó al ministro argentino en Washington, Manuel R. García, que licitase en Estados Unidos la impresión de la obra, siéndole adjudicado el trabajo a Hallet & Breen por haberlo cotizado en 2.000 dólares menos que otras casas. Sobre la dirección de la impresión el Presidente le daba al ministro amplias atribuciones, y como éste se resistiera a poner la mano en un texto ya aprobado por el Congreso, le escribe: "Corrija o no el texto del Código según su juicio. Yo suelo dar estas órdenes militares: Haga tal cosa bajo su responsabilidad".³¹

La edición de Nueva York tampoco está exenta de algunas fallas tipográficas. Mantiene la numeración de los artículos en función de cada título.

²⁹ Carta de Sarmiento a García del 12 de noviembre de 1869, transcripta parcialmente por Cabral Texo I., *op. cit.*, n. 200.

³⁰ Carta de Vélez Sársfield a Carlos Carranza, secretario de nuestra legación en Washington, del 8 de noviembre de 1869, transcripta parcialmente por Cabral Texo, *op. cit.*, p. 203.

³¹ Carta de Sarmiento a García, del 12 de abril de 1870, fragmento en Cabral Texo, *op. cit.*, p. 202.

V. — LAS LEYES DE FE DE ERRATAS

255. LA PRIMERA LEY DE FE DE ERRATAS.— No obstante la discreción y mesura con que García y Carranza usaron de los poderes que se les había conferido para retocar el aspecto gramatical del código, cuando a fines de 1870 llegaron a Buenos Aires los primeros ejemplares de la edición de Nueva York, la oposición al gobierno aprovechó de los cambios advertidos con relación a la edición sancionada por el Congreso, para suscitar una violenta campaña periodística que obligó al Gobierno a nombrar a los doctores Victorino de la Plaza y Aurelio Prado para que comparando el texto de ambas ediciones “informaran detenidamente a la mayor brevedad al Poder Ejecutivo sobre las diferencias en el texto expresando cuáles eran éstas”.³²

Sin perjuicio de ello, y hasta tanto concluyera ese examen, por decreto del 1º de enero de 1871, el Poder Ejecutivo declaró edición oficial del Código Civil la realizada en Buenos Aires.

En agosto de 1871 se expidieron los doctores de la Plaza y Prado manifestando que habían observado 1882 diferencias entre los textos comparados no obstante lo cual, por la intrascendencia de muchas de las alteraciones, concluían “que la nueva edición del código no está en contraste con la sancionada, y como es notoria la carencia de ejemplares, fácilmente podría salvarse el inconveniente de las modificaciones hechas con sólo agregar el índice de las más importantes”.³³

El Gobierno siguió el temperamento que se le aconsejaba y remitió un proyecto de ley declarando oficial la edición de Nueva York con una corta planilla de Fe de Erratas, que el Congreso, en agosto de 1872, convirtió en ley nº 527, la que introduce en dicha edición una corrección de 24 tituladas erratas.

256. LA SEGUNDA LEY DE FE DE ERRATAS.— Pero la opinión pública no se conformó con ese paliativo, que en verdad vino a declarar oficial un texto sólo nominalmente sancionado por el Congreso. Por otra parte la escueta planilla de la ley nº 527 había dejado en la edición declarada oficial un buen número de errores, que se propuso enmendar el senador por Tucumán Benjamín Paz mediante un proyecto de

³² Decreto del P. E. del 29 de diciembre de 1870, suscripto por Sarmiento y N. Avellaneda, transcrito en Cabral Texo J., *op. cit.*, p. 216.

³³ Nota dirigida al ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública por los doctores V. de la Plaza y Aurelio Prado, del 31 de agosto de 1871, inserta en Cabral Texo J., *op. cit.*, pá. 241-249.

ley presentado en 1878 que señalaba 29 fallas de copia o de impresión. Ese número creció grandemente al pasar por las comisiones de ambas cámaras, llegando a 285 en el texto sancionado por la ley nº 1196, del 29 de agosto de 1882, llamada comúnmente de Fe de Erratas, aun cuando es la segunda de ese género. Es de notar que varias de las correcciones efectuadas por esta ley no se limitan a un retoque puramente formal, sino que introducen variantes en la doctrina del Código de Vélez. Así la alteración del art. 325 en el cual se agregó como un requisito "sine qua non" la posesión del estado de hijo natural para poder articular una acción de filiación después del fallecimiento del presunto padre o madre.

Cuando los comentaristas del Código aluden a la ley de Fe de Erratas sin otra aclaración, se refieren a esta ley número 1196.

257. EDICIONES POSTERIORES. — La mencionada ley nº 1196 de Fe de Erratas disponía que se hiciera una nueva edición oficial del Código Civil que recogiera las enmiendas que dicha ley había introducido en el texto aprobado anteriormente.

En cumplimiento de esta prescripción se mandó hacer una nueva edición aparecida en el año 1883, la tercera del Código, conocida como edición de "La Pampa", por ser éste el nombre del taller que la imprimió.

Esta edición se hizo bajo la dirección de los doctores Rafael Ruiz de los Llanos e Isaac Chavarría, comisionados por el Gobierno a ese efecto.

La numeración del articulado está hecha en forma corrida.

Posteriormente se han sucedido numerosas ediciones, no oficiales sino comerciales, muchas de ellas excelentes, que se atienen a la edición de "La Pampa".

258. PROYECTO DE NUEVA EDICIÓN OFICIAL. — En 1900 Roca nombró a los doctores José M. Guastavino y Agustín de Vedia, a fin de que preparasen una nueva edición del Código Civil que eliminara de su contenido las partes derogadas por la ley de matrimonio civil e introdujera en el cuerpo del código las disposiciones de esta ley sin alterar la numeración correlativa de los artículos no modificados. También debían salvar las incorrecciones o desarmonías que encontraran en todo el articulado.

Guastavino y de Vedia cumplieron el encargo recibido elevando

su trabajo al Gobierno, que lo pasó a dictamen de la Facultad de Derecho. A su vez ésta designó una comisión para que lo examinara, formada por Juan Antonio Babiloni, Baldomero Llerena, Angel R. Pizarro, David de Tezanos Pinto y Calixto de la Torre. La Comisión encontró que los autores de aquel trabajo se habían excedido de su cometido avanzando efectivas reformas en la doctrina legal. Por su parte, y luego de haber requerido se le ampliaran las facultades, la Comisión también las propuso en 1903.

El Poder Ejecutivo remitió al Congreso esos proyectos, pero nunca fueron tratados.

VI.—PRINCIPALES REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL

259. REFORMAS SUBSTANCIALES. — Desde su sanción, el Código Civil, confesadamente o bajo el eufemismo de efectuar retoques puramente formales, ha sido objeto de numerosas reformas parciales.

Las principales, por orden cronológico son las siguientes:

1º) Ley 1196 llamada de Fe de Erratas, del 29 de agosto de 1882, que introdujo algunas enmiendas de orden gramatical y reformas de fondo como las de los arts. 325 y 3576.

2º) Ley 2393, de matrimonio civil, del 2 de noviembre de 1888, derogatoria de los arts. 159 a 239 del Código Civil y modificatoria de los arts. 80 y 339 a 344 del mismo código. Esta ley fue ampliada por la ley 3989, del 3 de junio de 1901, sobre celebración de matrimonios en territorios nacionales, régimen que luego de la provincialización casi total de éstos ha venido a perder interés.

3º) Ley 3863, del 14 de octubre de 1899, que crea un privilegio en materia de seguros agrícolas.

4º) Ley 3942, del 4 de agosto de 1901, sobre seguro de vida.

5º) Ley 7092, sobre propiedad intelectual, del 11 de setiembre de 1910, sustituida por la ley 11.723, del 18 de setiembre de 1933. Esta última ley ha sido modificada por

el decreto-ley 12.063/57, ratificado por la ley 14.467, en el sentido de ampliar el derecho de autor hasta 50 años después del fallecimiento del titular.

6º) Ley 9151, del 27 de setiembre de 1913, modificatoria de los arts. 998, 1001 y 1003 del Código Civil.

7º) Ley 9644, del 3 de setiembre de 1914, sobre prenda agraria, luego modificada por el decreto-ley 15.348/46, ratificado por la ley 12.962.

8º) Ley 10.284, del 25 de setiembre de 1917, llamada del hogar, sustituida por la ley 14.394, del 30 de diciembre de 1954, capítulo V.

9º) Ley 10.903, del 29 de setiembre de 1919, sobre patronato de menores, modificatoria de los arts. 264 y 306 a 310 del Código Civil.

10º) Ley 11.077, del 30 de setiembre de 1920, sobre extinción de las obligaciones del deudor por el concurso civil de los acreedores.

11º) Ley 11.156, sobre locación, dictada el 19 de setiembre de 1921, modificatoria de los arts. 1504, 1507, 1509, 1583, 1604 y 1610 del Código Civil.

12º) Ley 11.170, del 28 de setiembre de 1921, sobre arrendamientos rurales, reemplazada por la ley 11.627, del 28 de setiembre de 1932 y luego por la ley 12.771, del 22 de setiembre de 1942, con varias modificaciones parciales ulteriores y por la ley 13.246.

13º) Ley 11.357, del 14 de setiembre de 1926, llamada de derechos civiles de la mujer, que alteró sustancialmente el estado jurídico de la mujer casada.⁸⁴

14º) Ley 11.846, del 6 de julio de 1934, sobre protocolización de documentos, modificatoria del art. 1003 del Código Civil.

⁸⁴ Véase *infra*, núms. 829 y ss.

15º) Ley 13.252, del 23 de setiembre de 1948, sobre adopción, sustituida por la ley 19.134.

16º) Ley 12.296, sobre inembargabilidad de algunas cosas muebles, que modifica los arts. 3878 y 3883 del Cód. Civ.

17º) Ley 13.482, del 14 de octubre de 1948, sobre registro nacional de las personas.

18º) Ley 13.512, del 13 de octubre de 1948, sobre división horizontal de la propiedad de casas y departamentos, derogatoria del art. 2617 del Código.

19º) Ley 14.005, sobre ventas de lotes a plazos.

20º) Ley 14.024, del 31 de mayo de 1951, sobre alteración del art. 3582 del Código Civil, que so color de "aclarar" este texto, innovó en el derecho hereditario de los nietos extramatrimoniales. Al respecto, véase el voto del autor *in re*: "Raggi, J. C. c/Raggi, M. y otros", del 24 de octubre de 1963, sentencia publicada en "El Derecho", t. 13, p. 108.

21º) Ley 14.159, del 3 de octubre de 1952, sobre catastros, cuyos arts. 24 y 25 modifican la adquisición de inmuebles por prescripción.

22º) Ley 14.367, del 11 de octubre de 1954, con modificaciones substanciales en el régimen de la filiación extramatrimonial, de las sucesiones, de la patria potestad, de la tutela y de las obligaciones alimentarias, etc.

23º) Ley 14.394, del 30 de diciembre de 1954, que modifica el régimen penal de los menores, la edad mínima para contraer matrimonio, el sistema de la ausencia simple, de la presunción de fallecimiento y de la prueba de la muerte, así como el régimen del bien de familia de la ley 10.284. La ley 14.394 instituyó el divorcio vincular como un episodio de la lucha que mantenía el Gobierno de la época con la Iglesia Católica. Pero el Gobierno surgido de la Revolución de 1955 suspendió "sine die" la vigencia de esa reforma respecto de la disolución del matrimonio por el decreto 4070/56, cuyos considerandos no tienen desperdicio.

24º) Ley 15.875, del 14 de setiembre de 1961, sobre eliminación de la exigencia de testigos en las escrituras públicas.

25º) Ley 16.504, modificatoria del art. 2 del Código (véase *supra*, nº 57).

26º) Ley 16.668, del 30 de junio de 1965, que extiende a la mujer la obligación del certificado médico prenupcial.

27º) Ley 17.094, del 19 de diciembre de 1966, que extiende el mar territorial hasta la distancia de 200 millas marinas.

28º) Ley 17.711, del 22 de abril de 1968, que contiene importantes reformas al Código Civil, y a las leyes 2393, 11.357, 14.367 y 14.394 (véase *infra*, nº 267 bis).

29º) Ley 17.801, del 28 de junio de 1968, complementaria del Código Civil, que fija el régimen uniforme a que quedarán sujetos los Registros de la Propiedad inmueble existentes en la Capital Federal y en las Provincias.

30) Ley 17.940, del 25 de octubre de 1968, modificatoria de la ley 17.711.

31º) Ley 18.248, del 10 de junio de 1969 relativa al nombre de las personas.

32º) Ley 18.327, del 25 de agosto de 1969, sobre modificaciones al Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas instituido por el decreto-ley 8204/63 (véase *infra*, núms. 504 bis y ss.).

33º) Ley 19.134, publicada el 29 de julio de 1971, de adopción plena o simple, sustitutiva de la anterior ley 13.252.

34º) Ley 19.551, de concursos, que unificó el régimen de la quiebra y el concurso civil. Entró a regir el 5 de setiembre de 1972 e introduce importantes modificaciones en el régimen de los privilegios del Código Civil (véase nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, 2ª edición, t. I).

35º) Ley 19.724, publicada el 13 de julio de 1972, llamada de prehorizontalidad, que derogó el decreto-ley 9032/63. Contiene normas a las que deberán sujetarse las enajenaciones de inmuebles a constituirse en propiedad horizontal.

36º) Ley 19.836, publicada el 25 de setiembre de 1972, de fundaciones.

37º) Ley 20.798, que instituye el derecho real de ha-

bitación a favor del cónyuge superviviente, mediante el art. 3573 bis intercalado en el Código.

38º) Ley 21.040 que extiende por el nuevo art. 376 bis, el derecho de visita a los menores e incapaces, a sus parientes obligados a pasarles alimentos.

39º) Ley 21.173 que protege el derecho de privacidad, mediante un nuevo art. 1071 bis y que derogó la ley 20.889 que no había sido votada coincidentemente por ambas Cámaras del Congreso.

40º) Ley 23.264 que modifica todo el régimen de filiación y patria potestad.

41º) Ley 23.515 que modifica el régimen del matrimonio civil.

También revisten importancia e integran el cuadro de la legislación civil, además del citado decreto-ley 8204/63, los decretos-leyes 7771/56, del 27 de abril de 1956, sobre ratificación de los tratados de Montevideo del año 1940, de derecho internacional privado; 5286/57 modificatorio de la legislación de menores; 9983/57 ratificatorio de la convención de Bogotá sobre derechos de la mujer (véase *infra*, nº 831); 5756/58, modificatorio de la ley 14.159, referente a la usucapión de inmuebles; y 6582/58 y 5120/63, de creación del Registro de Propiedad del Automotor.

260. REFORMAS INCIDENTALES. — Independientemente de las reformas introducidas en el Código Civil por designio expreso del legislador, innumerables son las modificaciones tangenciales que afectan su contenido, por la incidencia en su articulado de leyes dictadas con propósitos varios, pero que en el sector más o menos limitado que comprende su aplicabilidad dejan de lado algún principio general del Código Civil. Se da así una derogación tácita de una ley general por una ley especial en el orden de cosas contemplado por esta última.

Así ocurre con el régimen de la minoridad. Como se verá más adelante los menores adultos son incapaces de hecho salvo contadas excepciones que el Código prevé explícitamente (véase *infra*, nº 648 y ss.). Pues bien, la ley 9527, del 29 de setiembre de 1914, sobre creación de la Caja Nacional de Ahorros Postales, autoriza por el art. 6º, inc. s), a los menores que hubiesen cumplido 16 años a retirar por sí solos hasta \$ 50 por año del dinero depositado a su nombre en la libreta respectiva, con lo que vino a modificar respecto de esas operaciones lo dispuesto en los arts. 128 y 274 del Código Civil.

El decreto-ley 14.862/46, que derogó la ley 9527, contiene en su art. 12 facultamientos más amplios a favor de esos menores.

VII. — LA CUESTIÓN DE LA REFORMA INTEGRAL DEL CÓDIGO CIVIL

261. NECESIDAD DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. — Más de cien años han transcurrido desde la sanción del Código Civil. Los cambios, de todo orden, que han ocurrido en ese lapso sugieren la conveniencia de encarar la reforma integral del Código de Vélez y de dotar al país de un instrumento legal adaptado a sus necesidades actuales y a las elaboraciones científicas que la ciencia jurídica ha logrado, especialmente en el curso del presente siglo.

262. — Con todo la idea de la reforma integral no se ha abierto camino sin tener que vencer serias resistencias, y la verdad que hasta ahora si ha ganado la adhesión de las mentes más preclaras³⁵ no ha conseguido dominar la inercia propia de las situaciones existentes.

Es cierto que, como bien ha dicho alguien que, con todo, es partidario de una mesurada reforma, “el Código ha dado lugar a un muy valioso aporte doctrinario y a una no menos importante jurisprudencia. Todas sus disposiciones han sido sopesadas, analizadas, coordinadas y valoradas. La vida del derecho, el funcionamiento del Código —si se nos permite el término— ha puesto de manifiesto sus defectos y cualidades. Y aquellos han sido subsanados en lo más importante, unas veces mediante la reforma legislativa y otras mediante una inteligente elaboración jurisprudencial. Toda esa enorme labor, todo ese ponderable esfuerzo, quedaría en buena medida inutilizado. El nuevo Código, mientras no haya sido sometido a una labor de crítica similar a la provocada por el actual, dará lugar a incertidumbre y a no pocos trastornos”.³⁶

263. — Nosotros participamos en alguna medida de esas reflexiones, porque estamos persuadidos de que nada puede ser más pernicioso que una inconsulta reforma total. Pero también estamos convencidos

³⁵ Se han manifestado partidarios de la reforma Abel Fleitas, Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 124 (sin embargo, este autor rectificó su opinión en la 4ª ed. de su obra: véase n° 124, p. 136, nota 171); Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 146, p. 86; Spota A., *Tratado...*, t. I, vol. 1º, n° 5, ps. 20 y ss.; Lafaille, Rébora, etc.

³⁶ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 124, p. 127; conf. Planiol M., *Inutilité d'une révision générale du Code Civil. Livre du Centenaire*, t. II; Paz J. H., su opinión vertida en el 2º Congreso Nacional de Derecho Civil de Córdoba, 1937, publicada en “Revista del Colegio de Procuradores de Buenos Aires”, oct.-dic. 1937, n° 59.

de que nuestro país, por todos los coherentes esfuerzos y reflexiones que el estudio de los proyectos de reforma ha suscitado, está maduro para encarar esa trascendente tarea. Es cierto que muchas de las deficiencias del Código vigente han sido superadas en la actualidad por obra de la doctrina y de la jurisprudencia, pero otras no, por el peso que ejerce una fórmula ligada a una ideología perimida o simplemente por el vacío de instituciones que no pueden ser introducidas por la sola buena voluntad del intérprete.³⁷

Coincidimos con Borda en la opinión que antes expuso sobre la conveniencia de la reforma, como también en el error que sería llevarla a cabo apresuradamente. Para operar un cambio tan trascendental en la legislación del país es indispensable que esta idea no sólo sea de los científicos del derecho, como ocurre según nos parece en nuestro país, sino que resulte compartida por la opinión más ilustrada del pueblo, en sus diversos órdenes profesionales.

De ahí la conveniencia de difundir en la medida de lo posible los resultados hasta ahora obtenidos y de estudiar estas expresiones con espíritu constructivo para que pueda suscitarse en torno al Proyecto que se elabore esa conformidad y aquiescencia generales, sin las cuales la reforma estará condenada al fracaso.

264. EL ANTEPROYECTO BIBILONI. — La primera tentativa de reforma general del Código Civil se originó en el decreto del P. E. n° 12.542/26, que ampliado por el n° 13.156/26, creó una comisión formada por un miembro designado por la Corte Suprema, otro por cada una de las Cámaras Civiles de la Capital Federal, otro por la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas, otro por cada una de las Facultades de Derecho de Buenos Aires, de Córdoba, de La Plata y del Litoral, y otro por el Colegio de Abogados.

Por el juego de esas designaciones la Comisión estuvo en su origen formada por el doctor Roberto Repetto en calidad de presidente, y los doctores Julián V. Pera, Raymundo Salvat, Juan A. Bibiloni, Héctor Lafaille, Enrique Martínez Paz, Juan Carlos Rébora, José A. Gervasoni y Rodolfo Rivarola. Luego se produjeron algunos cambios: por renuncia de Salvat, lo reemplazó César de Tezanos Pinto y por eliminación de Pera, ascendido a ministro de la Corte Suprema, fue nombrado en su reemplazo por la Cámara Civil Primera primeramente Mariano de Vedia y Mitre y luego Gastón Federico Tobal.

Desde las primeras reuniones de la Comisión se encargó a uno de sus miembros, el doctor Bibiloni, a fin de que preparara un anteproyecto que sirviera de orientación para los debates de la comisión en pleno. Este trabajo fue cumplido por Bibiloni en el lapso de seis

³⁷ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 24, ps. 127-128.

años, pero como ocurrió con el proyecto de Vélez no se esperó hasta el final para hacerlo conocer al público en general, pues se hicieron publicaciones de los diversos libros a medida que iba adelantando su redacción. La Comisión trabajó desde 1926 sobre los trabajos que le anticipaba Bibiloni.

El Anteproyecto Bibiloni tiene un mérito innegable y recoge en alguna medida las aportaciones de la ciencia jurídica alemana, ya directamente por la gravitación del Código alemán, ya indirectamente por el ascendiente de sus prestigiosos comentaristas. Bibiloni conserva buena parte de las disposiciones del Código de Vélez aún con las mismas formas gramaticales originarias. Siguiendo el ejemplo de Vélez el autor del Anteproyecto ha puesto al pie de muchas de las disposiciones notas explicativas del sentido de las modificaciones, escritas en un estilo vehemente y brillante, muchas veces dotado de excelente fuerza persuasiva. Tales notas constituyen una muestra feliz del talento innegable de su autor.

Se le ha reprochado al Anteproyecto Bibiloni, tal vez con razón, haber desatendido las elaboraciones de la jurisprudencia nacional.³⁸

265. EL PROYECTO DE 1936.—Sobre la base del Anteproyecto confeccionado por Bibiloni la Comisión Reformadora preparó su propio Proyecto que difiere bastante de aquél.

Desde que la Comisión contó con el material que le iba adelantando Bibiloni, celebró reuniones de la que participaban varios de sus miembros, y que resultaron bastante espaciadas, de todo lo cual se labraron actas levantadas pulcramente por el secretario de la Comisión doctor Ricardo E. Rey. Constan también en la compilación de las actas, editadas en dos volúmenes, las ponencias y opiniones escritas de varios de los miembros, residentes en el interior del país.

En el seno de la Comisión ejercieron el mayor influjo los doctores Lafaille y Tobal, quienes formaron el comité de redacción con el beneplácito de los demás miembros, y sin cuya afanosa dedicación tal vez no se hubiese alcanzado el coronamiento de la obra. Es de notar que los redactores se apartaron a veces de lo decidido por la Comisión, de acuerdo al tenor de las actas de sus reuniones, pero ello no impidió que finalmente el proyecto elaborado contara con la adhesión de sus firmantes, que son los doctores Roberto Repetto, Rodolfo Rivarola y Enrique Martínez Paz, además de los redactores nombrados.

El Proyecto de 1936 está precedido de un Informe que recorre los diversos títulos y da cuenta sumaria de las innovaciones introducidas. Lamentablemente, por la generalidad de las referencias e imprecisión

³⁸ Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 150, p. 88.

acerca de las fuentes de cada precepto, el informe no suple las anotaciones con que pudo acompañarse el articulado para su adecuado conocimiento, sin perjuicio de eliminarlas ulteriormente del texto que resultara aprobado, si se lo estimaba preferible.

266. APRECIACIÓN VALORATIVA. — El Proyecto de 1936 tiene innegables méritos de orden científico y técnico. El número de sus artículos es relativamente breve, alcanzando en total a 2.144. Conforme a la técnica más moderna cada artículo agrupa en párrafos diversos la solución de las cuestiones conexas con el punto allí tratado, lo que si bien hace algo densos los artículos, en cambio facilita el estudio de la materia tratada por ellos. Ese estudio es también auxiliado por la mención marginal del asunto contemplado por cada disposición, conforme a la técnica usada por los códigos suizo e italiano.

No obstante esas excelencias, el Proyecto de 1936 fue recibido por la crítica con relativa frialdad. La verdad es que ha suscitado comentarios escasos y no enteramente favorables.³⁹ Puede ser que ello sea más bien una muestra de la apatía del medio científico de la época en que apareció más que una consecuencia de las características de aquel Proyecto.

267. EL ANTEPROYECTO DE 1954. — Este Anteproyecto fue preparado durante los años 1950 a 1954 por el Instituto de Derecho Civil dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación, oficina hoy extinguida. Su redacción fue realizada por el autor de este libro, que desempeñaba la Dirección de ese Instituto, con la colaboración de los Dres. Roberto J. Ponssa, subdirector hasta el año 1952; Jorge A. Mazzinghi, secretario del Instituto; Jorge E. Bargalló Cirio y Ricardo Julio Alberdi, abogados adscriptos al mismo.

³⁹ Sobre consideraciones generales, véase Barcia López A., *La reforma civil y el Proyecto de 1936*, Bs. As., 1940; Etcheverry Boneo R., *Observaciones sobre el Proyecto de Reformas al Código Civil*, Bs. As., 1942; Gorostiaga N., *El Código Civil y su reforma ante el derecho civil comparado*, Bs. As., 1940; Lafaille H., *La reforma del Código Civil y el Anteproyecto Biliboni*, "J. A.", t. 42, sec. doctr., p. 1; *Id.*, *Hacia un nuevo Código Civil*, Bs. As., 1937; Orgaz A., *La reforma del Código Civil*, Córdoba, 1939; Rébora J. C., *La reforma del Código Civil*, La Plata, 1937; *Id.*, *El saldo de la reforma del Código Civil*, "Anales de la Facultad de La Plata", 1941; Tobal G. F., *La tarea de la comisión revisora del Código Civil*, Bs. As., 1935. Sobre aspectos parciales de la reforma, la bibliografía es abundante. Puede consultarse la nómina de trabajos que suministra Spota, con su erudición habitual, en *Tratado...*, t. I, vol. 1º, nº 5, nota 25, ps. 24-27.

Este Anteproyecto ha sido pulcramente editado por la Universidad Nacional de Tucumán en el año 1968, varios años después de su elaboración.⁴⁰ Ello ha permitido que recién ahora esa obra sea conocida por los juristas argentinos.

El material de este Anteproyecto está distribuido a través de 1.839 artículos. La reducción a esa cifra relativamente baja en comparación con la de otros textos codificados —el Código vigente tiene 4.051, el Anteproyecto Bibiloni 3.586 y el Proyecto de 1936, 2.144 artículos— se ha logrado por la utilización de una técnica precisa, que omite toda reiteración de un principio general y que consigna en el tratamiento de las instituciones particulares sólo las disposiciones concernientes a ellas que introducen alguna variante en aquellos principios.

Por lo demás se ha procurado redactar las disposiciones del Anteproyecto con un lenguaje sencillo y de conceptos precisos, en los que se ha intentado volcar todo el material acumulado hasta el momento de su preparación por la ciencia jurídica universal, en especial por la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. Como se comprenderá no será el autor de este libro quien juzgue del acierto con que puedan haberse logrado esos propósitos.

Las fuentes principales del Anteproyecto de 1954 son el Anteproyecto Bibiloni, el Proyecto de 1936, el Código Italiano de 1942, el Código Venezolano de 1942, el Código Peruano de 1936, el proyecto franco-italiano de las obligaciones de 1927 y el Código Suizo de 1912. Fuera de los textos codificados, se ha contado con lo más prestigioso y valioso de la doctrina universal y en especial de la doctrina y jurisprudencia argentinas.^{40 bis}

267 bis. LA TRASCENDENTE REFORMA GLOBAL DE LA LEY 17.711. — En vísperas de cumplirse el centenario del Código de Vélez Sársfield, se ha sancionado el 22 de abril de 1968 la ley 17.711 de reforma al Código Civil argentino, que ha entrado a regir el 1º de julio de ese año. La redacción fue

⁴⁰ Con la difusión de esta obra, carente de valor utilitario, la Universidad Nacional de Tucumán, y especialmente el Instituto de Derecho Civil y Comparado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, que bajo la dirección del doctor Fernando J. López de Zavalía patrocinó la publicación, han dado muestras del alto espíritu científico que anima a los esclarecidos juristas tucumanos.

^{40 bis} Puede verse el meduloso trabajo de Alberto D. Molinaro, *Panorama y valoración general del Anteproyecto del Código Civil Argentino de 1954*, en "E. D.", t. 41, p. 925.

encomendada a prestigiosos juristas, profesores esclarecidos de distintas universidades del país. En un comienzo, la comisión de reformas estuvo integrada por los Dres. Dalmiro A. Alsina Atienza, José F. Bidau, Guillermo A. Borda, Abel M. Fleitas, José M. López Olaciregui, Roberto Martínez Ruiz y Alberto G. Spota. A poco andar se alejó de la comisión el Dr. López Olaciregui, a quien sus colegas habían encomendado la confección de un anteproyecto de las posibles reformas, que sirviera de base para el estudio conjunto. Luego, también renunciaron sucesivamente, los Dres. Alsina Atienza y Spota, sin que se haya podido saber en qué medida contribuyeron con su aporte a la redacción de un proyecto que sólo suscriben los Dres. Bidau, Fleitas y Martínez Ruiz, y de cuya elaboración no ha quedado constancia en actas. En cuanto al Dr. Borda, su desempeño simultáneo del ministerio del Interior no le impidió colaborar con la Comisión, pues los Dres. Bidau, Fleitas y Martínez Ruiz, en la nota de elevación del proyecto al señor Secretario de Estado de Justicia, doctor Conrado Etchebarne (h.), dejaron "constancia de la valiosa y eficaz colaboración prestada por el señor Ministro del Interior Dr. Guillermo A. Borda, dedicando largas horas a sus deliberaciones (de la Comisión), pese a las múltiples tareas de los deberes oficiales del cargo que actualmente desempeña". Fuera de tan calificado testimonio, el texto sancionado, que sólo difiere del proyecto originario "en lo que atañe a la redacción del art. 67 bis, que ha sufrido algunas modificaciones" (nota de los Dres. Borda y Etchebarne, de elevación del proyecto de reformas del Cód. Civil, al Presidente de la Nación), muestra la aceptación por parte de la Comisión de numerosos criterios personales que el Dr. Borda defendiera en publicaciones anteriores.

La ley 17.711 abarca la modificación, sustitución, derogación o inclusión de, aproximadamente, 200 artículos, un 5 % del articulado total del Código Civil. Se trata, pues, de una importante y trascendente reforma que pese a ser parcial, conmueve al Código reformado en algunos de sus criterios medulares, y toca algunos temas fundamentales que pudieron merecer, por su significación, un exhaustivo debate previo

en los estrados universitarios. Dentro de este cúmulo de disposiciones, sólo algunos tópicos, podía entenderse que contaban con el respaldo ya expresado de la opinión doctrinaria dominante en nuestro país, tales como la supresión de todo rastro de incapacidad de la mujer casada; la reducción de la mayoría de edad a los 21 años; la posible habilitación de edad de los menores que hubieren cumplido 18 años; la amplia capacidad laboral y profesional a esta misma edad; la modificación del art. 86 de la ley de matrimonio civil en el sentido auspiciado por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba en el año 1961; el perfeccionamiento de la adquisición de derechos reales sobre inmuebles por su inscripción en el respectivo registro de la propiedad, la adopción explícita del principio que veda el abuso de derecho; la inclusión de la lesión como causa de impugnación del contrato; la reparación del agravio moral aún en los supuestos de responsabilidad contractual; la cláusula resolutoria implícita en los contratos. Sólo, pues, a ello, y tal vez algún otro punto, pudo limitarse por el momento esta reforma, para no aparecer, en una época caracterizada por el diálogo y el respeto de la persona humana, como el dictado de una voluntad autocrática que se impone al pueblo en algo tan entrañable como son sus hábitos de vida, a través de los criterios de estimación de la conducta humana.

La crítica dirá si esta reforma parcial del Código Civil, que es en sí tan amplia y significativa, puede convivir pacíficamente con el resto del articulado intacto; si los odres viejos son aptos para contener sin rajarse el vino nuevo que ahora se vierte en ellos (Mateo, IX, 17). Lo aconsejable en materia de reformas parciales de los Códigos es que sean muy escasas y de incidencia controlable. Porque 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 relojería. Si en ese mecanismo se desmontan algunas piezas y se las sustituye por otras de distinto calibre, quedará resentido el dispositivo total. Parecidamente, puede ocurrir con un Código al que se le introducen modificaciones: porque, o bien se trata de algún cambio intrascendente, en cuyo caso cuadra meditar si conviene poner la mano en un articulado imponente que condensa lo más entrañable de la vida del hombre; o se trata de un cambio importante, y entonces las alteraciones que se introduzcan van a chirriar ante el juego de otras disposiciones, con las más imprevisibles repercusiones, por cuidadoso que haya sido el examen de la influencia de la novedad sobre las disposiciones existentes, y el ajuste con ellas. Lo cual es tanto más peligroso si se trata de un articulado frondoso como el de nuestro Código, que multiplica el riesgo de la inesperada incongruencia.

Por ello, si hubo necesidad o conveniencia de encarar la modificación del Código Civil, pudo evitarse acudir a los "remiendos" que

van a crear problemas más graves que los que se intenta resolver con ellos: era menester pensar en la reforma total, que no debe asustar si se entiende bien lo que ésto quiere decir. Cambiar un articulado por otro de una legislación de fondo no quiere decir alterar los módulos de vida de un pueblo ni necesariamente cambiar los criterios que han presidido hasta cierto momento la solución de sus problemas. Eso sería antihistórico y gravemente funesto para el pueblo al que se sometiera a esos sacudimientos y experimentaciones. Cambiar un articulado por otro, según nuestra opinión, es recoger los progresos que la ciencia jurídica ha logrado en un lapso prolongado; es integrar, armoniosamente, los perfeccionamientos de la doctrina y la jurisprudencia para ponerlos al servicio del país nuevo que ha crecido y no está cómodo con los vestidos anticuados. No se trata de poner un adorno aquí o allá, o de eliminar moños y faldones, sino de cortar con tela nueva un traje de medida que sea funcional y adaptado a los nuevos usos. En lo que aquí toca, encarar la reforma general del Código, es salvar en lo esencial los criterios de Vélez, que es lo magnífico de su obra, desembarazándolos de una técnica envejecida y defectuosa, de una frondosidad preceptiva que no sólo ahoga la limpieza y diafanidad de los principios fundamentales y orientadores, sino que convierte al Código en un bosque enmarañado en el que suelen extraviarse hasta los sabios y sagaces.^{40 ter}

- § 4. Las fuentes del Código Civil: a) el derecho romano; b) la legislación española y el derecho patrio; c) el Código Napoleón y sus comentarios; d) la obra de Freitas; e) otras fuentes.

I.— ENUNCIACIÓN

268. FUENTES DEL CÓDIGO CIVIL.— Se denomina “fuente” de una ley o de un código la procedencia u origen de los materiales de que se ha valido el autor para confeccionar la ley o el código. Así cuando se dice que Freitas, el Código chileno y Aubry y Rau son las fuentes del título de nuestro código referente a la nulidad de los actos jurídicos,

^{40 ter} Para una ampliación de los desarrollos expuestos en el texto, remitimos a nuestra obra *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, ps. 3-11. Para una valoración de conjunto de esa reforma, remitimos al lector a la misma obra, ps. 513-531.

se significa que el codificador se inspiró para la redacción de los arts. 1037 a 1058 en las disposiciones correlativas del Esbozo de Freitas, y del Código Civil Chileno, así como en ciertos párrafos de los autores Aubry y Rau.

Las fuentes pueden ser directas o indirectas. Las fuentes directas son aquellas en que ha bebido o se ha inspirado el autor de la ley o del código. Las fuentes indirectas son las que han gravitado, a su vez, sobre las fuentes directas, y que por esta vía vienen a influir también sobre el autor de la ley o del código.

269. CLASIFICACIÓN. — Nuestro codificador se inspiró para la ejecución de su magna obra en diversos códigos contemporáneos o del pasado, leyes de otros países o del nuestro propio, y especialmente en los pasajes de numerosos autores de derecho a los que consultó continuamente a medida que avanzaba en su tarea. Tales fuentes pueden ser clasificadas así: a) el derecho romano; b) la legislación española y patria; c) el derecho canónico; d) el Código Napoleón y sus comentaristas; e) la obra de Freitas; f) otras fuentes de menor influencia.

Pasamos a ocuparnos de esas fuentes en particular.

II. — EL DERECHO ROMANO

270. INFLUENCIA DEL DERECHO ROMANO. — Todo el derecho privado de nuestro tiempo y civilización reconoce su antecedente remoto en el derecho romano, donde se han originado casi todas las instituciones actuales.

El pueblo romano experimentaba una vocación ingénita para la creación jurídica, es decir, para organizar la convivencia humana con sujeción a la justicia, particularidad comparable a la vocación de los griegos antiguos por la filosofía y el arte.

En el mundo occidental, la estructura del derecho civil continúa respondiendo a las directivas y criterios del derecho romano, no sólo en sus líneas esenciales sino también en gran parte de sus pormenores y detalles. Esa gravitación adquiere su mayor intensidad en la regulación de los derechos patrimoniales, especialmente de las obligaciones, cuya teoría general fue lograda con singular perfección por el genio de los romanos.

La influencia romana es sensiblemente menor en lo concerniente

al derecho de familia, signado en los países integrantes de nuestra cultura cristiana por los rumbos y valoraciones indicados por la Iglesia Católica. Igual escasa significación tiene aquella influencia en las ramas del derecho privado de reciente formación, como los derechos comercial, procesal, laboral, etc.

Finalmente, en el derecho público los rastros del derecho romano están casi totalmente perdidos.

271. EL DERECHO ROMANO COMO FUENTE INDIRECTA DEL CÓDIGO. — Desde que nuestro Código Civil forma parte integrante del derecho del mundo occidental de raíz greco-romana, se encuentra en la situación descripta precedentemente. Sus estructuras básicas, especialmente de carácter patrimonial, han sido vaciadas en el molde romano, y reflejan las esencias del espíritu de ese pueblo aún con más fidelidad que algunos códigos europeos de nuestro tiempo.

Esto en cuanto a la influencia romana de orden general. Concretamente en nuestro código se advierte la gravitación del derecho romano, a través de los romanistas a quienes admiraba y frecuentaba Vélez Sársfield, tales como Vinnio, Heinecio, Cujas y Pothier y los más próximos a la época del codificador, continuamente citados en sus notas, Maynz, Mackeldey, Ortolan y Molitor. Pero el más prestigioso de todos y que más ascendiente tuvo en el ánimo de Vélez fue el glorioso romanista alemán Federico Carlos de Savigny, cuya obra fundamental *Sistema de Derecho Romano Actual*, en la versión francesa, fue conocida y abundantemente utilizada por aquél, especialmente en lo que se refiere a personas jurídicas, obligaciones en general, dominio y posesión, y a la adopción del principio del domicilio como elemento determinante de la ley aplicable al estado y capacidad de las personas.

272. EL DERECHO ROMANO COMO FUENTE DIRECTA. — Bajo este aspecto la influencia romana fue prácticamente nula, porque ninguna de las disposiciones del Código fue extraída directamente del *Corpus Juris Civilis* o de algún pasaje de un juriconsulto romano. Es cierto que varias notas del codificador traen citas frecuentes de aquellas leyes, pero se trata de referencias de segunda mano tomadas de García Goyena o de Acevedo. Las investigaciones efectuadas sobre las fuentes de los preceptos redactados por Vélez no indican en caso alguno que se hayan extractado de algún texto romano.

Con todo, es de notar que en la regulación de instituciones importantes el codificador volvió al criterio romano, aun ya abandonado por legislaciones más recientes: es lo ocurrido con la "tradición" como modo de transmitir el dominio, que estableció Vélez pese a haber sido sustituida por la pura manifestación del "consentimiento" en el Código francés.

III.—LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y PATRIA

273. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA COMO FUENTE DEL CÓDIGO. — Inmediatamente después de publicado el proyecto de Vélez se le reprochó a éste que hubiera dejado de lado como fuentes de inspiración las leyes españolas, para ir a abreviar en fuentes extranjeras: tal la crítica que le hiciera Alberdi, de la que aun mucho tiempo después se seguía haciendo eco Colmo.⁴¹

El mismo Vélez se encargó de refutar a Alberdi manifestando en un artículo polémico que “si el doctor Alberdi hubiese recorrido siquiera ligeramente mi proyecto de Código, hubiera encontrado que la primera fuente de que me valgo, son las leyes que nos rigen. El mayor número de los artículos tienen la nota de una ley de Partidas, del Fuero Real, de las recopiladas”.⁴²

La crítica moderna ha dado la razón en esta polémica a Vélez Sársfield.⁴³

Tal vez una superficial visión del Código deje la impresión por la masa de opiniones que se citan en las notas del codificador provenientes de fuentes extranjeras, que los precedentes españoles que eran los propios del país, han sido abandonados. Pero un examen más profundo persuade de que tales precedentes han persistido a través del Código en amplia medida, en todo lo que podía esperarse dado el distanciamiento que la misma guerra de la emancipación había provocado con la madre patria y atendiendo al entusiasmo que en la época suscitaban todas las novedades que venían adornadas con el pabellón francés.

Por otra parte, cuando se aprecia la influencia de una cierta le-

⁴¹ Colmo A., *Técnica legislativa del Código Civil Argentino*, Bs. As., 1917, p. 111.

⁴² *Juicios críticos sobre el Código Civil Argentino*, recopilación de Jorge Cabral Texo, p. 249.

⁴³ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 111, p. 116; Salvat R., *op. cit.*, n° 200, p. 107; Chaneton A., *op. cit.*, t. II, ps. 211 y ss.; Martínez Paz E., *Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil Argentino*, p. 217; Díaz Bialek A., *El derecho romano en la obra de Vélez Sársfield*, 1949, p. 63. Comp. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 170, ps. 96-97.

gislación en otra, ha de distinguirse lo que corresponde a la substancia o materia de ella y lo que hace a su método y técnica. Bajo este último aspecto la legislación española, dispersa a través de varias compilaciones de diferente data, ajena a toda noción científica de sistematización y de orden no ejerció con justa razón influencia alguna en la confección del Código Civil vigente. Pero en cuanto al material del mismo y al sentido y alcance de las disposiciones, en gran medida sobrevivió al antiguo derecho a través del articulado de Vélez que le brindó una forma más adecuada a la tónica de los nuevos tiempos.

Y realmente no podía ser de otra manera, por la misma formación jurídica de nuestro codificador, adquirida en la frecuentación de Vinnio, Heinecio, Cujas y Pothier y de las Instituciones Reales de España del guatemalteco Álvarez, que el mismo Vélez editara con anotaciones originales —véase *supra*, n° 248—. Si a ello se agrega el conocimiento acabado de la legislación vigente que el intenso ejercicio de la profesión de abogado durante 40 años le había deparado a Vélez, se comprenderá cómo en el subsuelo de los artículos del Código Civil, muchas veces con forma francesa, subyace la vieja legislación del país con la que el codificador estaba enteramente connaturalizado. Así pues razonan atinadamente quienes han apreciado que en esa legislación yernácula está la fuente fundamental de nuestro Código.⁴⁴

274. LA LEGISLACIÓN PATRIA COMO FUENTE DEL CÓDIGO.— La legislación nacional dictada en materia de derecho privado tuvo muy escasa importancia. Se comprende consiguientemente que no pueda computarse como un elemento de significación dentro de las fuentes del Código Civil.

Con todo las leyes patrias no dejaron de tener su influencia. Como se ha observado, la vocación hereditaria que reconoce al cónyuge el art. 3572 del Código Civil, con exclusión de los parientes colaterales del causante, tiene su antecedente en la ley dictada por la legislatura de Buenos Aires el 22 de mayo de 1857, y extraña que Vélez no lo haga notar en la nota al mencionado artículo, la que consigna una erudita exposición de antecedentes extranjeros del derecho del cónyuge y olvida el precedente nacional en vigor desde ya varios años atrás.⁴⁵

275. LOS USOS Y COSTUMBRES DEL PAÍS.— Hay una característica saliente en la personalidad de Vélez Sársfield que es su fina intuición jurídica que le permitió discernir lo

⁴⁴ Borda G., *op. cit.*, p. 116, y autores citados en la nota anterior.

⁴⁵ Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 171, p. 97.

que convenía, de acuerdo a las circunstancias, a la mejor organización de la sociedad argentina. Bajo ese aspecto Vélez no tenía nada de ideólogo, y no obstante la frecuente consulta de las autoridades extranjeras nunca dejó de tomar en cuenta en su obra de codificación, los usos y costumbres nacionales.⁴⁶

⁴⁶ Reproducimos los párrafos siguientes que extraemos de la disertación pronunciada por el autor en la Universidad Católica Argentina, el 25 de octubre de 1959, titulada "A los noventa años del Código de Vélez": "El ideólogo llevado muchas veces de buena fe por una cierta concepción «a priori» del orden social, pretende acomodar la realidad a su particular ideal, sin atender a las exigencias propias de la materia social en trance de ordenarse. Por ello el ideólogo, al forzar las posibilidades sociales, suele preparar, por el desajuste entre la materia y la forma, los grandes desastres históricos o las penosas frustraciones de los pueblos: es, entre nosotros, el caso típico de Rivadavia. El jurista, en cambio, sin dejar de orientarse por el ideal que lo anima y especialmente estimulado por la virtud de la justicia, está atento en el despliegue de su actividad a las condiciones concretas de la realidad ambiental que lo circunda, pues sabe que la perdurabilidad de su obra depende de su sagacidad para interpretar las más íntimas aspiraciones del sentir popular.

En este sentido Vélez Sársfield era un jurista acabado e intuía plenamente lo que convenía a la salud de su pueblo, tal como lo mostró en la organización del régimen matrimonial.

Sabido es que en este tópico el codificador se limitó a dar efectos civiles al matrimonio canónico, que siguió sujeto en cuanto a su validez a la jurisdicción eclesiástica. No creo que lo hiciera por docilidad a las enseñanzas de la Iglesia, pues reacio a ellas se había mostrado, poseído de un cerrado regalismo, en los asuntos del patronato que trató en su dictamen de 1834, emitido con motivo de la provisión del Obispado de Buenos Aires y en la memoria acerca del gobierno de la Iglesia del Estado Oriental que preparara por encargo de Rosas en 1850. Lo congruente con esos antecedentes habría sido organizar la institución matrimonial bajo una forma exclusivamente civil y con entera independencia de la unión sacramental. Incluso se esperaba en el ambiente liberal que frecuentaba Vélez que así lo hiciera: Sarmiento se sintió defraudado, como lo expresa en el tomo 51, p. 177 de sus *Obras*; incluso los ministros de la Suprema Corte, De las Carreras y Del Carril, hicieron llegar a Vélez la insinuación de que el Código debía adoptar el matrimonio civil, respondiendo aquél al intermediario, con ironía, que pondría en las notas del Código el nombre de los informantes y agregaría junto a ellos la opinión de Troplong, pero que se decidiría según su criterio.

¿Y cuál era éste? Se lo puede conocer leyendo las notas que preceden al título relativo al matrimonio, luego derogado por la ley 2393, llamada de matrimonio civil, y al de la sociedad conyugal —arts. 1217 y sucesivos—; donde da las razones por las cuales se apartó de sus modelos habituales al encarar esas instituciones. En la primera de esas notas observa que a consecuencias de la Revolución Francesa «el matrimonio fue legislado por sólo los principios que rigen los contratos... La lógica del jurisconsulto fácilmente dedujo del error de que partía, las formas que debían acompañarlo para su validez, el divorcio perpetuo y la omnimoda facultad de hacer las convenciones matrimoniales que los esposos quisieran. Los extremos no podían satisfacer —dice Vélez— ni la conciencia de los

Estos usos y costumbres del país fueron atentamente sopesados y contemplados por el codificador en todo lo referente a la organización de la familia, que es la materia jurídica en más directa conexión con tales directivas y criterios sociales.

Es cierto que según el art. 17 del Código de Vélez, que ya hemos criticado anteriormente —véase *supra*, n.º 70, ap. c)—, queda la costumbre destituida de todo valor salvo que la ley se refiera a ella, pero ello fue por la equivocada concepción de la época que identificaba el derecho con la ley y consiguientemente entendía incompatible con ésta toda otra expresión jurídica.

IV. — DERECHO CANÓNICO

276. NOCIÓN. — Se denomina “derecho canónico” al conjunto de reglas que rigen a la Iglesia Católica, la cual como sociedad perfecta que es, dispone de los medios organizativos adecuados para subsistir y lograr sus fines propios independientemente de todo otro Poder.

pueblos cristianos ni las relaciones indispensables de la familia, ni menos las necesidades sociales». Obsérvese esa referencia a la conciencia cristiana del pueblo, ese reconocimiento de la entidad familiar, esa alusión a las exigencias propias de la sociedad, que me place poner de relieve, porque esos conceptos encierran una lección del talentoso cordobés que no debe ser olvidada.

Tales conceptos constituyen un verdadero «leit motiv» del auténtico pensamiento de Vélez Sársfield. En la nota de presentación del Código de Comercio que dirigiera varios años atrás al Gobierno de Buenos Aires, conjuntamente con el Dr. Acevedo, dice: «Hemos tenido el cuidado especial de no crear un derecho puramente ideal, sino el que fue conforme al estado actual de la sociedad». Como se ve es siempre la idea dominante en él de adaptación a las aspiraciones y circunstancias sociales.

Aún antes de la sanción del Código, en el año 1867, con motivo de los episodios suscitados por la ley de matrimonio civil de la Provincia de Santa Fe, tuvo oportunidad Vélez Sársfield de sentar opiniones coincidentes con las expresadas. En setiembre de ese año la legislatura de la Provincia de Santa Fe sancionó sin debate, no obstante la trascendencia del asunto, una ley que implantaba el matrimonio civil en el territorio provincial. La reacción fue inmediata: una revolución depuso al Gobernador, disolvió la legislatura y convocó la elección de una nueva que como primera medida derogó la ley que había desatado ese desbarajuste. Entretanto, el gobernador depuesto había acudido en amparo de su investidura ante el Gobierno Nacional, el que requirió dictamen al Asesor, que lo era el Dr. Dalmacio Vélez Sársfield. ¿Cómo se expide éste? Leamos: «Si se hubiera consultado la voluntad del pueblo, si sólo fuera ley lo que el pueblo quisiera, no se habría dado un golpe tal a las costumbres, a la moral, a la religión de los habitantes de la Provincia: . . .»

Las fuentes formales del derecho canónico son las Sagradas Escrituras, los decretos de los Concilios y las constituciones, bulas y otros documentos emanados del Papa, así como también las costumbres centenarias e inmemoriales no reprobadas por el Código Canónico de 1917 (canon 5).

De los cánones se hicieron en el curso del tiempo varias recopilaciones. En el siglo XIII se hizo la consolidación denominada *Corpus Juris Canonici*, denominación que de acuerdo a la dialéctica grata a la época se oponía al *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano. La última codificación del Derecho Canónico que tiene ya todas las características científicas propias de los códigos es el *Codex Canonicus* aprobado por una constitución del Papa Benedicto XV y dada el día de Pentecostés de 1917 que deroga toda norma existente hasta entonces con la salvedad ya expresada respecto de las costumbres.

El Derecho Canónico gobierna las relaciones de la Iglesia con los fieles y de éstos entre sí en su carácter de tales. Pero no siempre ha habido acuerdo sobre cuáles eran las relaciones en que los fieles intervenían en cuanto tales. Durante la Edad Media y la Edad Moderna se entendió, tanto en Europa como en América, que entraban en ese concepto las concernientes al matrimonio, a los testamentos, a los juramentos, al registro de los actos referentes al estado civil, etc. Todos estos asuntos caían bajo el régimen del derecho canónico y correspondían a la competencia de los tribunales eclesiásticos, cuyas sentencias eran ejecutadas con el auxilio del imperio de la autoridad civil.

277. SECULARIZACIÓN.—Luego de la Revolución Francesa cesó en vastos sectores del mundo la armonía existente entre ambos poderes, el espiritual y el temporal, y este último ha entrado en lucha con aquél, arrebatándole de su competencia todas aquellas materias que por presentarse en zonas de confluencia de ambos órdenes, eran de naturaleza mixta. Así, paralelamente al matrimonio tradicional, la autoridad civil creó una unión a la que denominó matrimonio civil, privando al primero de toda eficacia en el orden temporal. Igualmente con relación al registro del estado civil de las personas.

278. EL DERECHO CANÓNICO COMO FUENTE DEL CÓDIGO CIVIL.—El proceso de secularización a que se ha aludido estaba en pleno curso al tiempo de la sanción del Código Civil.

Vélez Sársfield, con ese respeto por las estimativas sociales que lo caracterizaba, obró prudentemente estableciendo la jurisdicción del Estado sobre lo que legítimamente debía ejercerse como era lo relativo a la prueba del estado civil de las personas, que debía hacerse por "certificados auténticos extraídos de los asientos de los registros públi-

cos, que para tal fin deben crear las municipalidades" (art. 80 del Cód. Civ.). Pero en cambio la institución matrimonial la dejó bajo la jurisdicción de la Iglesia, porque según el codificador "las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer el matrimonio civil. Para ellas sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país. La ley que autorizara tales matrimonios, en el estado actual de nuestra sociedad, desconocería la misión de las leyes, que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas. Sería incitar a las personas católicas a desconocer los preceptos de su religión, sin resultado favorable a los pueblos y a las familias" (nota al art. 167, Cód. Civ.).

En consecuencia de estas ideas, el codificador tomó la institución del matrimonio canónico y le adjudicó los efectos civiles que estimó apropiados, pero sin interferir en lo relativo a la validez de la unión, que quedó sujeta al régimen canónico y a lo que en su caso juzgaran los tribunales eclesiásticos.

La prudencia de Vélez Sársfield no perduró, y a los veinte años de la sanción del Código Civil se dio con la institución del matrimonio civil "ese golpe a las costumbres, a la moral y a la religión de los habitantes" que se había intentado sin éxito antes en la provincia de Santa Fe".⁴⁷

⁴⁷ Véase lo expresado en la nota precedente. Desde la sanción de la ley de matrimonio civil se ha instaurado para la mayoría de los habitantes del país el reinado de la ficción, e impuesto una ley escrita en divergencia con las convicciones sociales. En efecto, de tres parejas que se unen en matrimonio civil, dos de ellas contemporáneamente celebran matrimonio canónico, ya por un imperativo de conciencia, ya por un imperativo social. Esa es la proporción que indican los cálculos estadísticos efectuados al respecto.

Ahora bien: el matrimonio es acto jurídico que se sustenta en el consentimiento de los contrayentes. Es por el intercambio del consentimiento de los esposos que éstos se confieren recíprocamente el estado conyugal con el cúmulo de derechos y deberes inherentes al mismo. Pero si analizamos el contenido real del consentimiento cambiado ante el jefe del Registro Civil, por esas dos de cada tres parejas que bendicen su unión sacramentalmente no podemos dejar de reconocer que en el fuero de su conciencia esas personas no entendieron por su comparencia ante el funcionario público concederse recíprocamente el carácter de esposos. Y si luego del acto civil pero antes de la consagración canónica, intentara el novio hacer vida marital con la novia, sería justamente rechazado por ella y reprobado por el juicio de la sociedad. Lo que demuestra que, en el caso, la ley faculta para algo que la moral y la sociedad condenan. Es decir que en aquella situación la ley ha venido a crear una ficción y a decorar con el nombre de "matrimonio" a lo que no lo es en el fuero interno de los interesados ni lo es en el sentir de la sociedad. Adviértase bien que al decir esto último no formulamos un juicio abstracto sobre el acto que se cumple en la oficina del Registro Civil sino que nos atenemos a la valoración social concreta de ese aparente consentimiento intercambiado ante el jefe de esa oficina por dos de las tres parejas mentadas,

En suma, la influencia del derecho canónico fue de gran trascendencia en el Código Civil, en todo lo concerniente al

que sea por un imperativo de conciencia, sea por una exigencia social, no pasan a hacer vida marital sino después de contraído el matrimonio religioso.

Es claro que la ficción a que nos venimos refiriendo, pasa bastante inadvertida por el breve lapso que de ordinario separa el acto civil de la solemnidad religiosa, y porque luego cuando los esposos tengan que acreditar su carácter de tales para cualquier efecto civil, se valdrán del certificado correspondiente del Registro Civil.

¿Pero qué es lo que ocurre cuando por cualquier contingencia el acto civil no ha sido completado por el sacramento? ¿Puede entenderse que aquellas dos de cada tres parejas de marras, han contraído matrimonio válido? Cuando se ha planteado la cuestión, los jueces, que sepamos, han dicho siempre que no; han dicho que tal matrimonio civil es nulo. Así en el caso publicado en "J. A.", 1954-IV, p. 226, en que se trataba de una mujer, que había usado del matrimonio civil sin intención de entrar en una comunidad de vida con el contrayente, y con el solo propósito de decidir a un antiguo novio a volver a ella, la Sala "D" de la Cámara Civil, por el voto exhaustivo del Dr. Bargallo Cirio, al que adhirió el doctor Sánchez de Bustamante, declaró que el acto era nulo por vicio del consentimiento, provocado por el dolo de la mujer. Así también en el caso publicado en "J. A.", 1954-I, p. 456, en que se trataba de un novio que luego de celebrar el acto civil se negó a la celebración del matrimonio religioso, el juez civil doctor Albisetti declaró la nulidad del acto por vicio del consentimiento de la novia que había resultado engañada por el novio que le había prometido la ulterior unión sacramental.

Este último ejemplo es particularmente claro por la pureza de sus elementos, para apreciar el valor de la unión civil cuando debiendo ser acompañada en la intención de las partes por la bendición sacramental, no se sigue este complemento esencial. El juez que intervino apreció, y apreció bien, que el consentimiento era inválido porque sólo se había prestado en consideración de la frustrada unión sacramental. Pero esto mismo equivale a reconocer que en tal situación, lo que la ley denomina matrimonio es una ficción, puesto que la integración de todos los elementos legales previstos no basta para acceder a un legítimo estado conyugal.

En suma, estas ejemplificaciones corroboran la divergencia ya apuntada entre el régimen legal del matrimonio y el sentir social a ese respecto.

¿Por qué mantener semejante divergencia, cuando en esta materia como en cualquier otra ha de propenderse a que la ley no mande sino aquello que la conciencia social aprueba? Estamos persuadidos de que la ley sólo es respetable cuando manda lo que la sociedad quiere, y por ello en este asunto urge la reforma que ponga de acuerdo al dictado de la ley con la conciencia social. Ello puede lograrse dando efectos civiles al matrimonio canónico que sería considerado como una segunda forma de matrimonio civil, luego de inscripta el acta respectiva en el Registro Civil. Con ello no se invade la jurisdicción de la Iglesia que continuaría administrando el sacramento con sujeción a sus propias disposiciones y rigiendo como hasta ahora cuanto se relacione con el matrimonio en el orden espiritual. Tampoco importaría renuncia alguna de las potestades que se atribuye el Estado, puesto que para todos los efectos civiles, el matrimonio civil celebrado bajo forma canónica quedaría en igual situación al celebrado ante el jefe del Registro Civil y sujetos uno y otro a la jurisdicción de los jueces civiles para apreciar los requisitos de validez, incluso presentación de certificado prenupcial, etc.

derecho de familia, y especialmente al matrimonio. Luego de secularizada esta institución esa influencia no ha cesado pues salvo el modo de constitución, los caracteres y efectos del matrimonio tal como habían sido regulados por Vélez Sársfield, subsisten en la ley 2393.

Se trata, entonces, de una trascendente gravitación del derecho canónico por vía indirecta, sobre el derecho vigente en el orden civil.

V. — EL CÓDIGO NAPOLEÓN Y SUS COMENTARISTAS

279. EL CÓDIGO NAPOLEÓN COMO FUENTE DE NUESTRO CÓDIGO. — Ya nos hemos referido anteriormente a la sanción del Código Napoleón y a su significación dentro del movimiento general de codificación de nuestro tiempo. Remitimos, por lo tanto, a lo dicho a esos respectos en los núms. 227 y 228.

En cuanto a la concreta influencia que ejerció ese código sobre el nuestro fue muy grande, ya directamente por la versión de varias de sus disposiciones, ya indirectamente por la gravitación que hicieron sentir sus comentaristas sobre la obra de Vélez Sársfield.

Segovia ha observado que de los artículos del Código Civil hay 145 que han sido copiados del texto francés. Éste es el aporte del Código Napoleón como fuente inmediata del Código Civil argentino.

280. LOS COMENTARIOS DEL CÓDIGO NAPOLEÓN. — Todos los comentaristas del Código Napoleón de su tiempo fueron frecuentados asiduamente por Vélez Sársfield, quien se inspiró en ellos para redactar numerosas disposiciones.

Entre todos ellos quienes ejercieron mayor influencia fueron Aubry y Rau, quienes en 1838 publicaron un manual que entonces era poco menos que una traducción de la obra del jurisconsulto alemán Zachariae, y que luego en sucesivas ediciones fue ampliado y modificado a tal extremo que independizado de su origen pasó a ser la obra maestra de la doctrina francesa, en la que lucen admirablemente la armonía y diafanidad del pensamiento jurídico de su país. La tercera edición de esta obra, en seis volúmenes, publicada en París por los años 1856 a 1858, fue la obra doctrinaria mayormente consultada por Vélez Sársfield, que tomó de ella numerosos pasajes convertidos en artículos de nuestro Código hasta el número de 700.⁴⁸

⁴⁸ Tal el cálculo efectuado por L. Segovia en su obra *El Código Civil Ar-*

Además de Aubry y Rau, se advierte en el articulado del Código la influencia de Troplong, quien suministró el material de 50 artículos relativos a la sucesión testamentaria y algunos otros del libro de Derechos Reales; Demolombe, de quien ha tomado Vélez Sársfield 52 artículos del libro cuarto y 9 artículos del libro tercero; de Chabot, que ha contribuido con 18 artículos del libro cuarto; y de Zachariae, que proveyó el material de 70 artículos de nuestro Código.⁴⁹

También cabe mencionar al nombre de otros comentaristas citados por el codificador en sus notas, tales como Marcadé, Merlin, Toullier, Taulier, Mourlon, Duvergier, Duranton, Demante y Laurent.

VI. — LA OBRA DE FREITAS

281. LA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIL. — Augusto Teixeira de Freitas fue un jurisconsulto brasileño nacido en Bahía en 1816, que murió en Río de Janeiro el año 1883. Aurolado por la fama de su sabiduría el Imperio del Brasil le confió en 1855 la honrosa tarea de recopilar ordenadamente las diferentes leyes en vigor, a la que dio cumplimiento Freitas con su "Consolidação das leis civil" que lo elevó al rango de primer jurista de América.

La Consolidación de las leyes civiles ordena en 1.333 artículos todo el material de la profusa legislación portuguesa, que presentaba características parecidas a la de la legislación española de la época, también dispersa a través de numerosas ordenanzas reales. Freitas clasificó y sistematizó todo ese material conforme al método que expone en su Introducción, que es una disquisición de ciencia jurídica pura, sumamente original, aun cuando se reconoce en ella la influencia de Savigny. La obra cuenta con notas originales de Freitas referentes a la interpretación adecuada de las disposiciones agrupadas en el "corpus".

282. EL "ESBOZO". — En vista del éxito obtenido por el trabajo mencionado, el Imperio del Brasil encomendó a Freitas, a principios de 1859, la redacción de un proyecto de Código Civil. El jurisconsulto brasileño comenzó a redactar su Esbozo o Anteproyecto de Código, que

gentino, su explicación bajo la forma de notas, Bs. As., 1933, t. I, Introducción, p. XX.

⁴⁹ L. Segovia, *op. cit.*, *loc. cit.*

quedó inconcluso luego de llegar al art. 4908, sin haber alcanzado la parte de Sucesiones.

Es una obra admirable, que se publicó en Río de Janeiro en varias entregas sucesivas entre 1860 y 1865, de gran rigor lógico que lo lleva al autor a formular divisiones y subdivisiones de cada tema, que deja prácticamente agotado. Su léxico luce una precisión conceptual que comunica a la obra una gran claridad.

Por tales razones se comprende la admiración que despertó en el ánimo de Vélez Sársfield el Esbozo de Freitas, al que acudió frecuentemente como a su mentor en los tres primeros libros del Código Civil, que contiene más de 1.200 artículos tomados de aquella obra. Por lo demás, Vélez Sársfield superó las fallas que tenía el Esbozo como obra codificada, por su exagerado casuismo y las abundantes clasificaciones y definiciones más propias de un libro doctrinario que de un cuerpo de leyes.

VII.— OTRAS FUENTES

283.— Fuera de las mencionadas en los números precedentes, hubo otros códigos y obras doctrinarias que ejercieron influencia, si bien en un plano ya secundario, sobre nuestro Código Civil.

Consignaremos estas fuentes menores, refiriéndonos primeramente a los códigos y luego a las restantes obras.

284. OTROS CÓDIGOS.— Después del Código francés el que más gravitó fue el Código chileno redactado por el lingüista y jurisconsulto venezolano Andrés Bello y sancionado en el año 1855. Está escrito con gran propiedad y belleza literaria siguiendo las aguas del Código francés con gran fidelidad.

Como lo dice Vélez en su nota de remisión del Código Civil, aquél tenía al Código chileno como superior a los europeos. De ahí que se sirviera de su texto para componer unos 170 artículos del nuestro, según el cálculo efectuado por Segovia.

También se valió Vélez del Código de Luisiana, que lo proveyó de 52 artículos; del Código Albertino para los Estados Sardos; del Código ruso —era en verdad una consolidación de leyes—, que le dio material para 13 artículos del libro primero y 20 artículos para el libro segundo; del Código de Parma; del Código de las Dos Sicilias; del cantón suizo de Vaud; del Código general prusiano de 1794; del Código de Austria de 1811; del Código del Estado de Nueva York, que le brindó 4 artículos, y hasta del Código italiano de 1865, que llegó a co-

nocimiento de Vélez Sársfield ya muy adelantada la confección de su proyecto.

285. PROYECTO DE GOYENA. — A mediados del siglo anterior pugnaba España por lograr su codificación, que recién habría de concretarse en el año 1888. El antecedente inmediato del Código español está constituido por el proyecto de 1851 preparado por una comisión presidida por Florencio García Goyena, quien publicó cuatro volúmenes bajo el título de "Concordancias, motivos y comentarios del proyecto de Código Civil español".

Este proyecto de aproximadamente 3.000 artículos sigue fielmente la línea del Código francés. Contiene la obra extensas notas con nutridas referencias a las leyes romanas y españolas en vigor, que han sido aprovechadas por el codificador en sus propias notas. Según Segovia fue la única obra española usada por Vélez, quien extrajo de ella unos 300 artículos.

286. PROYECTO DE ACEVEDO. — El doctor Eduardo Acevedo es el autor de un proyecto de Código Civil para el Uruguay, presentado el año 1851, que consta de 2.309 artículos. Vélez adoptó de este proyecto 27 artículos y aprovechó de algunas referencias para sus notas.

287. OTRAS FUENTES MENORES. — Finalmente cabe mencionar entre otros autores consultados por el codificador y que han dejado su huella en algunas disposiciones del Código Civil, a Story y Foelix respecto de cuestiones de derecho internacional privado, a Serrigny, Kent, Chauveau-Hélie y Massé, a los clásicos Vinnio, Heinecio, Cujas, Domat y Pothier; y los comentaristas españoles Gregorio López y Antonio Gómez.

§ 5. El método: a) en el Código Civil; b) en la legislación moderna; c) en el Anteproyecto Bibiloni, en el Proyecto de 1936 y en el Anteproyecto de 1954; d) en la enseñanza. Parte general y partes especiales: materiales que comprenden.

I.— EL MÉTODO EN GENERAL

288. IMPORTANCIA DEL MÉTODO. — La importancia del método es muy grande en una obra de codificación por el

carácter sistemático de ésta y la amplitud de su objeto. Se comprende entonces la necesidad de contemplar y regir la conducta del hombre a través de fórmulas generales y particulares que encuentren su lugar apropiado en el conjunto del articulado.

Vélez Sársfield advirtió la importancia de elegir un método adecuado. “El método que debía observar en la composición de la obra —dice en la nota de remisión del Primer Libro al ministro de Justicia— ha sido para mí lo más dificultoso y me ha exigido los mayores estudios”. Luego de pasar revista y someter a justas críticas a los métodos de la Instituta de Justiniano, que siguiera Bello en su Código para Chile, y del Código Francés, manifiesta haber adoptado el seguido por Freitas en su “Consolidação das leis civil”. que reconoce su origen remoto en las enseñanzas de Savigny.

II.— EL MÉTODO EN EL CÓDIGO CIVIL

289-290. IDEA BÁSICA DEL MÉTODO ADOPTADO. — Según las ideas de Freitas aceptadas por nuestro codificador conviene comenzar en un código por las disposiciones más generales, para pasar a considerar las que se refieren al sujeto de toda relación jurídica, de donde nace la “teoría de las personas”.

Pero los hombres no viven aislados, sino en el seno de su familia. Por tanto, habrá de seguirse con el régimen de la “familia”.

Luego el sujeto entra en el plano de las relaciones civiles, y traba con sus semejantes vinculaciones de persona a persona —son las “obligaciones”— o de la persona con las cosas que le están sometidas; son los “derechos reales”. Finalmente queda por legislar sobre el conjunto de las cosas, o teoría del patrimonio, que funciona principalmente cuando fallece el titular, pues entonces ha de fijarse el destino del patrimonio carente de sujeto —son las “sucesiones”—, o cuando concurren los acreedores para hacer efectivos sus créditos sobre los bienes del deudor de donde nace la “teoría de

los privilegios". Todavía queda la institución de la "prescripción" que por referirse a toda clase de derechos no es inapropiado poner en una sección dentro de las disposiciones comunes a los derechos personales y reales.

Tal la idea originaria de Freitas que adoptó Vélez Sársfield para componer su proyecto de código.

291. EL MÉTODO DEL CÓDIGO CIVIL.— La idea expresada en el número anterior fue concretada por Vélez Sársfield en la siguiente forma:

El Código se inicia con dos títulos preliminares y termina con uno complementario. El primero de los títulos preliminares trata de las leyes y contiene una teoría general de la ley. El segundo título preliminar se refiere al modo de contar los intervalos de derecho. El título complementario se ocupa de disposiciones transitorias destinadas a resolver las cuestiones que podía suscitar la implantación de la nueva legislación respecto de los derechos existentes.

El libro primero está dedicado a las personas, a las que considera en sí mismas en una primera sección y en una segunda sección se ocupa de la familia. El codificador denomina a esta sección "De los derechos personales en las relaciones de familia".

El libro segundo, intitulado "De los derechos personales en las relaciones civiles", está dividido en tres secciones. La primera trata de las obligaciones en general (parte primera) y de la extinción de las obligaciones (parte segunda). La segunda sección se denomina "De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones" La tercera sección, con un articulado innecesariamente frondoso, trata de las obligaciones que nacen de los contratos.

El libro tercero está dedicado a los derechos reales, comenzando con un primer título que trata de las cosas en sí mismas o en relación a las personas.

El libro cuarto se denomina "De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes". Contiene un título preliminar sobre la transmisión de los derechos en general bastante criticado por la excesiva generalidad de algunos de sus preceptos. Luego sigue una primera sección sobre las sucesiones "mortis causa", una segunda sección sobre privilegios y derecho de retención y finalmente una tercera titulada "De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo", en que se trata la prescripción.

292. **VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL MÉTODO ADOPTADO.** — El método de Vélez presenta grandes ventajas si se lo compara con el seguido por los códigos entonces vigentes. Pero no deja de tener fallas que pudieron ser subsanadas.

293. — Para que se advierta mejor el adelanto metódico que importó nuestro Código, haremos una breve comparación con el método del Código Civil francés.

Este código está dividido desequilibradamente en tres libros. El primero se ocupa de las personas y la familia. El segundo, de los bienes y la propiedad. El tercero, bajo la denominación “de los diversos modos de adquirir la propiedad”, reúne desordenadamente lo concerniente a las sucesiones, las donaciones y los testamentos, los contratos y obligaciones convencionales en general, las obligaciones extracontractuales (cuasicontratos, delitos y cuasidelitos), el contrato de matrimonio seguido de otros varios contratos en particular, venta, etc., la prenda, los privilegios e hipoteca, la expropiación y finalmente la prescripción. Este desmesurado libro se lleva las 2/3 partes de la extensión total del Código.

Si se compara el método de nuestro Código con el expresado, observamos estas ventajas: a) aunque mal ubicada aparece una teoría de los hechos y actos jurídicos, que en el derecho francés es de creación doctrinaria muy posterior a la sanción del Código que parece ignorarla; b) los derechos reales que participan de una común naturaleza están reunidos en un solo libro, mientras en el Código francés están dispersos; c) el matrimonio se trata en el derecho de familia y no conjuntamente con los contratos, con los que no tiene parentesco; d) se han vinculado los testamentos a las sucesiones, desglosándose las donaciones, que son contratos entre vivos, para vincularlas a los otros contratos; e) se ha superado el error del Código francés de referirlo todo a la adquisición del derecho de propiedad, puesto que notoriamente la locación o el mandato no se refieren a la adquisición de la propiedad, no obstante lo cual aquel Código trata de esos contratos en el libro tercero, que lleva la denominación ya expresada.

294. — Con todo subsisten en el método seguido por el codificador *fallas* innegables.

Por lo pronto la sección de los hechos y actos jurídicos, que cabalga entre las obligaciones y los contratos, está enteramente desubicada, y debió estar en una parte general, como en el Esbozo de Freitas. Otro tanto cabe decir del título referente a las cosas que aparece como primero del libro de los derechos reales, siendo así que las cosas pueden ser el objeto no sólo de los derechos reales —*jus in rem*—, sino también

de los derechos personales —*ius ad rem*—. También está desubicado el título preliminar del libro cuarto, que trata de la transmisión de derechos, que es materia propia de una parte general.

Como se ha observado, la causa de estos inconvenientes metodológicos reside en la ausencia de una parte general en el Código de Vélez, que se quedó a mitad de camino, realizando apropiadas generalizaciones pero sin darles a esas generalizaciones la ubicación adecuada. Así es como la teoría general de las personas es desarrollada en el libro primero, la de las cosas en el libro tercero, la de los hechos y actos jurídicos en el libro segundo y la de la prescripción en el libro cuarto, no obstante tratarse de reglas que interesan por su carácter general a toda clase de relaciones jurídicas y que por ello mismo debieron integrar una parte general.⁵⁰

Todavía se advierten otras fallas menores. Así hay reglas concernientes a la forma y prueba de los contratos que debieron ser referidas con mayor generalidad a toda clase de actos jurídicos y llevadas a este lugar. Otro tanto puede decirse de las modalidades de las obligaciones —plazo, condición y cargo— que son verdaderas modalidades de los actos jurídicos, porque igualmente pueden incidir en toda clase de derechos, y que por ello debieron ser tratadas en la sección dedicada a aquellos actos.

III. — EL MÉTODO EN LA LEGISLACIÓN MODERNA

295. — Consignaremos escuetamente cuál es el método adoptado por los códigos más modernos: el alemán, el suizo, el brasileño y el italiano. Omitiremos referirnos a los códigos mejicano de 1928, peruano de 1936 y venezolano de 1942, por parecernos que en materia de método no presentan mayor interés.

296. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN. — Es una obra de gran significación científica por el método adoptado, que es lo que aquí interesa resaltar. Es el primer código sancionado que contiene en un libro independiente las normas generales que por serlo gravitan en toda clase de relaciones jurídicas. Como un antecedente de esa metodización debe recordarse el *Esbozo* de Freitas, que por la genialidad de su autor ya había efectuado la aludida generalización.

El Código Civil alemán se atiene al siguiente método: 1) Parte

⁵⁰ Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 196, p. 110.

General, que trata de personas, cosas, hechos y actos jurídicos, ejercicio de las acciones; 2) Obligaciones y sus fuentes; 3) Derechos reales; 4) Familia, y 5) Sucesiones.

297. CÓDIGO CIVIL SUIZO.— Su sanción fue precedida de un largo proceso de gestación, al igual que el Código alemán. Finalmente se lo aprobó en diciembre de 1907, para entrar a regir el 1º de enero de 1912.

Constituye una alta expresión de técnica científica en la materia de la codificación, aunque ha omitido la parte general que contiene el Código alemán. Sus disposiciones se caracterizan por la ausencia de rigidez que deja una gran libertad a los jueces para adecuar el principio legal a las circunstancias del caso. Asimismo es de recordar que según el art. 1º los jueces están facultados, en defecto de norma legal o consuetudinaria, a fallar conforme a los principios que ellos instaurarían en caso de ser legisladores.

El método del Código suizo es el siguiente: 1) Personas; 2) Familia; 3) Sucesiones; 4) Derechos reales; 5) Obligaciones. Cabe hacer notar que este quinto libro data de un tiempo anterior al resto del Código y ha conservado su numeración e identidad independiente, pese a haber sido declarado quinto libro del Código Civil. Ello se debió a que fue más fácil vencer el particularismo de los cantones en la materia de las obligaciones y así se logró sancionar en 1881 un código general de las obligaciones comprensivo de las de carácter civil y comercial, que luego fue reformado en los años 1911 y 1936.

298. CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO.— Sobre la base de un proyecto elaborado por el juriconsulto brasileño Clovis Bevilacqua se sancionó este Código, para entrar a regir el 1º de enero de 1916.

Siguiendo la tradición de Freitas, reforzada por la técnica usada por el Código Civil alemán, el Código brasileño separa netamente la parte general de las partes especiales, en la siguiente forma: Parte General: 1) Personas; 2) Bienes; 3) Hechos jurídicos (inclusive prescripción). Partes Especiales: 1) Familia; 2) Derechos reales; 3) Obligaciones (inclusive contratos), y 4) Sucesiones.

299. CÓDIGO CIVIL ITALIANO.— Fue aprobado por el decreto regio del 16 de marzo de 1942 y constituye una de las mejores expresiones de la técnica jurídica por la diafanidad de la redacción y el buen sentido de sus disposiciones.

Desde un punto de vista metódico presenta dos características: la primera la eliminación de una parte general. no obstante que un último libro denominado de la tutela de los derechos contiene previsio-

nes muy interesantes, que proyectan su influencia sobre toda clase de relaciones jurídicas; la segunda se refiere al tratamiento conjunto de las obligaciones civiles y comerciales.

El método adoptado por este Código es el siguiente: 1) Personas y familia; 2) Sucesiones; 3) Propiedad; 4) Obligaciones (inclusive contratos); 5) Trabajo (inclusive sociedades); 6) Tutela de los derechos (registro, prueba, privilegios, vías de ejecución, prescripción y caducidad).

IV. — EL MÉTODO EN LOS PROYECTOS DE REFORMA

300. COINCIDENCIA EN EL MÉTODO ADOPTADO. — En nuestro ambiente parece haber una general coincidencia acerca del método que debe prevalecer en la codificación del derecho civil, lo que se infiere del acuerdo existente sobre el punto entre los tres proyectos de reforma del Código Civil elaborados hasta el presente. Desde luego que subsisten diferencias importantes en cuanto al sentido de las disposiciones, pero en cambio los pareceres concuerdan acerca del punto fundamental de la adopción de una parte general como la que elaboró por primera vez en la historia jurídica el genial Freitas y como la que adoptó el Código alemán y luego también el Código brasileño.

Como se ha observado,⁵¹ la lectura de los proyectos de reforma permite afirmar que todos ellos se atienen a las siguientes líneas básicas:

1º) Como ya se ha dicho se ha considerado fundamental separar las disposiciones aplicables a toda clase de relaciones jurídicas, constitutivas de una parte general, de aquellas otras que se refieren sólo a ciertas instituciones particulares.

2º) Hay también acuerdo acerca de que los núcleos integrantes de la parte especial han de ser el derecho de familia, las sucesiones, las obligaciones y sus fuentes, y los derechos reales vinculados a los derechos intelectuales.

3º) Subsiste el acuerdo sobre la necesidad de reducir el frondoso articulado del Código Civil, resultado de una técnica defectuosa que ha

⁵¹ Arauz Castex, *op. cit.*, t. I, n.º 206, p. 113.

llevado a reiterar la formulación de un principio general, en las aplicaciones particulares del mismo, cuando lo acertado es sólo marcar las excepciones al principio general luego de formulado éste.

4º) La técnica legislativa del siglo pasado pretendía prever en un código todos los casos posibles y dar la solución aplicable para cada uno de ellos, tentativa que resultaba infructuosa porque no hay imaginación humana que no sea superada por la riqueza de la vida misma. En nuestro tiempo la técnica aconseja obrar de otra manera: sugiere adoptar principios flexibles que constituyan simples directivas para el juez, a fin de que éste pueda actuar con suficiente soltura frente a los casos particulares.

5º) Finalmente la codificación civil para responder a las características de unidad y exclusividad propias de toda codificación, debe incorporar, todas las instituciones civiles legisladas separadamente del código y estructurar los elementos que hacen al funcionamiento del mismo, tales como los registros que deben ser colocados bajo la jurisdicción de la Nación, porque sólo el *juzgamiento* de las cuestiones civiles es lo que la Constitución ha encomendado a las autoridades locales.

Una rápida revisión de los proyectos de reforma total elaborados hasta ahora permite corroborar el consenso existente sobre los puntos indicados.

301. EL ANTEPROYECTO DE BIBILONI. — Comparativamente con los proyectos siguientes es el más apegado al Código actual, lo que se observa hasta en la desmesurada extensión de su articulado.

El método adoptado por este Anteproyecto es el siguiente: 1) Parte general (personas, cosas, hechos, ejercicio de los derechos); 2) Derecho de familia; 3) Obligaciones (incluyendo sus fuentes); 4) Derechos reales; 5) Sucesiones, prescripción y registros.

302. EL PROYECTO DE 1936. — Este proyecto se atiene al siguiente método: 1) Parte general (personas, cosas, hechos, ejercicio de los derechos, prescripción); 2) Familia; 3) Obligaciones (en general, clasificación, transmisión, extinción, concurso de acreedores y privilegios, fuentes de las obligaciones en general, contratos en particular); 4) Derechos reales; 5) Sucesión hereditaria. Por separado contiene un proyecto de ley de registros.

303. EL ANTEPROYECTO DE 1954. — Este Anteproyecto se atiene al siguiente desarrollo metódico:

Título preliminar, que contiene tres capítulos. El primero de Disposiciones generales, que importan por su trascendencia, la portada de un código. El segundo centraliza en esta ubicación a través de 15 artículos todas las normas de derecho internacional privado que están dispersas en el código vigente y en los dos proyectos anteriores. El tercero reducido a un solo artículo se refiere a la computación de los plazos.

Libro Primero. Parte General, está dividido en 4 secciones (Personas, Bienes, Hechos y actos jurídicos, Tutela de los derechos). Esta última sección inspirada en el libro sexto del código italiano de 1942 se refiere al ejercicio de los derechos, a la prueba, a la cosa juzgada, a la prescripción, y el registro de inscripciones (de estado civil, de restricciones a la capacidad, de sucesiones, de personas jurídicas y entidades afines, de mandatos, de inmuebles, mobiliario, y de la Propiedad Intelectual).

Libro Segundo, De la familia, dividido en 4 secciones (Matrimonio; Filiación y parentesco; Protección de los incapaces; Bien de familia, fundaciones de familia y sepulcros).

Libro Tercero, De la herencia, dividido en 4 secciones (Disposiciones generales, Sucesión intestada, Sucesión testamentaria, Masa hereditaria).

Libro Cuarto, De las obligaciones, está dividido en 5 secciones (Obligaciones en general, Traslación de las obligaciones, Extinción, Fuentes y Contratos en particular).

Libro Quinto, De los derechos reales e intelectuales, tiene 2 secciones: la primera dedicada a los derechos reales y la segunda a los derechos intelectuales.

En el método del Anteproyecto de 1954 ha de destacarse la ubicación de la herencia tratada inmediatamente después de la familia para acentuar la importancia que ésta tiene en la regulación de aquélla, lo que también hicieron el código alemán, el código suizo y el código italiano. Los derechos intelectuales aparecen conectados en el mismo libro con los derechos reales porque unos y otros se ejercen "erga omnes", pero se tratan en secciones diferentes por la diversidad de su objeto.

Finalmente ha de notarse que para remarcar el relieve de las instituciones civiles fundamentales se ha titulado con el nombre de ellas el libro respectivo: así "De la Familia" eludiendo locuciones como relaciones de familia que usa el Proyecto de 1936 e igualmente "De la Herencia", que sustituye a la difundida denominación "De las sucesiones" que no indica de entrada lo típico del asunto allí tratado que

no es una abstracta transmisión de derechos, sino la del patrimonio familiar o herencia. Es que se ha aspirado a confeccionar un código de instituciones civiles.

303 bis. ANTEPROYECTO DE GASPERI.—Es obra del eminente jurista paraguayo doctor Luis De Gásperi, que lo redactó por encargo del gobierno de su país; fue publicado en octubre de 1964. No obstante no ser un proyecto argentino nos ha parecido que debíamos dar una noticia de obra tan valiosa por referirse a la reforma del Código de Vélez vigente en el Paraguay.

El aludido proyecto revela un trabajo enorme condensado en 41 preceptos integrantes de un Título Preliminar y 3.597 artículos distribuidos en 4 Libros. El primero está dedicado al Derecho de las personas que incluye lo relativo al régimen de la familia. El segundo trata en su primera sección de los hechos y actos jurídicos, y en su segunda sección de las obligaciones, de los contratos en general y en particular inclusive los contratos comerciales, de la gestión de negocios ajenos, del pago indebido y del enriquecimiento sin causa, y de los actos ilícitos. El libro tercero versa sobre los Derechos reales y el cuarto sobre la sucesión hereditaria.

Es un material de estudio inapreciable, con abundantes notas de fundamentación, cuya consulta será indispensable en la tarea de reforma de nuestra legislación civil.

V. — EL MÉTODO DE LA ENSEÑANZA

304. ACENTUACIÓN DEL CARÁCTER CIENTÍFICO.—Es interesante observar la evolución, en cuanto al método, que ha seguido la enseñanza del Derecho Civil en nuestras universidades.

En la Universidad de Buenos Aires, desde su origen el Derecho Civil se enseñó en un solo año. Primeramente dictó la cátedra respectiva el doctor Pedro Somellera, quien escribió en 1824 un libro denominado "Principios de derecho civil" que según Chaneton era un simple manual para un curso de introducción a esa disciplina.⁵² A Somellera lo sucedió el doctor Rafael Casagemas, que permaneció en la cátedra durante 25 años. Entre 1857 y 1864 pasaron por la cátedra, sin arraigar en ella y sin innovar en los métodos existentes, Marcelino Ugarte, Ma-

⁵² Chaneton A., *op. cit.*, t. II, n° 206, p. 316.

nuel Quintana y Pablo Cárdenas. En el último año fue designado profesor José María Moreno, que gozó de merecido prestigio.

A partir de 1872, por iniciativa de Moreno el curso único de Derecho Civil se elevó a 4, dedicándose uno a cada libro del Código Civil recientemente sancionado. Por entonces la enseñanza adquirió un carácter marcadamente exegético, ya que el estudiante recorría con el profesor título por título el articulado del código.

Bibiloni fue el gran crítico de ese método de enseñanza y cuando sus discípulos, tales como Prayones y Jesús H. Paz, llegaron a la cátedra, todos ellos promovieron un movimiento de ideas que se concretó en la alteración del plan de estudios del derecho civil en el año 1910. Desde entonces el Derecho Civil se enseñó en cinco cursos apartándose del orden del Código para efectuar una enseñanza no del Código Civil, sino de las instituciones del derecho civil: de ahí que se comenzara por el estudio de una parte general en la que se le proporciona al estudiante el conocimiento básico de los elementos de cualquier relación jurídica, el sujeto, el objeto y la causa o hecho del cual deriva la relación jurídica.

Hasta 1936 el derecho civil se enseñó en cursos sucesivos dedicados a parte general, derechos reales, obligaciones, contratos y familia juntamente con sucesiones. Desde entonces se pasaron los derechos reales al cuarto curso.

Las demás universidades del interior del país se han atenido a la distribución de materias que ha prevalecido en la de Buenos Aires. En cuanto a las universidades privadas, tanto la Pontificia Universidad Católica Argentina, cuanto la Universidad del Salvador, siguen el mismo plan, en cuanto a la enseñanza del derecho civil, de las universidades oficiales.

VI.— PARTE GENERAL Y PARTES ESPECIALES

305. PARTE GENERAL Y PARTES ESPECIALES, MATERIAS QUE COMPRENDE. — En lo sustancial la parte general del derecho civil de la que se ocupa este libro se integra con el contenido que hemos descripto al dar cuenta del método adoptado por los proyectos de reforma del Código Civil que puede resumirse así: 1º) Una *introducción al derecho civil* que suministra los conceptos básicos de derecho, derecho y moral, derecho natural y derecho positivo, temas de los que hemos tratado anteriormente —ver *supra*, n.ºs. 1-41—; 2º)

La teoría de las *fuentes o medios de expresión del derecho*: ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina, equidad, derecho comparado de todo lo cual nos hemos ocupado ya desde el n° 42 al n° 89; 3°) La teoría de la *interpretación y aplicación del derecho*, que fue el contenido del capítulo 2° de este libro; 4°) La teoría general de las *personas*, materia que abordamos en el desarrollo de los capítulos 4° al 9° siguientes; 5°) La teoría general de los *bienes* de la que tratamos en el capítulo 10°; 6°) La teoría general de los *hechos y actos jurídicos* que es materia de los capítulos 11° a 16°.

Por lo demás en la enseñanza del derecho civil se suele suministrar ciertas nociones históricas del mismo, que es lo que hemos hecho por nuestra parte en el presente capítulo.

En cuanto al contenido de las partes especiales está dado por las diversas instituciones particulares del derecho civil, tales como la familia, la herencia, las obligaciones y los derechos reales e intelectuales.

306. VENTAJAS DE LA INCORPORACIÓN DE UNA PARTE GENERAL.

— Con razón se ha observado⁵³ que son tantas las ventajas que brinda al intérprete del derecho el conocimiento de la parte general del derecho civil que sorprende que ella haya sido omitida por cinco importantes códigos de sanción reciente (los códigos mejicano, de 1928; peruano, de 1936; venezolano, de 1942; italiano, también de 1942, y portugués, de 1966); estos dos últimos muy renombrados por su técnica depurada.

Nada puede justificar tal omisión, porque superado el primitivo casuismo de las legislaciones antiguas, ya no se comprende que pueda legislarse sino mediante fórmulas abstractas, de las cuales hay algunas que poseen una mayor generalidad que otras. Por tanto, si se desea sujetar el material legislativo a un orden científico es indispensable agrupar aquellas normas de gran generalidad en la primera parte de cualquier código, reservando las normas de menor generalidad para ubicarlas en conexión con las instituciones a que ellas se refieren.

Cuando se omite efectuar esta natural discriminación se incurre en el error metódico de vincular ciertas normas muy generales —por ejemplo, las que se refieren a los vicios de la voluntad, tales como el error, el dolo o la violencia— a ciertas instituciones particulares, en

⁵³ Arauz Castex, M., *op. cit.*, t. I, n° 212, p. 116.

el caso los contratos, bajo la noción sobrentendida que cuando aparezca uno de esos vicios, no en un contrato, sino, por ejemplo, en un testamento o en un reconocimiento de filiación, igualmente habrá que hacer aplicación de las reglas relativas a los vicios de la voluntad de los contratos. Pero es claro que un tratamiento rigurosamente científico del asunto obliga a elevarse a la generalidad del acto jurídico, que es el género del cual los contratos, los testamentos y los reconocimientos de filiación son meras especies, para tratar de los vicios de la voluntad con relación al acto jurídico en general y no con relación a una de sus especies en particular. Efectuado así el tratamiento de cada asunto con relación al género que le corresponde, sólo resta señalar en el tratamiento de cada especie en particular las variantes de régimen que presentan en comparación con su respectivo género. Así, tratándose del matrimonio, que es una especie del género acto jurídico, bastará señalar cuáles son las diferencias que por sus particularidades presenta a su respecto la teoría general de los vicios de la voluntad, ya suministrada con relación a los actos jurídicos.

PARTE SISTEMÁTICA

INTRODUCCIÓN: ELEMENTOS DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

307. NOCIÓN. — Pasamos a estudiar los elementos constitutivos de las relaciones jurídicas.

El análisis de toda relación jurídica permite discriminar en ella tres elementos esenciales: el *sujeto*, que se desdobra en sujeto activo y sujeto pasivo; el *objeto*, y la *causa*.

308. SUJETO. — El *sujeto activo o titular* de la relación jurídica es la persona que puede ejercer la prerrogativa a que ella se refiere. Si se trata del derecho de propiedad es quien puede usar, gozar y disponer de la cosa y exigir de los demás integrantes de la sociedad el respeto de su prerrogativa.

El *sujeto pasivo* de la relación jurídica es quien debe soportar inmediatamente el ejercicio de la prerrogativa del titular. Así, tratándose de una obligación de dar una cosa, el sujeto pasivo es el deudor constreñido a entregar dicha cosa al acreedor.

Hay relaciones jurídicas que carecen de sujeto pasivo individualizado. Son las que corresponden a los derechos llamados "absolutos" porque no se ejercen contra una persona determinada, sino indistintamente contra quienquiera se oponga a su ejercicio, es decir, se ejercen "erga omnes". Es lo que ocurre con los derechos reales, por ejemplo, el dominio: el dueño de la cosa puede servirse de ella "ad-libitum", y si alguien se opone al ejercicio de la prerrogativa del titular, éste dispone de acciones judiciales destinadas a remover ese impedimento.

En las relaciones jurídicas correspondientes a los derechos llamados "absolutos" el sujeto pasivo es toda la sociedad. En las otras

relaciones jurídicas además de este sujeto pasivo universal, hay un sujeto pasivo individualizado.

309. OBJETO. — El objeto de la relación jurídica está constituido por el contenido de la prerrogativa del titular. Así en el derecho de propiedad el objeto es ese cúmulo de beneficios y provechos que la cosa puede brindar al dueño de ella, y en los derechos de crédito u obligaciones el objeto es la prestación que debe satisfacer el deudor en favor del acreedor.

310. CAUSA. — La causa de la relación jurídica es el hecho del cual deriva.

Toda relación jurídica, todo fenómeno jurídico, lo mismo que cualquier fenómeno del mundo de la naturaleza, está sujeto al principio de razón suficiente, que conduce a la investigación de la causa eficiente de la relación o hecho que la produce. En el ejemplo anterior del derecho de propiedad, tal como lo vemos establecido en un caso determinado, puede haberse originado en un contrato de compraventa, o derivar de una disposición testamentaria, o fundarse en la posesión prolongada de un inmueble como para dar lugar a la prescripción adquisitiva del mismo. Se observa a través de esos ejemplos cómo siempre la relación jurídica reconoce su origen en un hecho que la antecede y al que el ordenamiento jurídico le asigna la virtualidad de producirla: es la causa de la relación jurídica.

311. CLASIFICACIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS. — Las relaciones jurídicas, así llamadas cuando se las considera objetivamente, reciben el nombre de derechos subjetivos cuando se las encara desde el punto de vista del titular o sujeto, o sea como facultades o poderes suyos.

Los derechos subjetivos se dividen en *políticos* y *civiles*.

Los derechos políticos son los que cuadran al titular en razón de su calidad de ciudadano o miembro de una cierta comunidad política.

Los derechos civiles son los que pertenecen al titular en razón de ser simplemente habitante, v. g., el derecho de entrar, permanecer y transitar libremente en el país, de usar y disponer de la propiedad, de asociarse con fines útiles, etc. Estos derechos civiles son los que la **Constitución Nacional** declara y protege en los arts. 14 a 20.

312. SUBDIVISIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES. — Se suele dividir a los derechos civiles en tres categorías diferentes:

a) Los derechos de la *personalidad* son los que se refieren a la persona en sí misma, tales como el derecho al nombre, las acciones de estado, etc.

b) Los derechos de *familia* son los que se confieren al titular en razón de su carácter de miembro de la familia. Tales son los derechos conyugales, los referentes a la patria-potestad, los derechos alimentarios entre parientes, etc. A los conferidos para el cumplimiento de un deber se los ha denominado *potestades* (López Olaciregui).

c) Los derechos *patrimoniales* son los que tienen un valor pecuniario y como tales integran el patrimonio de las personas. Pueden todavía subdividirse en tres subcategorías: 1º) Los derechos reales, como el dominio, el usufructo o la hipoteca; 2º) Los derechos personales, también denominados derechos de crédito u obligaciones, como la obligación de pagar una suma de dinero: la persona a quien se debe la suma de dinero se llama acreedor y la persona constreñida a satisfacer el pago de dicha suma se denomina deudor; 3º) Los derechos intelectuales. De los derechos patrimoniales tratamos en el capítulo referente al patrimonio (véase *infra*, núms. 1239 y ss.).

312 bis. DERECHOS TRANSMISIBLES Y DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA: REMISIÓN. — Véase a este respecto *infra*, núms. 1494 a 1496.

312 ter. DERECHO Y ACCIÓN. — El *derecho* concebido con respecto a quien goza de él es la prerrogativa de esa persona para exigir de otra determinado comportamiento.

La *acción* es la facultad del titular de un derecho para exigir de los órganos jurisdiccionales del Estado el reconocimiento y efectividad de su pretensión. Algunos derechos no están provistos de acción: son las obligaciones naturales (véase nuestro *Trat. de Der. Civ., Obligaciones*, 2ª ed., t. II-A, núms. 728 a 782).

312 quater. LOS DEBERES DE LOS SUJETOS: DEBERES Y OBLIGACIONES; OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES; TIPOS DE RESPONSABILIDADES. — Cuadra distinguir el *deber* de la *obligación*. El primero describe la necesidad de practicar un comportamiento apropiado a favor de alguien, carente de contenido patrimonial, p. ej., el deber de los padres de educar a sus hijos. En cambio la *obligación* es el nombre del vínculo jurídico que liga a deudor y acreedor: tiene necesariamente un contenido patrimonial y pone al primero en la necesidad

de satisfacer una prestación —dar, hacer o no hacer— a favor del último.

La *responsabilidad* es la sanción que recae sobre alguien por la infracción al deber u obligación que sobre él pesaba. Hay *dos tipos* de responsabilidad, la llamada *contractual* u ordinaria que sanciona el incumplimiento de una obligación que debía satisfacer el deudor a favor del acreedor, y la *extracontractual* que corresponde al incumplimiento del deber de obrar con prudencia y diligencia para no dañar a otro. Esta última se distingue en *delictual* o *cuasidelictual* según que el acto se efectúe con *dolo* o intención de dañar, o bien que se haya realizado con *culpa* caracterizada por la omisión de diligencias apropiadas para evitar un daño a tercero.

Excepcionalmente la ley admite un tipo de responsabilidad objetiva que prescinde para determinar el resarcimiento de un daño del requisito de la culpabilidad. Es que en tales situaciones ha parecido al legislador que, por razones de equidad y utilidad social, era conveniente que alguien se hiciera cargo del resarcimiento del daño que había ocasionado pese a no haber incurrido en infracción a deber alguno. Es lo que ocurre con la reparación del *daño involuntario* (véase *infra*, nº 1424 bis y ss.) y del causado por el *riesgo de la cosa* (véase nuestro *Traf. Der. Civ., Obligaciones*, t. IV-A, núms. 2648 a 2662).

313. — Pasamos a tratar de los elementos de las relaciones jurídicas en particular, asunto que consideraremos en tres secciones diferentes, a saber: Primera sección: El sujeto, o *teoría general de las personas*. Segunda sección: El objeto, o *teoría general de los bienes*. Tercera sección: La causa, o *teoría general de los hechos y actos jurídicos*.

PRIMERA SECCIÓN

EL SUJETO

Teoría general de las personas

CAPÍTULO IV

DE LA PERSONA Y SUS ATRIBUTOS *

§ 1. **Personas; concepto. Especies.** Las personas por nacer; su condición jurídica; derechos que pueden adquirir; concepción y embarazo; medidas autorizadas durante este período. El nacimiento: cuestión de la viabilidad. Nacimiento de varios hijos en un solo parto.

I. — PERSONA. CONCEPTO. ESPECIES

314. **CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA.** — El derecho designa con la palabra “persona” a todo ente dotado de la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Es la noción que suministra el art. 30 del Código Civil: “*Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones*”.

Esta definición está tomada por el codificador del art. 16 del *Esbozo de Freitas*, quien atribuye a la persona la naturaleza de ente y denota como única característica suya la virtualidad de adquirir derechos, sin agregar la contracción de obligaciones que adiciona Vélez Sársfield innecesariamente. Pues es claro que siendo la obligación una

* **BIBLIOGRAFÍA:** Orgaz A., *Personas Individuales*, Bs. As., 1946; León P., *La persona y los derechos subjetivos*, “*Rev. Jurídica de Córdoba*”, oct.-dic., 1947, ps. 511 y ss.; Moreno R. (h.), *Las personas en el derecho civil comparado*, Madrid, 1911; Spota A. G., *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 3º; Busso E., *Código Civil Anotado*, Bs. As., 1944, t. I, ps. 242 y ss.; Castro y Bravo F., *Derecho Civil de España*, Madrid, 1952, t. II, vol. 1º, ps. 9 y ss.; Degni, F., *Le persone fisiche*, Turín, 1939; Gangi C., *Personae fisiche e personae giuridiche*, Milán, 1946.

especie del género "derecho" la definición no necesitaba sino referirse al primero.

315.— En el concepto expuesto se identifica la noción de "persona" con la de cualquier ente dotado de la aptitud para la adquisición de derechos.

Pero interesa conocer si esa aptitud que lo constituye al ente en persona del derecho le viene al sujeto de sí mismo, de alguna calidad esencial existente en él, que no es posible desconocer so pena de frustrar la libre actuación del hombre y con ello deformar la convivencia humana, o es una vestidura externa que le llega al sujeto por obsequio del ordenamiento jurídico.

En esto se toca una diferencia radical entre la corriente del "positivismo jurídico" y la del derecho natural conforme al pensamiento tradicional, que nosotros aceptamos.

Para el positivismo jurídico persona y hombre son realidades diferentes que son captadas por conceptos también diversos: la expresión "persona" denota un concepto jurídico construido por el derecho para la obtención de sus propios fines: el concepto "hombre" alude a una realidad natural, el ser humano. Pero tan no hay identidad entre ambas expresiones, se dice, que siendo derecho cuanto impone el legislador, cualquiera sea el sentido moral de la imposición, podría investirse con la "personalidad" a otras realidades naturales diversas del hombre como los animales o los muertos, e históricamente ha habido ordenamientos jurídicos en los que no se ha otorgado la "personalidad" a vastos sectores de la humanidad, como los esclavos.

En esta línea de pensamiento aparece Kelsen, para quien la personalidad no es sino una impostación provista gratuitamente por el derecho. La persona, jurídicamente hablando, no es algo concreto y externo al Derecho; es simplemente un centro de imputación de normas, es una manera de designar unitariamente una pluralidad de normas que estatuyen derechos y deberes. De ahí que Kelsen pueda sostener que la noción de persona no es esencial para el derecho, sino que es un simple expediente de que éste se vale para facilitar su exposición y comprensión. Es una concepción similar a la de Schiattarella, quien ve en la persona una "colonia de derechos".²

Por la admisión de estas ideas, como bien se ha dicho, la noción de persona ha quedado "disuelta".³

¹ H. Kelsen, *La teoría pura del derecho*, Bs. As., 1946, ps. 83 y ss., n° 25.

² Schiattarella, citado por Orgaz A., *Personas individuales*, Bs. As., 1946, p. 13, n° 7, nota 18.

³ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 223, p. 209; Orgaz. *op. cit.*, p. 11, nota 15.

316. — Para los juristas partidarios del derecho natural, el derecho no es una creación arbitraria del legislador, sino una disciplina instrumental de la conducta al servicio de los fines humanos. El derecho no es el amo del hombre, sino que, a la inversa, está a su servicio, desde que el hombre y sólo el hombre es el protagonista y destinatario del derecho: “*hominum causa omne jus constitutum est*”, decían los romanos.⁴

De aquí se sigue que el ordenamiento jurídico no puede dejar de “reconocer” —adviértase bien, “reconocer”— en todo hombre la calidad de persona o sujeto de derechos. Pues siendo el derecho una disciplina no autónoma, sino instrumental y auxiliar al servicio de los fines humanos; siendo regulación de conducta humana en alteridad, enderezada al bien común, no puede dejar de reconocer al hombre, cualquiera sea su condición o raza, el carácter de persona. Porque si a alguien se negase ese carácter padecería o se frustraría el bien común, que es lo que conviene a todos, y la convivencia resultante no sería propiamente jurídica, sino arbitraria imposición de un sistema infrahumano de vida.

Por tanto, el orden jurídico, para ser verdaderamente tal, exige la calidad de persona en todos los hombres. Es cierto que el derecho se ocupa del hombre en tanto en cuanto es agente de efectos jurídicos, y desde este punto de vista meramente descriptivo puede aceptarse como acertada la definición legal. Pero a condición de tener bien presente que el derecho, para responder a su finalidad esencial, no puede dejar de “reconocer” la personalidad jurídica del hombre.

317. — Contra lo expuesto en el número anterior podría argüirse, con la experiencia histórica de los regímenes positivos que admitieron la esclavitud, lo que en teoría significa desconocer al esclavo el carácter de “persona” del derecho. Pero nunca se trató de una negación radical y absoluta en la vida jurídica. Porque la reprobación moral que suscita en la conciencia del hombre la negación total de derechos a algunos semejantes suyos hizo que por imperio de la costumbre o *derecho consuetudinario*, que tantas veces modera la exageración del derecho escrito, se reconocieran a favor de los esclavos algunos derechos, con lo cual se admitió de algún modo, por limitado que fuera, su personalidad. Es decir, que vino a ocurrir una suerte de divorcio entre la vida efectiva del derecho y la dogmática jurídica. Así en Roma se seguía afirmando enfáticamente por los textos “*servus nullum caput habet*”, el siervo no es persona; pero los hechos, y hasta algunos textos también, introducían diversas excepciones a esa afirmación, con lo que venían

⁴ *Digesto*, L. 2, De st. hom. 1, 5.

a restarle su significación absoluta, que era intolerable, excepciones que resultaban urgentes por este dato elemental: el esclavo era también un ser humano, es decir, "algo de naturaleza muy diferente de las cosas".⁵ Por ello se reconocían los vínculos de sangre (*cognatio servilis*) que originaban impedimentos matrimoniales; el esclavo podía contraer deudas que se consideraban "obligaciones naturales"; y el derecho consuetudinario, ya en plena contradicción con la regla escrita, reconoció al esclavo como dueño de su "peculio", con el cual podía rescatar su libertad.

Esto muestra que los aludidos regímenes históricos de admisión de la esclavitud, aunque muy imperfectos, con todo fueron "derecho" en la medida en que reconocieron en todos los hombres la calidad de personas para los fines primordiales de la vida.

318. LOS ANIMALES Y LOS MUERTOS COMO SUJETOS DE DERECHO.
— Decíamos anteriormente que sólo el hombre es el protagonista y destinatario del derecho.

Por ello en vano se pretenderá, aun hipotéticamente, conceder la "personalidad" a los *animales* o a los *muertos*.

Cuando se protege a los animales contra la crueldad eventual de los hombres se lo hace en mira de éstos para corregir o rectificar sus malos sentimientos. Cuando se veda la caza o la pesca en ciertos lugares y épocas se lo hace en resguardo de los intereses económicos, siempre humanos, que podrían resultar afectados por un exterminio sin tasa. Igualmente la prohibición de las corridas de toros no se propone el bien de estos animales, sino impedir en los espectadores el desarrollo de sentimientos de crueldad, por juzgarlos inmorales o socialmente peligrosos.⁶

En cuanto a los muertos, Demogue pensaba que podía reputárseles "semipersonas", y de ahí las reglas protectoras de su memoria y que castigan las profanaciones de sus despojos.⁷ A nosotros nos parece haber contradicción en la admisión de una categoría que importa la existencia de sujetos de derecho a medias, por no ser esta calidad susceptible de gradaciones: se es o no persona. Lo que admite grado no es la personalidad, sino la capacidad.

Por lo demás, cuando se protege la memoria y el honor de los muertos se lo hace en mira de los parientes vivos que sufren en sí mismos el ultraje hecho a sus seres queridos desaparecidos⁸ y también en

⁵ Orgaz A., *op. cit.*, p. 26, texto a la nota 3.

⁶ Conf. Arauz Castex, M., *op. cit.*, nº 346, p. 192.

⁷ R. Demogue, *La notion de sujet de droit*, "Revue Trim. de Droit Civil" año 1909, p. 631.

⁸ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 22, nota 33.

mira de la sociedad, que no puede asistir impasible al vilipendio de los fallecidos, ni estimular con su pasividad las pasiones malsanas.

319. ESPECIES DE PERSONAS. — Nuestro ordenamiento jurídico “reconoce” dos especies de personas: 1º) Las personas de existencia visible; y 2º) Las personas de existencia ideal. Así lo dice el art. 31, parte primera, del Código: “*Las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible...*”

320. PERSONAS DE EXISTENCIA VISIBLE. — Las define nuestro código en el art. 51: “*Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible*”.

La fórmula muestra el exceso de definiciones que al Código Civil caracteriza. Sin duda, si hay algo de intuición inmediata y que no requiere definición, menos en un cuerpo de leyes, es el propio ser humano, aquí aludido en forma bastante pueril, con resonancia de antiguos prejuicios sobre la existencia de monstruos o prodigios que pudieran nacer de la mujer.

En cuanto a la terminología “persona de existencia visible” es inventada por Freitas (art. 17 del *Esbozo* y su nota). No ha hecho camino en la doctrina ni en los ulteriores cuerpos de leyes. Por lo general se usa la denominación de “personas físicas” (Bonnecase, Crome, Stolfi, Rubbiani, Proyecto de ley sobre el nombre aprobado por el Senado en el año 1948), o también “personas individuales” (Sternberg, Orgaz), o “humanas” (Planiol, Josserand, Colin y Capitant), o “naturales” (Savigny, von Tuhr, Oertmann, Windscheid, Biliboni, Proyecto de 1936, Anteproyecto de 1954). Ninguna de esas denominaciones está exenta de crítica, pero como en materia de terminología lo importante es el curso de ella, nos atendremos de ordinario a esta última, que parece haber ganado los mayores adeptos.

321. PERSONA Y HOMBRE. — De acuerdo a nuestro código todos los hombres son reconocidos en el carácter de “personas” (conf. arts. 31 y 51 del Cód. Civil). Con ello el codificador ha logrado un adecuado ordenamiento jurídico

conformado a los principios básicos instituidos por la Constitución Nacional que garantiza la igualdad de todos los habitantes ante la ley (art. 16, Const. Nac.).

Pero esta igualdad de los hombres en cuanto "personas" no exige un tratamiento igualitario de todos en cuanto a su "capacidad" Supuesta la "personalidad" de todos los hombres que por esto el derecho se limita a reconocer, puede convenir y de hecho conviene para la mejor obtención del bien común, un tratamiento diferencial de la "capacidad" de cada cual en función de las mil circunstancias en que el hombre puede encontrarse. Así, pues, es perfectamente compatible el reconocimiento de la personalidad de todos los hombres, con la múltiple diversidad de la capacidad de cada cual, siempre que la restricción de que se trate no comporte un desconocimiento de cierto grado de aptitud que no podría negar la ley sin incurrir en arbitrariedad odiosa, y dejar por tanto de ser derecho.

322. PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL. — Junto a las personas visibles o naturales, el derecho considera también sujetos de derecho a personas morales o colectivas, las llamadas "personas jurídicas".

Cuando reconoce este segundo tipo de personalidad, no procede el legislador arbitrariamente ni deja de lado la idea básica según la cual "hominum causa omne jus constitutum est". Tampoco inventa nada, ni crea un sujeto ficticio, inexistente en la realidad de las cosas, como pensaba el ilustre Savigny y con él todos los teóricos de la ficción. No: lo que ocurre es que en tales supuestos, la ley se atiende al hombre como en verdad es atendiendo especialmente a su naturaleza social. Como observa Michoud, siendo el hombre un ser social se agrupa con otros semejantes que tienen con él intereses afines. De donde para que el derecho siga llenando su función al servicio del hombre en la consecución de sus fines ha de "garantir y elevar a la dignidad de derechos subjetivos los intereses colectivos y permanentes de los grupos humanos".⁹ Pero reconocer la legitimidad del interés del grupo implica reconocer su personalidad.

En suma si el ordenamiento jurídico "reconoce" en el ser humano el carácter de "persona" para la obtención de fines vitales, debe igualmente reconocer el mismo carácter en sustratos compuestos por más

⁹ L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, París, 1906, t. I, n° 52.

de un individuo humano, formados por el ingénito apetito gregario que arraiga en la esencia del hombre para la más cumplida satisfacción de sus fines vitales. El modo por el cual puedan expresarse estos nuevos sujetos de derecho es asunto de mera técnica jurídica. Lo importante es anotar cómo la personalidad no es una creación del legislador, sino el mero reconocimiento de un sustrato humano provisto por la misma naturaleza de las cosas y apto para la vida jurídica.

323. PLAN A SEGUIR. — Formulada la distinción de las dos clases de personas pasamos a estudiar cada una de ambas categorías.

De las personas de existencia visible trataremos seguidamente acerca del comienzo de la personalidad, y en los lugares oportunos de los atributos de esta clase de personas, a saber, el nombre, el estado, la capacidad y el domicilio.

En cuanto a las personas de existencia ideal, remitimos para su estudio a los núms. 1053 y siguientes.

Finalmente del patrimonio, por ser un atributo común a una y otra categoría de personas, trataremos luego de concluido el estudio particular de ellas (véase *infra*, núms. 1286 y ss.).

II. — PERSONA POR NACER *

324. COMIENZO DE LA PERSONALIDAD. — En nuestro derecho se reconoce la existencia de la personalidad humana desde la concepción del ser en el claustro materno. Así lo dice el art. 70: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas . . .”. Consecuentemente el art. 63 del mismo Código declara: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”.

En esta forma Vélez adapta el derecho a la realidad biológica. Pues desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de la especie humana que existe antes del nacimiento ya que este hecho sólo cambia,

* BIBLIOGRAFÍA: Sebag, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, París, 1938; Buteler, J., *Personas por nacer*, “Bol. Inst. Derecho Civil”, Córdoba, jul.-dic. 1952, ps. 104 y ss.

aunque substancialmente, el medio en que se desarrolla la vida del nuevo ser.

Esto explica satisfactoriamente por qué se castiga el aborto premeditado como un delito incriminado por el art. 85 del Código Penal, y por qué en los países en que existe la pena de muerte se suspende la ejecución de las mujeres encintas hasta después del alumbramiento. Por estos argumentos que desarrolla Freitas en la nota al art. 221 de su *Esbozo* el juriconsulto brasileño se apartó del sistema general del derecho romano, seguido todavía por las legislaciones posteriores, según el cual se ubica el momento inicial de la existencia de las personas en el día de su nacimiento. Vélez aceptó el punto de vista de Freitas y adelantó el momento inicial de la vida humana, para el derecho, hasta cubrir el período de la concepción (ver *infra*, nº 345).

325. CRÍTICA DE ORGAZ. — Este autor ha criticado el sistema del Código sosteniendo que no está de acuerdo con el concepto de persona humana “que alude al hombre sólo después del nacimiento, es decir, cuando ha adquirido *vida individual y autónoma*”. Entiende Orgaz que el sujeto debe ser autónomo de otro cualquiera.¹⁰ Por lo demás, no le resultan concluyentes los argumentos de Freitas aceptados por Vélez

la personalidad y piensa que ese razonamiento parte del equívoco de asimilar vida humana con persona humana. “Es indudable —dice— que la vida humana comienza con la concepción, pero otra cosa es establecer desde cuándo existe persona humana, concepto éste más estricto y que supone, según dijimos, la *vida individual y autónoma*: desde la concepción hay «vida» humana, pero sólo desde el nacimiento hay «persona», porque solamente desde este momento se dan aquellas notas características.¹¹

326. POSICIÓN DE LA GENERALIDAD DE LA DOCTRINA. — En general la doctrina nacional ha aprobado el punto de vista sustentado por Freitas y el codificador, postura que no ha variado después de conocida la anterior crítica de Orgaz.¹²

¹⁰ Orgaz A., *op. cit.*, p. 32.

¹¹ Orgaz A., *op. cit.*, p. 34, nº 3.

¹² Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, nº 226, p. 212; Spota, A. G., *Tratado...* vol. 32, nº 727, p. 48; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 348, p. 193; Busso, *op. cit.*, t. I, art. 70, núms. 10 y 11, p. 459; Bibiloni J. A., *Observaciones y Actas, Reforma del Código Civil*, t. I, ps. 172 y ss.; Buteler J. A., *Personas por nacer*, “Bol. Inst. Der. Civ. Córdoba”, julio-dic. 1952, p. 109; López Olaciregui, su anotación a Salvat, t. I, nº 386-c, p. 382.

Es que no hay manera de aceptar la discriminación pretendida entre vida humana y persona humana, puesto que no hay otro modo de ser hombre sino invistiendo el carácter de persona humana que nos comunica la infusión del alma que Santo Tomás define como el principio primero por el cual vivimos, sentimos, nos movemos y entendemos.¹³ Pues si el hombre es el compuesto de alma y cuerpo, no se advierte qué clase de vida humana puede haber que no sea presidida por el alma.

Esto no está contradicho por la experiencia de que el alma no se manifiesta por sus operaciones espirituales mientras dura la vida intrauterina, puesto que tales operaciones sólo aparecen tardía y paulatinamente bastante tiempo después del nacimiento. Y, sin embargo, no se duda de la existencia del alma desde el nacimiento del ser humano, si bien ella requiere un cierto crecimiento físico del ser para que se trasnten sus operaciones espirituales.

Desde el punto de vista puramente jurídico se ha observado que cuando hay alguien en cuyo favor puede invocarse el amparo actual de la justicia, ese alguien es una persona.¹⁴

327. LOS PROYECTOS DE REFORMA.— Acerca de este punto los proyectos de reforma han mantenido el sistema del Código vigente: Anteproyecto Bibiloni, arts. 30 y 31, primera redacción; arts. 28 y 29, segunda redacción; Proyecto de 1936, art. 14; Anteproyecto de 1954, art. 22; Anteproyecto De Gásperi, art. 1º.

328. LEGISLACIÓN COMPARADA.— El derecho extranjero ha seguido fiel a las tradiciones romanas y continúa considerando, en general, que el comienzo de la personalidad humana tiene lugar en el momento del nacimiento, principio que sólo se altera por la ficción de tener al concebido por nacido cuando se trata de alguna adquisición a favor suyo. Tal lo que deciden los códigos francés, arts. 725 y 906; cód. español, art. 29; cód. alemán, arts. 1º, 1923, 2043, ap. 2º; 2141, 844, 2108 y 2178; cód. italiano, art. 1º; cód. brasileño, art. 4º; cód. mejicano, art. 2; cód. peruano, art. 1º; cód. venezolano, art. 17; cód. portugués de 1966, art. 66.

329. PERSONALIDAD CONDICIONAL.— Aun en nuestro sistema legal el hecho del nacimiento tiene también trascendencia respecto de la personalidad adquirida anteriormente por la persona "por nacer".

¹³ Véase Hugon E., *Las veinticuatro tesis tomistas*, Bs. As., 1946, p. 145 y siguientes.

¹⁴ Busso, *op. cit.*, *loc. cit.*, nº 11.

En efecto, el art. 74 del Código dispone refiriéndose a los seres por nacer que “*si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido*”.

Esto significa que el hecho del nacimiento sin vida actúa como una condición resolutoria de la personalidad del “nasciturus”. O dicho de otra manera, la personalidad de la persona por nacer no es perfecta sino imperfecta en cuanto está subordinada a la condición resolutoria del nacimiento sin vida. Por el contrario el nacimiento con vida de la persona no ejerce ninguna influencia sobre su personalidad preexistente.

330. CONDICIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA “POR NACER”. — Por aplicación de las nociones que acabamos de estudiar podemos resumir la situación jurídica de la persona concebida en el seno materno, en la siguiente forma, ya atendiendo a su personalidad, ya considerando su capacidad:

a) Desde el punto de vista de la *personalidad* el concebido es “persona” para el derecho, pero ostenta esa investidura “sub-*conditio-
ne*” (véase *supra*, n° 329).

b) Desde el punto de vista de la *capacidad de hecho* es persona absolutamente incapaz (art. 54, inc. 1°, Cód. Civ.), ya que no puede celebrar por sí mismo acto alguno. Su representante es quien ejerce sus derechos.

c) Desde el punto de vista de la *capacidad de derecho* es persona de capacidad restringida. En principio goza de amplia capacidad para adquirir bienes pero según la generalidad de la doctrina no para obligarse. Es siempre la vieja idea según la cual se confiere personalidad a la persona “por nacer” para favorecerla, pero no para imponerle gravámenes a cargo suyo. Nosotros pensamos que la afirmación no traduce exactamente la situación del “por nacer”.

Veremos el desarrollo de este punto en el número siguiente y en el n° 344.

331. DERECHOS QUE PUEDEN ADQUIRIR. — Sobre esta materia encontramos un precepto del código exageradamente restrictivo que no traduce exactamente la capacidad de derecho de la persona “por nacer”.

Según el art. 64 *“tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia”*.

Pareciera, pues, reducirse la capacidad de derecho de estas personas a la adquisición de bienes por ese doble título. Pero no es así.¹⁵ En realidad esta mención de la donación o herencia es una alusión a los supuestos ordinarios que habrán de motivar la representación de estos incapaces, pero no tiene el sentido de negar otras fuentes de adquisición de bienes en favor de ellos, pues no habría razón alguna para someter a estas personas a una situación tan injusta.

Por esto la doctrina más moderna concuerda en enunciar una serie de hechos jurídicos que pueden dar lugar a la adquisición de bienes en favor de la persona por nacer.¹⁶ Nos referiremos a ellos, seguidamente.

332. a) BIENES ADQUIRIDOS POR DONACIÓN O HERENCIA. — A este respecto no hay la mínima duda ante lo expresado en el art. 64 antes transcrito y lo prevenido en los arts. 1789, 3290 y 3733.

333. b) BIENES ADQUIRIDOS POR VÍA DE LEGADO. — Tampoco hay duda sobre esto, porque el art. 3733 dice: *“Pueden adquirir por testamento todos los que, estando concebidos al tiempo de la muerte del testador, no sean declarados por la ley incapaces o indignos”*.

El legado es la sucesión por causa de muerte, a título singular, en cuyo supuesto el legatario no tiene como el heredero una vocación o llamado a la totalidad de la herencia, sino sólo a los objetos particulares a que el legado se refiere.

334. c) BIENES QUE SE ADQUIEREN POR EL CARGO IMPUESTO A UN TERCERO. — El cargo es la obligación accesoria que se impone al adquirente gratuito de un derecho. Por tanto, si alguien efectúa una enajenación gratuita de bienes a favor de otro, imponiéndole el cargo de satisfacer una cierta prestación a una persona por nacer, ésta adquiere el beneficio correspondiente que para ella constituye una liberalidad, a la que habría que extender por analogía lo dispuesto en los arts. 64 y 504 del Código Civil.

¹⁵ Adviértase que el art. 64 no tiene por objeto referirse a la capacidad de derecho de las personas por nacer sino que incidentalmente alude a ella al tratar del modo de suplir la incapacidad de hecho de que adolecen, de manera absoluta.

¹⁶ Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n.º 353, ps. 195 y 196; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n.º 476, ps. 376-8; López Olaciregui, su anotación a Salvat, t. I, n.º 358-A, p. 363, VI.

335. d) ACCIONES DE ESTADO. — La persona por nacer dispone de las acciones pertinentes para acreditar el estado civil que le corresponde, v.gr., su filiación paterna.¹⁷ A esta conclusión se llega partiendo del art. 322 del Código Civil, que autoriza implícitamente al padre a reconocer a su hijo antes del nacimiento. Pero como lo que es para aquél su derecho, es también su deber que le puede exigir forzosamente el hijo con arreglo al art. 325, se sigue que el hijo por nacer es titular de la acción de filiación, que será eventualmente ejercida por la madre o, si ésta fuere incapaz, por el curador que se le nombre (conf. art. 57, inc. 1º, Cód. Civ.).

Si bien es cierto que los arts. 322 y 325 han sido derogados por la ley 23.264, la conclusión expuesta resulta de igual manera de lo que ahora disponen los arts. 254 a 257, y en especial el art. 258 que autoriza a “impugnar preventivamente la paternidad del hijo por nacer”.

336. e) ALIMENTOS. — La persona por nacer tiene derecho a reclamar alimentos de sus parientes que sean deudores de la respectiva prestación (conf. arts. 367 y ss. del Cód. Civ.).¹⁸

Si la madre ha obtenido la prestación de alimentos ya no podrá reiterar el reclamo en nombre del hijo concebido, puesto que el problema alimentario es prácticamente el mismo.¹⁹ Con todo, podrá computarse la situación del embarazo para aumentar la cuota.²⁰

Si la madre no ha reclamado alimentos para sí, por carecer de derecho o no desear ejercerlo, siempre podrá articular la acción en nombre del hijo concebido que tenga derecho a los alimentos.²¹

337. f) DAÑOS Y PERJUICIOS POR ACTO ILÍCITO COMETIDO CONTRA SUS PARIENTES. — La persona por nacer puede resultar damnificada por el hecho ilícito de que fuere víctima un tercero, y en tal caso tiene acción contra el responsable para obtener el resarcimiento del daño (conf. arts. 1079, 1084 y 1109 del Cód. Civ.). Sobre esto no puede haber dificultad, aun cuando no se ha planteado caso alguno en los anales de jurisprudencia, porque sería inexplicable que por fallecimiento del padre pudieran beneficiarse los hijos ya nacidos y no el concebido para obtener la reparación correspondiente. Aquí es de rigor la

¹⁷ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 476, ao. b), p. 376; Lafaille H. *Familia*, nº 464 bis, p. 337; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 353, p. 195, 4º; Busso E., *op. cit.*, t. II, art. 325, nº 184, p. 739.

¹⁸ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 476, p. 376, ap. c); Spota A. G., *Tratado...*, t. I, vol. 32, nº 717, p. 22.

¹⁹ Conf. autores citados en nota anterior.

²⁰ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 377.

²¹ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, *loc. cit.*

aplicación del principio interpretativo "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus".²²

338. g) **DAÑOS Y PERJUICIOS POR ACTOS ILÍCITOS COMETIDOS CONTRA ELLOS.**— La persona por nacer puede ser directamente damnificada por un acto ilícito y por aplicación de los principios generales debe admitirse su acción por resarcimiento del daño. Es la situación que se ha presentado en algunos casos jurisprudenciales extranjeros. Así el resuelto por la Suprema Corte de Ottawa: una mujer embarazada sufrió un accidente y a consecuencia del mismo dio a luz anticipadamente un niño con los pies deformes por causa del accidente. El tribunal hizo lugar a la acción interpuesta por el damnificado contra el responsable del accidente.²³

La Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York resolvió, el 6 de diciembre de 1951, un caso similar en igual sentido, volviendo sobre una jurisprudencia anterior del mismo tribunal.²⁴

339. h) **DERECHOS EMERGENTES DE LEYES SOCIALES.**— Las pensiones que en caso de muerte del trabajador conceden las leyes a favor de sus hijos no distinguen entre nacidos o concebidos. Por tanto, las personas por nacer son titulares de tales derechos, ya en concurrencia con sus hermanos, ya a título exclusivo si no hay otros beneficiarios de la pensión.²⁵

340. i) **DERECHOS PROVENIENTES DE ESTIPULACIONES EFECTUADAS POR OTROS.**— Es el caso de los seguros que no han dado lugar a discusión en la jurisprudencia francesa²⁶ y que no habría motivo alguno para dudar de su procedencia en nuestro derecho (conf. art. 504, Cód. Civ. y arts. 82 143 y 145 de la ley 17.418).

341. j) **DERECHOS ACCESORIOS A LOS BIENES DEL CONCEBIDO.**— Las personas por nacer tienen a su favor los derechos que sean acceso-

²² Arauz Castex M., *op. cit.*, n° 353, p. 196, ap. 5°; Borda G. A., *op. cit.*, n° 476, p. 377, ap. d); Orgaz A., *op. cit.*, p. 33, n° 2, nota 5.

²³ Ver este caso en Sébag, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, París, 1938, p. 117. Conf. Spota A. G., *Tratado...*, t. I, vol. 32, texto a la nota 105, p. 53, n° 731; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 476, p. 377, ap. e).

²⁴ Caso comentado por P. Eder y F. Uño, *Responsabilidad civil por daños prenatales en el derecho de Estados Unidos y comparado*, en "L. L.", t. 67, p. 878.

²⁵ Conf. Arauz Castex, *op. cit.*, t. I, n° 353, p. 196, ap. 6°.

²⁶ Conf. Sébag, *op. cit.*, p. 114, quien cita varios fallos de la jurisprudencia francesa en el sentido del texto.

rios a los bienes recibidos por cualesquiera de las causas precedentes. Por ejemplo, si la persona por nacer heredase una casa de renta, será titular de los derechos que competen al locador respecto de los inquilinos; si recibiese objetos perecederos o cuyo destino fuere la venta, tales como cosechas, crías de ganados, ciertas mercaderías, como frutas de estación, podrá beneficiarse con el producido de la venta de tales cosas, etcétera.²⁷

342. CARÁCTER ENUNCIATIVO DE LA ENUMERACIÓN PRECEDENTE. — Advertimos que la enumeración de derechos de que puede ser titular la persona por nacer, efectuada en los números anteriores, tiene un mero carácter enunciativo para ejemplificar sobre su capacidad de derecho, que en realidad se extiende a todos los actos no prohibidos por la ley. Es lo que resulta de lo dispuesto en el art. 53 del Código que, refiriéndose a las personas de existencia visible, desde el ángulo de su capacidad de derecho, dice que *“les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política”*. Esta regla general también favorece a las personas por nacer, porque no hay prohibición concreta alguna a su respecto.

343. RESOLUCIÓN EVENTUAL DE LOS DERECHOS EXPRESADOS. — En consonancia con el carácter condicional de la personalidad de que goza la persona por nacer —véase *supra*, n^o 329—, todos los derechos adquiridos por ella están bajo la amenaza de su nacimiento sin vida.

De ahí que el art. 70 luego de contemplar que *“... antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido”*, agregue: *“Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuere por instantes después de estar separados de su madre”*.

Ésta es la incidencia que tiene el nacimiento sobre la existencia de los derechos mencionados. Si ocurriere el nacimiento sin vida, tal hecho destituye de su personalidad a la persona por nacer, retroactivamente, de tal manera que se considera *“como si nunca hubiera existido”* (art. 74, *in fine*, Cód. Civ.). Si contrariamente naciere con vida,

²⁷ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n^o 353, p. 196, ap. 7^o; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n^o 476, ap. g), p. 378.

tal hecho importa la frustración de la condición resolutoria que pendía sobre la personalidad de la persona por nacer y consiguientemente amenazaba la adquisición de sus derechos, que desde ya resultarán definitivamente consolidados. Tal el sentido del art. 70, segunda parte, antes transcripto.

344. OBLIGACIONES.— La doctrina de los autores entiende que las personas por nacer carecen de capacidad de derecho para contraer obligaciones a menos que éstas sean accesorias de los derechos adquiridos.²⁸

Nosotros no participamos de esta opinión y pensamos que la capacidad de derecho de las personas por nacer es problema que se plantea y resuelve conforme a los principios generales, es decir, ella queda excluida sólo cuando existe alguna norma expresa en tal sentido (conf. art. 53, Cód. Civ., y lo dicho *supra*, n° 342).

Para nosotros la posibilidad de imputar obligaciones a la persona por nacer depende del funcionamiento de su incapacidad absoluta de hecho y de la manera correcta de suplirla. De modo que si su representante legal ha contraído alguna obligación a nombre suyo, dentro de las facultades legales correspondientes, la persona por nacer resultará obligada y, si no, no. Lo mismo que ocurre respecto a otros incapaces de hecho también absolutos, como los dementes. Realmente no advertimos razón alguna para que el tratamiento de las personas por nacer y de los insanos interdictos deba ser diferente acerca de este punto.

Por ello concluimos que, a menos de que concurra alguna disposición expresa limitativa de la capacidad de derecho de la persona por nacer para contraer obligaciones —ya hemos visto que no tiene ese alcance el art. 64 del Cód. Civ., en *supra*, n° 331—, ella está habilitada para soportar las consecuencias de los actos de sus representantes legales que hayan obrado en el límite de sus facultades. No se trata de ausencia de capacidad de derecho, sino de procedencia o improcedencia de la imputación de los actos cumplidos por su representante a la persona por nacer.

Esta postura es la única que permite el normal desarrollo de la administración de los bienes de la persona por nacer. Sabido es que toda gestión patrimonial obliga al gestor a contraer las obligaciones que exige la misma explotación de los bienes, tales como contratación de servicios, de obras, etc. Si se admitiera la incapacidad de derecho de la persona por nacer, no habría manera de suplir la imposibilidad legal

²⁸ En este sentido hay conformidad de la doctrina nacional: Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 477, p. 378; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 354, p. 196; Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 32, n° 717, p. 21; Orgaz, A., *op. cit.*, p. 174, nota 2; Salvat R., *op. cit.*, n° 722. n. 331-2

para efectuar aquellos actos, con el consiguiente estancamiento y perjuicio en la explotación de los bienes.²⁹

III. — CONCEPCIÓN Y EMBARAZO. MEDIDAS AUTORIZADAS DURANTE ESTE PERÍODO

345. CONCEPCIÓN. — Se denomina concepción al hecho biológico de la formación de un nuevo ser en el seno materno. Marca el momento inicial de la vida humana y asimismo de reconocimiento de la personalidad jurídica del nuevo ser.

Como se trata de un hecho que transcurre en el mayor misterio, y por su índole no sería admisible su verificación mediante investigaciones en el cuerpo de la posible madre, la ley valiéndose de una experiencia secular sobre la normal duración del embarazo de la mujer y partiendo del día del nacimiento, ha llegado a fijar cierto período dentro del cual necesariamente ha debido tener lugar la concepción de una persona determinada. Es el *período o época de la concepción*.

346. IMPORTANCIA DE LA FIJACIÓN DE ESTE PERÍODO. — La importancia de esta determinación es fundamental para establecer la suerte de los derechos que pudiere haber adquirido el concebido y para fijar el estado de familia de éste.

347. — a) Los derechos adquiridos por la persona por nacer quedarán desvanecidos si en función de la fecha de nacimiento de esa persona se llega a establecer que la transmisión de los derechos se produjo antes de la época de la concepción, pues en tal situación ha faltado el sujeto que pudiese recibir los bienes de que se trate. Por ejemplo, si el 1º de enero se deja un legado a favor de una persona a quien se tiene

²⁹ No obstante lo dicho en el texto, al redactar el art. 23 del Anteproyecto de 1954 incurrimos en el error de limitar la capacidad de derecho de la persona por nacer a la adquisición de bienes por donación, herencia o legado, siguiendo el ejemplo del Anteproyecto Bibiloni (art. 31, primera redacción; art. 29, segunda redacción) y del Proyecto de 1936 (art. 16). Una nueva reflexión sobre el punto nos ha persuadido de que tal limitación no es adecuada.

por concebida en el seno materno, y luego tal persona nace el 15 de noviembre, el legado caducará por falta de beneficiario, pues la época de la concepción del nacido queda ubicada por aplicación de las reglas que luego se expondrán —véase *infra*, n° 349— entre el 19 de enero y el 18 de mayo, ambas fechas incluidas.

348. — *b*) Igual importancia tiene la época de la concepción para determinar el estado de familia de la persona nacida. Así si el período de la concepción cae antes de la celebración del matrimonio de la madre o después de su disolución, el hijo no será tenido como legítimo (conf. art. 243, Cód. Civ., texto según la ley 23.264). Si la viuda contrajere nuevas nupcias y diese a luz antes de los trescientos días siguientes a la celebración del segundo matrimonio, dependerá de la ubicación de la época de la concepción para que se impute el hijo al primer esposo o al segundo (conf. art. 244, Cód. Civ., texto según la ley 23.264). Finalmente será sin valor el reconocimiento de hijo, efectuado antes del nacimiento, si la época de la concepción del hijo nacido cae después de la fecha del reconocimiento.³⁰

349. DETERMINACIÓN DEL PERÍODO DE LA CONCEPCIÓN. — Para establecer en el tiempo el período o época de la concepción, la ley aplica nociones empíricas de larga data sobre la duración máxima y mínima del embarazo de la mujer, las que indican que no hay embarazo que dure más de 10 meses ó 300 días ni menos de 6 meses ó 180 días. Por tanto superponiendo ambos cómputos queda libre un período de 120 días, durante el cual ha debido tener lugar necesariamente la concepción de la persona nacida.

Esto es lo que determina el código en sus arts. 76 y 77 que dicen así. Art. 76: “*La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el maximum y el minimum de la duración del embarazo*”. Art. 77: “*El máximo de tiempo del embarazo se presume que es el de trescientos días, y el mínimo de*

³⁰ Pensamos que el reconocimiento de hijo por nacer es un acto sujeto a una condición resolutoria —el no nacimiento en tiempo propio— similar a la que afecta la propia personalidad jurídica del concebido. Por tanto si transcurre más de trescientos días y no se produce el nacimiento del concebido el reconocimiento de la filiación queda resuelto por cumplimiento de la condición resolutoria de que dependía aquel reconocimiento.

ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento. Esta presunción admite prueba en contrario" (texto según la ley 23.264).

Consiguientemente, para fijar el período de la concepción de una persona es menester esperar a que ocurra su nacimiento. Ocurrido este hecho, por ejemplo el 15 de noviembre, se excluye ese día, y se cuentan para atrás 180 días, llegándose así al 18 de mayo. De la misma manera se cuentan 300 días, y así se llega al 19 de enero. Como de acuerdo a la regla general la concepción queda ubicada entre el máximo y el mínimo del embarazo, en este ejemplo ha de suponerse que la persona nacida el 15 de noviembre fue concebida entre el 19 de enero y el 18 de mayo del mismo año, ambas fechas inclusive.

Estas presunciones eran "juris et de jure", es decir no admitían prueba en contrario. Por tanto inútil era pretender acreditar que en el caso dado el embarazo duró más de 300 días o menos de 180 días, con la consecuencia de ampliar el período de la concepción a más de los 120 días admitidos por la ley.

Como se ha hecho notar, la ley 23.264 atenuó la rigidez de la presunción de concepción admitiendo la prueba en contrario, recogiendo así las críticas de nuestra doctrina que señalaba que los adelantos científicos permiten demostrar la posibilidad del nacimiento antes de 180 días o después de 300 días de la concepción, y por otro lado, que el mantener el carácter absoluto de la presunción atenta no sólo contra la verdad biológica sino también contra la legitimidad, impidiendo adecuar el caso concreto a una solución de justicia.^{30 b1}

350. LEGISLACIÓN COMPARADA. — La mayor parte de los códigos de nuestro tiempo siguen iguales cálculos a los expresados, para fijar la época de la concepción de las personas: cód. Napoleón, art. 312; cód. español, art. 108; cód. suizo, arts. 252, 254 y 255; cód. italiano, art. 230, y cod. venezolano, art. 197.

Todos estos códigos, como el nuestro, han aceptado las viejas reglas del derecho romano y de la legislación de Partidas.³¹

En un rumbo disidente se ubican los códigos alemán y el antiguo código peruano, vigente hasta el año 1936. El primero fija el embarazo máximo en 302 días (art. 1562) y el segundo lo llevaba hasta 304 días (art. 222). Consiguientemente el período de la concepción se amplía en esas legislaciones hasta 122 y 124 días, respectivamente.

Entre nosotros, Salvat ha propiciado la adopción del plazo máximo del código alemán en razón de que la ciencia médica habría de-

^{30 b1} Conf. Méndez Costa y colaboradores, *Derecho de Familia*, t II, pag. 12

³¹ *Digesto*, Libro I, tít. 5, Ley 12; Partida 4^a, Ley 4, Tít. 23

mostrado que en algún caso el período de la gestación llegó a insumir ese lapso.

351. LOS PROYECTOS DE REFORMA. — Mantienen los plazos establecidos por el Código Civil: Anteproyecto Bibiloni, arts. 39 y 40 de la primera redacción, art. 37 de la segunda; Proyecto de 1936, art. 15; Anteproyecto de 1954, art. 26.

Creemos prudente el criterio que exhiben estos proyectos por no haberse comprobado científicamente la prolongación del embarazo de la mujer más allá de los 300 días.

352. EMBARAZO. — El embarazo es el estado biológico de la mujer que ha concebido, mientras dura el período de la gestación.

En el derecho importa saber cómo se acredita ese estado por la incidencia del mismo en las relaciones jurídicas pendientes susceptibles de afectar la situación del concebido, institución de la representación de éste, etc.

La prueba del embarazo se establece por la simple denuncia de ese estado, por cualquier persona interesada, sin que quepa discusión o controversia sobre el punto.

Es lo que expresa el art. 65 del Código: *Se tendrá por reconocido el embarazo de la madre por la simple declaración de ella o del marido, o de otras partes interesadas.*

Por consiguiente, basta la simple denuncia de parte interesada para que se tenga por comprobada, provisionalmente, la existencia del embarazo, y para que se proceda a la institución de representante, si hubiere interés en ello por la necesidad de gestionar algún derecho patrimonial actual del concebido. Tal vez la denuncia resulte falsa, pero con todo la ley ha preferido correr ese riesgo antes que tolerar discusiones que darían lugar a la adopción de medidas lesivas para la dignidad de la mujer, las que pueden obviarse remitiendo la dilucidación del punto a lo que diga el solo transcurso del tiempo que aclarará si el embarazo era o no efectivo, a la época de la denuncia.

353. QUIÉNES PUEDEN SER DENUNCIANTES. — Según lo dispuesto en los arts. 65 y 66 del código, pueden proceder a la denuncia del embarazo, las siguientes personas:

1º) La madre de la posible criatura concebida (conf. art. 65) que es quien está en mejores condiciones para conocer el hecho denunciado.

2º) El *marido* de la madre embarazada (conf. art. 65) que conforme a la presunción “*juris tantum*” del art. 243 (texto según la ley 23.264) resulta ser el padre de la criatura. Se comprende entonces, que se admita su denuncia, porque tocándole a él la representación del “*por nacer*” (conf. art. 57, inc. 1º), nadie puede haber más indicado para proveer al cuidado de los intereses de la criatura.

3º) “*Los parientes en general del no nacido . . .*” (art. 66, inc. 1º). La ley no distingue clases de parentesco ni grados. En cuanto a lo primero, por tanto, se ha de entender que comprende tanto a los parientes legítimos cuanto a los ilegítimos de la madre, o del padre que haya reconocido como hijo al “*por nacer*”. En cuanto a lo segundo, consideramos con Spota, que se refiere a parientes en grado sucesible, pues más allá para la ley ya no se puede hablar de parentesco desde que la relación familiar carecería de todo efecto jurídico.³²

4º) “. . . y todos aquellos a quienes los bienes hubieren 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”. Los aquí aludidos són los herederos o legatarios del marido, que aun teniendo un interés contrapuesto al de la persona “*por nacer*” pueden formular la denuncia del embarazo a fin de pedir las medidas autorizadas por la ley para impedir la suposición o sustitución del parto.

5º) “*Los acreedores de la herencia*” (art. 66, inc. 2º). Estos no tienen un derecho subordinado al nacimiento del concebido, pero se les permite la denuncia del embarazo para que pueda instituirse la representación de éste y ventilarse con el representante el cobro del crédito que tuvieren los acreedores sin necesidad de esperar hasta que ocurra el nacimiento.³³

6º) “*El Ministerio de Menores*” (art. 66, inc. 3º). Su mención se explica por ser el organismo al que se ha confiado la representación promiscua de todos los incapaces de hecho (conf. arts. 59, 491 y 494, Cód. Civ.) y por tanto ha de velar para que se provea al concebido del representante necesario que se ocupe en primer término del cuidado de sus intereses.

354. CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN PRECEDENTE. — Se ha en-

³² Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol.3², nº 722, p. 34; conf. Bibiloni J. A., su opinión en *Observaciones y Actas, Reforma del Código Civil*, t. I, p. 160.

³³ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, nº 235, p. 216; Salvat R., *op. cit.*, nº 377, p. 198, ap. 2º; Busso, E., *op. cit.*, t. I, arts. 65 y 66, nº 20, p. 453; Freitas, *Esbozo*, nota al art. 57.

tendido que la enumeración de las personas interesadas en la denuncia del embarazo es limitativa.³⁴

355. POSTERGACIÓN DE CONTROVERSIAS. — Como una consecuencia del sistema adoptado por el codificador de prueba del embarazo por la sola denuncia de algún interesado, se ha previsto la postergación de toda discusión sobre la existencia misma del embarazo o sobre la calidad de la filiación del concebido, hasta después del nacimiento de éste.

Es lo que establece el art. 67 del código en los siguientes términos: *“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. Tampoco podrán suscitar pleito alguno sobre la filiación del no nacido, debiendo quedar estas cuestiones reservadas para después del nacimiento”*.

El principio legal es tan terminante que los tribunales han considerado que los parientes del presunto padre natural de la persona por nacer, no pueden oponerse a que la mujer embarazada inicie la sucesión de aquél, antes del nacimiento del hijo.³⁵

Por otra parte la prohibición de toda discusión hasta que acontezca este nacimiento, alcanza a la misma mujer denunciada como embarazada, como resulta del art. 68 del Código: *“Tampoco la mujer embarazada o reputada tal, podrá suscitar litigio para contestar su embarazo declarado por el marido o por las partes interesadas, y su negativa no impedirá la representación determinada en este código”*.

355 bis. CUESTIÓN SOBRE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD. — En torno a la verificación del embarazo y del parto suelen entrar en conflicto el interés de la madre del concebido con el de los parientes del padre, especialmente si éste ha fallecido, pues la presencia del concebido puede alterar el orden sucesorio: así la esposa del causante no excluye de la herencia a los padres de éste que se llevan la mitad del

³⁴ Orgaz A., *op. cit.*, p. 278; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 359, p. 200 al final; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 235, p. 216, texto a la nota 324.

³⁵ Cám. Civ. 1°, “J. A.”, t. 59, p. 144.

caudal, pero si la esposa ha concebido, el hijo del causante excluye a sus abuelos quedando la herencia para repartirse por partes iguales entre el concebido y su madre (conf. arts. 3565, 3567, 3570 y 3571, Cód. Civ.). Todavía si la mujer embarazada no estaba casada con el causante, la existencia del hijo concebido puede provocar grandes alteraciones en la distribución de la herencia, pues no llegando a ocurrir el nacimiento o teniendo lugar el nacimiento sin vida, la persona del "por nacer" no será jurídicamente computable y entonces la herencia tocará a los ascendientes del causante y en defecto de éstos a los parientes colaterales del difunto (conf. arts. 3567 a 3569 y 3585 del Cód. Civ.). Pero si el concebido naciere con vida podrá heredar al causante en iguales condiciones que los hijos matrimoniales (conf. art. 3565 del Cód. Civ., texto según la ley 23.264).

Por tanto, en estas situaciones pueden ocurrir diversos fraudes que la ley ha de tratar de evitar a saber, la *supresión del parto* (muerte del niño en el acto del nacimiento) a lo que podría llegar una madre desnaturalizada para heredar exclusivamente sin contralor alguno a su marido; la *ocultación de parto* (desaparición de la criatura luego de nacida); la *suposición de parto*, que tendría lugar cuando luego de fingido el embarazo se fingiese también el parto aparentándose haber dado a luz una criatura, en verdad, extraña a la mujer; o la *sustitución de parto*, cuando sustituyese la mujer el hijo propio nacido muerto, por otro vivo ajeno a la madre.

Estos posibles fraudes hacen que a veces sea necesaria la adopción de medidas adecuadas para prevenirlos. Pero a este respecto han de distinguirse las medidas referentes a la comprobación de la efectividad del embarazo y de la efectividad del parto.

356. a) MEDIDAS TENDIENTES A VERIFICAR LA EFECTIVIDAD DEL EMBARAZO. — Estas clases de medidas están por completo radiadas de nuestro sistema legal. El art. 78 es terminante al respecto: "*No tendrá jamás lugar el reconocimiento judicial del embarazo, ni otras diligencias como depósito y guarda de la mujer embarazada . . . ni a requerimiento de la propia mujer antes o después de la muerte del marido, ni a requerimiento de éste o de partes interesadas*".

Esto significa que tratándose del reconocimiento del embarazo no hay lugar a la adopción de medida alguna, ni aún cuando contara con la conformidad de la mujer.

Por lo demás, este temperamento es la consecuencia necesaria de

lo dispuesto por el art. 65, pues si el embarazo se tiene por acreditado por la simple declaración de cualquier interesado, quedaba por ello eliminada toda posibilidad de reconocimiento en el cuerpo de la mujer. La única manera por la cual puede quedar desvirtuada la denuncia de embarazo que se hubiese efectuado anteriormente es por el transcurso del lapso máximo del embarazo, pues por el carácter irrefragable de la presunción legal de duración del embarazo quedaría demostrada la falsedad de la denuncia por el transcurso de aquel lapso sin que se produjera el nacimiento de la criatura.

357. b) MEDIDAS TENDIENTES A VERIFICAR LA EFECTIVIDAD DEL PARTO — Si es clara la solución del punto anterior, no ocurría otro tanto tratándose no ya de la verificación del embarazo, sino del parto mismo.

A este respecto había una verdadera pugna de los textos en juego, actualmente superada con la sanción de la ley 23.264, que sustituyó el título II de la sección II del Libro I del Código Civil, sin contemplar los supuestos aludidos en los arts. 247 y 249 tal como los había redactado Vélez Sársfield.

Por un lado el art. 78 sigue diciendo: *“No tendrá jamás lugar . . . ni el reconocimiento del parto en el acto o después de tener lugar, ni a requerimiento de la propia mujer . . .”*

Pero ya el art. 67 abre alguna fisura en ese frente compacto del precepto transcripto cuando dice: *“Las partes interesadas, aunque tengan 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”.*

Estas dos disposiciones están tomadas del *Esbozo* de Freitas (arts. 232 y 58, respectivamente) y responden a un régimen congruente. En ningún caso se admiten medidas judiciales tendientes a la verificación del embarazo o del parto. Sólo si hay peligro de la comisión de algún delito se prevé la adopción de medidas no judiciales, sino policiales, encaminadas a prevenir tal delito o procurar su castigo, según fuere el caso. Es la situación general respecto de todas las acciones humanas.

Si allí hubiesen terminado los textos legales no habría habido cuestión alguna de interpretación, pues el criterio de Freitas es muy claro. Podrá parecer exagerado, pues ahora no se piensa que sufra desmedro la dignidad de la mujer porque se la someta a ciertos exámenes médicos para comprobar la efectividad del embarazo, cuando haya motivo serio para la duda, ni menos sufre el pudor de la parturienta porque alguien que sea delegado por el juez comparezca al acto del parto, que ya no se suele desenvolver en el ambiente doméstico, sino en el más adecuado de las maternidades de sanatorios u hospitales. Pero está

claro el propósito legal de evitar tales reconocimientos, de estar a lo dispuesto en los arts. 67 y 78 del Código Civil.

Con todo, los arts. 247 y 249, inspirados en una fuente diferente, como es el Código de Chile, permitían notoriamente lo que vedan aquellos otros preceptos. El art. 247 decía: "*La mujer que, muerto el marido, se creyere embarazada, debe denunciarlo a los que, no existiendo el 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*". Y para una hipótesis semejante el art. 249 preceptuaba: "*La mujer recién divorciada, que se creyere embarazada, debe denunciarlo al juez o al marido, en el término de treinta días desde su separación; y éste podrá pedir las diligencias necesarias para asegurarse también de que el parto es efectivo, y ha tenido lugar en el tiempo necesario para que el hijo deba ser reputado legítimo*".

En seguida se advierte que la contradicción de los textos no puede ser más flagrante. Por un lado no se admiten jamás medidas judiciales tendientes a la verificación del parto (art. 78); sólo medidas policiales, cuando se teme la comisión de delitos (art. 67). Por otro lado se autorizaban medidas judiciales tendientes a asegurar la efectividad del parto (arts. 247 y 249).

¿Cómo armonizar esta disputa de los textos? Los autores se habían enrolado en dos tendencias, a las que nos referiremos seguidamente.

358. 1) OPINIÓN NEGATIVA. — Para Salvat, Spota, Orgaz y Segovia no era posible admitir en ningún caso la verificación judicial de la efectividad del parto, porque sería ir en contra de una disposición terminante y enfática como es la del art. 78 del Código Civil que prohíbe cualquier clase de medidas judiciales en aquel sentido.³⁶

Como se ve, estos autores no intentaban una conciliación de textos, sino que optaban por dar, en la pugna, el triunfo al art. 78 sobre los arts. 247 y 249, que quedaban así derogados por la voluntad del intérprete.

359. 2) OPINIÓN POSITIVA. — Para Borda, Arauz Castex, Busso, Lafaille, Llerena y Machado debía dejarse a la prudencia de los magistrados la adopción de ciertas medidas que permitan asegurar la efectividad del parto, siempre que ellas no afecten el decoro ni el pudor de la mujer, tales como la designación de parteras o médicos que presencien el parto.³⁷

³⁶ Salvat R., *op. cit.*, n° 376, p. 196; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 32, n° 725, ps. 39 y ss.; Orgaz, A., *op. cit.*, ps. 278 y ss., si bien estima más conveniente la posición opuesta.

³⁷ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 235, p. 218; Arauz Castex M., *op. cit.*,

360. NUESTRA OPINIÓN. — Por nuestra parte entendemos que es menester lograr la interpretación sistemática que reserve para cada una de las disposiciones algún ámbito de vigencia propio.

El principio general está dado por el art. 78 que prohíbe la verificación judicial del parto, por considerar que ello va en desmedro de la dignidad de la mujer.

Excepcionalmente, ha de admitirse tal verificación, en los supuestos de los arts. 247 y 249 del Código Civil, o sea de muerte del marido de la mujer embarazada y divorcio, respectivamente. No es posible en tales casos concretos negar la verificación judicial pues ella está autorizada por esos preceptos legales. Y con ello no se niega el principio general del art. 78, pues como tal deberá ser respetado en todo otro supuesto que se presente fuera de los contemplados por los arts. 247 y 249 antes aludidos. Es el funcionamiento corriente de las reglas generales que abrazan en su aplicabilidad a todos los casos particulares que no tienen un régimen de excepción para ellos.

361. LOS PROYECTOS DE REFORMA. — La discordia de textos apuntada precedentemente ha sido superada por los proyectos de reforma. Queda como un principio general la norma según la cual no se decretarán el reconocimiento judicial del embarazo ni el depósito y guarda de la mujer u otras medidas análogas. Pero haciendo excepción a esa prohibición se autorizan medidas concretas que se pedirán al juez de la residencia de la madre, tendientes a garantizar la efectividad del parto, proteger la vida del recién nacido y asegurar que el nacimiento ocurrió en tiempo propio.

Tal el sistema, con diferencias de detalle del Anteproyecto Bibiloni (art. 34, primera redacción; art. 32 de la segunda redacción), del Proyecto de 1936 (art. 19) y del Anteproyecto de 1954 (art. 29). En este último desaparece la previsión que contempla la protección de la vida del recién nacido, por haberse pensado que tratándose de un delito criminal no se justificaba una consideración expresa del mismo, pues es claro que el juego de las disposiciones civiles nunca puede entenderse como una valla que impida la prevención de los delitos criminales. En otras palabras, al margen de lo dispuesto por el Código Civil, siempre podrán recabarse, ante la autoridad que corresponda, las medidas policiales tendientes a evitar la comisión de delitos: no es ello materia civil.

I, n° 363, p. 203; Basso E., *op. cit.*, t. I, art. 67 y 68, n° 28, p. 456; Lafaille, *La Familia*, n° 436, p. 210 "in fine"; Machado J. O., *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, t. I, ps. 498 y 499.

362. MEDIDAS PRECAUTORIAS DE ORDEN CIVIL. — Lo dispuesto por nuestro código en los artículos antes recordados no obsta para la adopción, durante el embarazo, de medidas precautorias de carácter patrimonial con arreglo a las leyes generales del procedimiento tales como embargos preventivos de bienes, medidas de no innovar, etc. Los jueces están facultados para decretarlas de acuerdo a los principios procesales que rigiesen en cada caso.³⁸

IV. — EL NACIMIENTO: CUESTIÓN DE LA VIABILIDAD

363. IMPORTANCIA DEL NACIMIENTO. — No obstante aceptar el codificador que el momento inicial de la existencia de las personas físicas se ubica en el período de su concepción, el nacimiento ejerce también influencia en las relaciones jurídicas pendientes susceptibles de ser modificadas por la frustración de la persona “por nacer”.

Desde luego el nacimiento ejerce la mayor influencia sobre tales relaciones jurídicas pendientes, cuando tiene lugar sin vida. Pues el hecho del nacimiento sin vida del concebido aniquila retroactivamente la personalidad de éste y por consecuencia desvanece los derechos constituidos en cabeza suya. Es lo que dispone el art. 74 que ya hemos estudiado *supra*, n° 343.

Pero aún el nacimiento con vida no deja de tener también interés jurídico. Pues hace desaparecer el peligro que amenazaba los derechos de la persona por nacer, los cuales resultan definitivamente consolidados por ese hecho. Es el efecto ordinario que produce el incumplimiento de la condición resolutoria que consiste en la consolidación del derecho subordinado a ella (conf. art. 554, Cód. Civ.).

De aquí la importancia de establecer cómo ha tenido lugar el nacimiento, si con o sin vida.

364. INSTANTE EN QUE SE PRODUCE EL NACIMIENTO. — Nacer es, en su sentido directo, salir del vientre de la madre. Por tanto el nacimiento habrá quedado consumado cuan-

³⁸ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 364, p. 203.

do el concebido haya sido expelido o sacado del claustro materno, y quede separado de la madre.

Hasta entonces el concebido tiene su propio torrente sanguíneo pero no oxigena la sangre por sus pulmones ni se nutre por su aparato digestivo, sino que saliendo su sangre por el cordón umbilical, regresa por el mismo lugar luego de haberse oxigenado y nutrido por ósmosis a través de la placenta de la madre sin interferir en el torrente sanguíneo de ella. Cuando al tiempo del parto se corta el cordón umbilical, queda completado el acto del nacimiento y separado el nacido de su madre. Con ello la circulación sanguínea de la criatura requiere la oxigenación por la vía pulmonar y las cavidades antes virtuales de los pulmones del niño se abren para dar paso al aire que habrá de oxigenar la sangre: entonces la criatura exhala su primer vagido que hace conocer a los demás que el nacimiento se ha completado con felicidad.³⁹

La ley no distingue según que el nacimiento haya sido espontáneo o logrado mediante operación quirúrgica. Así lo aclara el art. 71: *"Naciendo con vida no habrá distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviese por operación quirúrgica"*.

365. PRESUNCIÓN DE VIDA.— Si alguna duda cabe acerca de si el nacimiento tuvo lugar con o sin vida, la ley presume que lo ha sido con vida. Es lo que determina el art. 75: *"En caso de duda de si hubieran nacido o no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario"*.

Para Freitas el fundamento de esta presunción reside en la experiencia de lo que ordinariamente sucede.⁴⁰ Pero observa Bibiloni que tal fundamento es inexacto, porque si bien es cierto que sucede generalmente que las criaturas nazcan vivas, no hay motivo razonable para pensar que sean más frecuentes los casos de muerte inmediatamente después de vivir que los casos de alumbramiento sin vida alguna.⁴¹

Por esto pensamos con Orgaz que el fundamento de la presunción legal reside en el respeto de la personalidad humana, pues la sola duda sobre el nacimiento con vida debe bastar para que se incline a

³⁹ Arauz Castex M., *op. cit.*, n° 367, p. 205.

⁴⁰ Freitas A. T. de, *Código Civil*, ed. Bs. As., 1909, t. I, p. 131, nota al art. 228.

⁴¹ Bibiloni J. A., su opinión en *Observaciones y Actas, Reforma del Código Civil*, t. I, ps. 179 y ss.; conf. Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 75, n° 4, p. 465.

su favor la presunción de la ley para impedir que en algún caso la personalidad humana deje de ser reconocida.⁴²

366. PRUEBA SOBRE LA MUERTE. — A quien pretenda desvirtuar la presunción de vida sentada por el art. 75 le incumbe acreditar que la criatura nació muerta.

En la actualidad hay medios certeros para establecer este hecho, pues si el tejido pulmonar del nacido no flota en el agua es porque nunca alcanzó a respirar, e indirectamente con ello se prueba que no nació vivo. Inversamente si el tejido pulmonar sobrenada, es porque la criatura ha respirado con lo que se confirma la presunción de vida sentada por la ley.

Por tanto, esa comprobación realizada por peritos médicos que el juez designe será idónea para probar el punto de discusión.

Los adelantos científicos mencionados han restado todo interés a la previsión contenida en el art. 73, según el cual "*repútase como cierto el nacimiento con vida cuando las personas que asistieron al parto hubiesen oído la respiración o la voz de los nacidos, o hubiesen observado otros signos de vida*". Por lo demás, el artículo es de técnica defectuosa, porque su disposición queda cubierta por la presunción de vida del art. 75.

367. LA CUESTIÓN DE LA VIABILIDAD — Varias legislaciones extranjeras subordinan la concesión de la personalidad a la aptitud que tenga el nacido para prolongar la vida, pues se ha considerado que es inútil conceder tal investidura a quienes nacen condenados a morir apenas nacidos: así el cód. francés (arts. 314, inc. 3º, 725 y 906), el cód. español (art. 30), que considera viable a la criatura que sobrevive 24 horas al nacimiento; el cód. uruguayo (arts. 192 y 810) y el boliviano (art. 507).

Las modernas legislaciones han dejado de lado esta exigencia de la viabilidad o aptitud del nacido para prolongar la vida. Es el caso de los códigos alemán (art. 1º), suizo (art. 31), brasileño (art. 4º), peruano (art. 1º) y venezolano (art. 17). El código italiano nada dice, pero por ello ha de entenderse que no requiere tal exigencia que contenía el código anterior, de 1865.

Nuestro código se adelantó, siguiendo a Freitas, a la posición ya generalizada por la legislación comparada de mayor prestigio. El art. 72, cuya lectura debe ser completada con la del precepto que le antecede, dice: "*Tampoco importará que los nacidos con vida tengan*

⁴² Orgaz A., *op. cit.*, ps. 41-42, texto a la nota 26.

imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo".

Los argumentos dados por Vélez Sársfield en su nota al art. 72 para combatir la exigencia de la viabilidad son verdaderamente ilevantables.

En primer lugar porque fundar la capacidad de derecho en la viabilidad y no en la vida es contradictorio de los principios generales según los cuales es inherente a los seres humanos su capacidad de derecho, independientemente de la mayor o menor duración de su vida. Para ser consecuentes con esa idea, se puede agregar, habría que retirar la capacidad a los enfermos desahuciados por haber perdido la aptitud para prolongar la vida, pero a nadie se le ha ocurrido tal desatino.

En segundo lugar la aptitud para prolongar la vida es asunto muchas veces dudoso que da origen a enojosas discusiones de hecho que no es dable sujetar a criterios seguros y exentos de críticas, con lo que se abre la puerta a la incertidumbre de los juicios individuales y a las opiniones de los facultativos.

Todavía se argumenta con el respeto por la personalidad humana: basta que la criatura haya tenido aunque por instantes el soplo de la vida para que el derecho no pueda tenerla como inexistente, puesto que existió.⁴³

Por fuerza de estas reflexiones la doctrina de los autores aprueba plenamente el criterio de Vélez Sársfield a este respecto, que ha sido seguido por los proyectos de reforma (Anteproyecto Bibiloni, art. 37, primera redacción, y art. 35, segunda redacción; Proyecto de 1936, art. 20; Anteproyecto de 1954, art. 24).

V.—NACIMIENTO DE VARIOS HIJOS EN UN SOLO PARTO

368. CASO DE MELLIZOS O GEMELOS.— No obstante las teorías biológicas sentadas sobre la prioridad de origen de los mellizos, engendrados en óvulos distintos, que no se aplican a los gemelos, engendrados en el mismo óvulo, la ley no efectúa distinción alguna, considerándolos a todos de la misma edad y con iguales derechos provenientes del nacimiento. Así lo determina el art. 88 del Código: "Si nace más

⁴³ Conf. nota del codificador al art. 72; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 241. p. 221; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 370, p. 207; Salvat A., *op. cit.*, n° 392, p. 206; Machado J. O., *op. cit.*, t. I, ps. 142 y 143.

de un hijo vivo en un solo parto, los nacidos son considerados de igual edad y con iguales derechos para los casos de institución o sustitución a los hijos mayores”.

Este principio se aplica en los casos en que el nacimiento de los mellizos o gemelos hubiere ocurrido en días diferentes, lo que es factible.⁴⁴

El interés de la disposición transcrita ha disminuido considerablemente luego de la supresión de los mayorazgos, pero podría darse el caso de alguna disposición de bienes fundada en la voluntad particular que se efectuara a favor del hijo menor de Fulano o del primer hijo que tuviera Zutana. Para esos casos regiría la regla que comentamos.

Tratándose de la tutela legítima, el Código la confiere, a falta de los abuelos, a los hermanos, sin preferencia por razón de sexo o edad, ni de parentesco de ambos lados (nuevo art. 390, inc. 4º, del Cód. Civ.). Por tanto, tratándose de una función unipersonal el juez tendrá que optar por uno de los mellizos que tuvieran el mismo derecho a la tutela.

369. SERVICIO MILITAR. — Con todo, el principio legal no se ha respetado respecto de la aplicación del art. 63, inc. e), de la ley 4707, que eximía del servicio militar “al mayor de los hermanos pertenecientes a una misma clase o al hermano menor de la clase siguiente si estuviese ya bajo banderas un hermano cumpliendo el servicio de un año o el de la marina”.

La jurisprudencia ha decidido que la exención favorece a aquel de los mellizos o gemelos que el padre reputa mayor.⁴⁵

Arauz Castex opina que la exención debe en tal supuesto alcanzar a ambos hermanos.⁴⁶

369 bis. INCAPACIDAD DE HECHO DE LAS PERSONAS POR NACER: REMISIÓN. — Acerca de este tema remitimos a los núms. 636 y siguientes.

⁴⁴ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 242; Orgaz A., *op. cit.*, p. 45, texto a la nota 34.

⁴⁵ C.S.N. “J. A.”, t. 20, p. 25; Cám. Fed. La Plata, “J. A.”, t. 38, p. 613; *id.*, t. 46, p. 868. Contra: Cám. Fed. “J. A.”, t. 3, p. 1001. Sobre el punto puede consultarse el interesante estudio de F. Infante, *Los mellizos en el derecho*, en “Bol. Ins. Ens. Práctica”, t. III, p. 77.

⁴⁶ Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 374, p. 208.

La nueva ley de servicio militar 17.531 exige al mayor de los hermanos pertenecientes a una misma clase, y determina la baja de un hermano por la incorporación de otro hermano menor (art. 33 inc. 8º). No está prevista la situación, por lo que sigue siendo válida la jurisprudencia ya citada.

§ 2. Atributos y derechos de la personalidad. El nombre: su naturaleza jurídica; teorías. El nombre individual: reglas concernientes al mismo. El apellido: distintos casos; hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos. El apellido de la mujer casada, de la viuda y de la divorciada. Caso de nulidad de matrimonio. Jurisprudencia. Sobrenombre y seudónimo.

370. **DISTINCIÓN.** — En el estudio de esta materia corresponde distinguir los “derechos de la personalidad” de los “atributos inherentes a la persona”. De unos y otros trataremos separadamente.

I.—DERECHOS DE LA PERSONALIDAD *

371. **NOCIÓN.** — Se denominan así los derechos innatos del hombre cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la libertad, al honor, etc.⁴⁷

372. **NATURALEZA JURÍDICA.** — Nada pacífica es la doctrina sobre la naturaleza jurídica de estos derechos. Mientras para algunos autores no constituyen derechos subjetivos, sino que importan presupuestos jurídicos de la personalidad, para la opinión predominante se trata de verdaderos derechos subjetivos de contenido peculiar. Daremos cuenta somera de estas posiciones remitiendo para un estudio más profundo a los autores mencionados en la bibliografía ya citada.

* **BIBLIOGRAFÍA:** Orgaz A., *Personas individuales*, Bs., As., 1946, ps. 157-169; De Ruggiero R., *Instituciones de derecho civil*, ed. Madrid, t. I, ps. 223-227; Von Tuhr, A., *Teoría general del derecho civil alemán*, Bs. As., t. 1^a, ps. 187-198; Degni F., *Le persone fisiche*, Turín, 1939, n° 555 y ss., ps. 161 y ss.; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho Civil*, ed. Barcelona, 1934, t. I, vol. 1º, ps. 424 y ss.; Perreau, *Les droits de la personnalité*, “Revue trimestrielle du droit civil” 1909, ps. 501 y ss.

⁴⁷ Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 310, p. 259.

373. 1) LOS PRESUPUESTOS JURÍDICOS DE LA PERSONA. — Para algunos autores, entre quienes se destaca en nuestro ambiente Orgaz, los llamados “derechos de la personalidad” no son derechos subjetivos porque faltaría en ellos un “deber jurídico” en correspondencia a la prerrogativa del titular, así como también un “objeto” sobre el que pueda recaer la prerrogativa del “sujeto”, que en esta situación no podría distinguirse del mismo sujeto, puesto que el honor, la vida, serían para esta concepción elementos integrantes de la propia persona de la cual no podrían ser separados. Todavía, se dice, tales pretendidos derechos de la personalidad no son susceptibles de adquisición, modificación, transferencia o extinción, lo cual sería demostrativo de que no constituyen verdaderos derechos subjetivos, sino bienes personales tutelados por el derecho objetivo.⁴⁸

374. 2) SE TRATA DE VERDADEROS DERECHOS SUBJETIVOS. — Para la opinión mayoritaria, los “derechos de la personalidad” son efectivos derechos subjetivos, pues responden al concepto de tales (véase *infra*, n° 1263).

Observa Borda, replicando a Orgaz, que tratándose de esta clase de derechos hay un “deber jurídico” que pesa sobre todos los integrantes de la sociedad: en igual situación se encuentra la propiedad, que es el derecho subjetivo por antonomasia. En cuanto a la objeción de la falta de objeto, piensa Borda que si bien idealmente el honor, la libertad, la integridad física, deben integrar la personalidad humana, en la práctica puede darse perfectamente el caso de que una persona se vea privada de ellos: son por consiguiente, separables del sujeto y en cuanto elementos separados pueden constituir el objeto de un derecho. Finalmente la ausencia de transmisibilidad, perennidad, etc., son caracteres que muestran la peculiaridad de tales derechos, pero no importa privarlos de esa naturaleza: inclusive, hay numerosos derechos patrimoniales que no se pueden transferir y no por ello dejan de ser derechos.⁴⁹

375. NUESTRA POSICIÓN. — Por nuestra parte adherimos a la opinión prevaleciente que ve en los derechos de la personalidad verdaderos derechos subjetivos, aun cuando también revistan por su trascendencia el carácter de presupuestos jurídicos de la persona.

⁴⁸ Orgaz, A., *op. cit.*, ps. 128 y ss., n° 9.

⁴⁹ Borda G. A., *op. cit.*, n° 310, p. 260.

Entendemos que revisten este último carácter porque por una exigencia de derecho natural el ser humano requiere para el desenvolvimiento de su vida personal —es decir, en su dimensión espiritual de “persona” creada para el tiempo y para la eternidad— de un ambiente de respeto por la vida, por el honor, por la libertad, etc. Pero cuando estos bienes primordiales son menoscabados por alguien, el hombre dispone de un verdadero derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento jurídico para hacer cesar el desafuero y reintegrar el despliegue de su personalidad a ese ambiente de dignidad que le corresponde. No hay en esto, según nos parece, identificación del sujeto con el objeto como se ha reprochado. El sujeto es siempre la persona o el ente, en tanto que el objeto consiste en el goce de esos bienes primordiales de la vida que deben quedar al margen del atentado de los demás. Si se comparan estos derechos con el de propiedad se comprueba que en tanto que el objeto de este último está constituido por la masa de provechos y ventajas que la cosa material puede brindar al dueño, aquí el objeto está constituido por el conjunto de ventajas o beneficios de orden espiritual que obtiene el sujeto del respeto por los demás con relación a su vida, su honor, su libertad, etcétera.

Por lo demás no ha de extrañar que no quepa la transmisibilidad de estos derechos, pues conformando ellos un ambiente de dignidad superior, no es tolerable por repugnar a las buenas costumbres que se pueda ceder o negociar tales bienes primordiales de la vida.

376. CARACTERES.— Por su índole, estos derechos presentan los siguientes caracteres:

1) Son *innatos*, o sea corresponden al titular desde el origen de éste;

2) Son *vitalicios*, en cuanto acompañan al ser humano durante toda su vida;

3) Son *inalienables*, en cuanto no son susceptibles de enajenación por ningún título: los bienes morales a que se refieren están fuera del comercio;

4) Son *imprescriptibles*, porque no son alcanzados por el efecto del tiempo que no influye en su pérdida, no obstante el abandono o dejadez del titular: así siempre podrá accionar en defensa de su honor la persona aun cuando por largo tiempo hubiese consentido los actos lesivos del mismo;

5) Son de carácter *extrapatrimonial*, aun cuando la lesión de estos derechos pueda hacer nacer derechos patrimoniales;

6) Y son *absolutos* en cuanto se ejercen "erga-omnes" porque no se tienen contra alguien en particular, sino contra quienquiera los vulnere.

377. ENUNCIACIÓN. — Por la misma indefinición de su objeto es imposible efectuar una enumeración precisa de los derechos de la personalidad. Los principales de ellos son: el derecho a la vida, a la integridad corporal a la libertad y al honor o integridad moral. Nos referiremos escuetamente a ellos tomando especialmente en cuenta las cuestiones de orden práctico que puedan suscitarse a su respecto.

378. DERECHO A LA VIDA. — Como observa Orgaz la vida de las personas está protegida por disposiciones diversas que ofrecen como rasgo común integrar una tutela de carácter público, independiente, por tanto, de la voluntad de los individuos —art. 21, Cód. Civ.⁵⁰

Las principales de estas disposiciones son: a) Las que castigan el aborto y lo incriminan penalmente (art. 85, Cód. Penal); b) Las que sancionan el homicidio, aun cuando fuere con el consentimiento de la víctima o por motivo de una piedad mal entendida —eutanasia— (arts. 79 y ss. del Cód. Penal); c) Las que acuerdan prestaciones alimentarias a favor de parientes y aun de la persona por nacer (arts. 367 y ss. y *supra*, n° 336; d) Las que contemplan la vida humana como un factor integrante de la indemnización de daños y perjuicios (arts. 1084 y 1085, Cód. Civ.); e) Las referentes al trabajo de mujeres embarazadas o con criaturas de pecho (arts. 13, 14 y 15 de la ley 11.357), etcétera.

379. LA VIDA HUMANA COMO FACTOR DE INDEMNIZACIÓN. JURISPRUDENCIA. — Los tribunales han admitido reiteradamente que la vida humana tiene por sí un valor económico indemnizable con arreglo a las circunstancias relacionadas con la víctima y sus parientes, para cuya apreciación tiene el prudente arbitrio judicial un amplio

⁵⁰ Orgaz A., *op. cit.*, p. 135, n° 1.

margen,⁵¹ habiéndose llegado a resolver que en el supuesto de aplicación del art. 1084 del Cód. Civ. es innecesaria la prueba concreta de los daños experimentados por la viuda e hijos del difunto.⁵²

Esto no importa desconocer lo que dice Orgaz en el sentido de que esa valoración económica de la vida humana se hace "en consideración a lo que produce o puede producir en el orden patrimonial".⁵³ Sin duda el fundamento por el cual se computa la vida del hombre como factor indemnizable es el apuntado, pero es menester hacerse cargo de que muy frecuentemente no es de fácil mensura el daño sobreviniente al fallecimiento del padre o del cónyuge, y son muchos los factores imponderables de negativa incidencia patrimonial que suele desencadenar el hecho cuya reparación la ley impone al responsable. Es ello lo que ha llevado a los jueces a establecer como una presunción "juris tantum" que la muerte provoca un daño patrimonial a la viuda e hijos del difunto, cuya cuantía debe ser fijada prudencialmente, según el criterio del art. 1084 del Cód. Civil. A quien pretende eximirse del pago le incumbirá demostrar que el hecho que ha comprometido su responsabilidad civil, con todo, no ha tenido repercusión económica en el patrimonio de los parientes de la víctima que el artículo recordado menciona.⁵⁴

380. DERECHO A LA INTEGRIDAD CORPORAL.—En realidad este derecho está comprendido en el anterior y contempla los atentados parciales a la vida de las personas.

La protección de la integridad física de las personas se realiza de varias maneras. Así cuando se sanciona el delito de lesiones comprensivo de todo daño en el cuerpo o en la salud de otro (art. 89 y ss. del Cód. Penal) o se contempla el resarcimiento de los daños y perjuicios que las lesiones han provocado (arts. 1086 y 1109, Cód. Civ.). Desde este punto de vista los tribunales han considerado que la salud e integridad física de la víctima de un accidente tiene un valor estimable en dinero, aunque no ejercite ninguna actividad lucrativa.⁵⁵

⁵¹ Cám. Civ. Sala "A", "L.L.", t. 94, p. 250, y "J.A.", 1959-II, p. 84; Cám. Civ., 1^º, "J.A.", t. 74, p. 6221; Sup. Corte de Bs. Aires, "J.A.", 1942-II, p. 877; Cám. 1^º La Plata, "J.A.", 1948-I, p. 576, y "L.L.", t. 551, p. 22.

⁵² Cám. Civ. 2^º, "J.A.", t. 51, p. 199; Sup. Corte Bs. As., "J.A.", 1953-III, p. 318; Cám. 1^º La Plata, "J.A.", 1947-I, p. 128; Cám. Ap. Mercedes, "J.A.", 1954-III, p. 335; Cám. Ap. Rosario, "J.A.", 1946-I, p. 283.

⁵³ Orgaz A., *El daño resarcible*, p. 106.

⁵⁴ Cám. Civ. Sala "A", con voto del autor, al que adhirieron en este aspecto los doctores Guillermo A. Borda y Rodolfo de Abelleira, "J.A.", 1959-II, p. 84, n^º 4 hacia el final, y "L.L.", t. 94, p. 250; *id.*, "L.L.", t. 93, p. 372.

⁵⁵ Cám. Civ. Sala "B", "J.A.", 1951-III, p. 323; *id.*, Sala "A", causa "Krajci c/Pagano", 22 abril 1959 (fallo inédito).

Por respeto al derecho a la integridad corporal se requiere la conformidad del paciente para someterlo a una operación quirúrgica, o de sus representantes o parientes más cercanos cuando no estuviera en condiciones de ser consultado.⁵⁶ Igualmente tal conformidad se precisa para la realización de exámenes médicos o actos de intervención en el cuerpo, tales como inyecciones, vacunaciones, extracciones de sangre, etc.⁵⁷ La negativa puede ser computada como elemento desfavorable para el renuente, si se trata de operaciones sencillas exentas de riesgo para el enfermo.⁵⁸

Siempre por la misma razón ha de proscribirse la utilización de drogas que puedan tender a la obtención de la confesión del inculpado o a la intrusión en la intimidad del indagado.⁵⁹

381. EL CUERPO HUMANO COMO OBJETO DE ACTOS JURÍDICOS.—Advierte Orgaz que el cuerpo de una persona viva no es, ni en el todo ni en cualquiera de sus partes, una "cosa" en el sentido jurídico de objeto material susceptible de valor económico (conf. art. 2311, Cód. Civ.). Por tanto, son nulos los actos jurídicos que tengan por objeto el cuerpo humano o partes no separadas del mismo, aunque se trate de partes susceptibles de renovación como sangre, leche de madre, cabellos, etc.⁶⁰

Luego de la separación del cuerpo humano de algunas partes renovables del mismo, tales elementos pueden ser objeto de actos jurídicos, con tal que la separación y el acto ulterior se haya efectuado por la voluntad del propio interesado o de las personas autorizadas para suplir su voluntad.

382. EL CADÁVER.—Por respeto a la persona humana que lo ha habitado en vida, el cadáver no puede ser tratado como una "cosa", ni ser objeto de actos jurídicos. Su destino debe ser el que haya señalado la persona antes de morir, siempre que no contradiga las buenas costumbres. En su defecto, las providencias del caso deberán ser adoptadas por los parientes más próximos del difunto, en carácter de tales y no de herederos, porque el cadáver no integra la herencia.

⁵⁶ Conf. Orgaz, A., *Personas individuales*, p. 140, ap. t).

⁵⁷ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 140 y 141, ap. b); Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 21, p. 129; *id.*, *id.*, t. 53, p. 151; *id.*, "L. L.", t. 12, p. 87; Cám. Civ. 2ª, "L. L.", t. 2, p. 250; *id.*, "J. A.", t. 48, p. 213; Cám. 2ª La Plata, "L. L.", t. 23, p. 130, con nota disconforme de Amílcar A. Mercader.

⁵⁸ Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 45, p. 79; *id.*, *id.*, t. 60, p. 130; t. 64, p. 163; Cám. Com., "J. A.", t. 49, p. 142; *id.*, *id.*, t. 53, p. 211; *id.*, *id.*, t. 69, p. 639.

⁵⁹ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 313, ps. 262 y 263.

⁶⁰ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, pa. 142-3, n° 2, texto a nota 12.

Pero el destino a darse al cadáver no debe ser contrario a las convicciones religiosas del difunto.⁶¹

A este respecto el art. 741 del Anteproyecto de 1954 expresa: "Toda persona hábil para otorgar testamento puede disponer en esa forma o en otra que sea auténtica, el modo y circunstancias de sus exequias o inhumación de su cadáver, así como ordenar la erección de un sepulcro para sí o su familia. Si el causante nada hubiese decidido, la disposición respectiva la tomará el cónyuge y en defecto de éste los demás herederos, pero ninguno de ellos podrá dar al cadáver un destino reprobado por los principios religiosos del difunto. Las controversias que se susciten entre los herederos serán dirimidas inmediata y sumariamente por el juez de paz del lugar del fallecimiento".

El antecedente de este precepto está en la ley francesa del 15 de noviembre de 1887, el Anteproyecto Bibiloni (art. 3105) y el Proyecto de 1936 (arts. 1974 y 1979). La prohibición de dar al cadáver un destino reprobado por los principios religiosos del difunto, no figuraba en los precedentes citados.

383. DERECHO A LA LIBERTAD. — La libertad de las personas es protegida y asegurada por normas de derecho público y de derecho privado.

a) Las normas de derecho público son las siguientes: 1º) La Constitución Nacional ampara ampliamente la libertad personal (arts. 14, 15, 17, 18 y 19); 2º) El Código Penal considera delito la reducción de una persona a servidumbre o a otra condición análoga, así como la privación de la libertad personal y la violación de domicilio (arts. 140 y ss., y 150 y ss.).

b) Las normas de derecho privado que preservan la libertad son, entre otras, las siguientes: 1º) Los arts. 910 y 911 prohíben la restricción ilegítima de la libertad ajena; 2º) El art. 953 declara sin valor los actos jurídicos que tengan por objeto hechos que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia; 3º) El art. 531 prohíbe y consiguientemente anula (conf. art. 530) el pacto de habitar siempre en lugar determinado, o sujetar la elección de un domicilio a la voluntad de un tercero (inc. 1º); de mudar o no mudar de religión (inc. 2º); de casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto lugar o en cierto tiempo, o no ca-

⁶¹ Conf. Borda G. A., *Sucesiones*, t. I, nº 24, p. 30; Orgaz A., *op. cit.*, p. 145; sentencia del juez doctor T. D. Casares, "Gac. del Foro", t. 136, p. 227; *Cám. Civ.* 2º, "L. L.", t. 19, p. 869.

sarse, inc. 3); de vivir célibe perpetua o temporalmente o no casarse con persona determinada, o divorciarse (inc. 4º); 4º) El art. 1087 prevé el delito contra la libertad individual y establece cómo se medirá la indemnización civil correspondiente.

384. JURISPRUDENCIA. — En resguardo del derecho a la libertad personal, los tribunales han estimado que cae dentro de la prohibición del art. 531 ya citado la cláusula de un testamento extranjero en la que se establece como condición para que la cónyuge superviviente reciba determinado beneficio, que se mantenga en estado de viudez.⁶²

Igualmente se ha decidido que constituye una condición prohibida la de obtener el divorcio conforme a determinada religión.⁶³

Pero se ha entendido legítima la imposición al comprador de radicarse en el lugar en que desempeñaría sus tareas por tratarse de la colonización de una fracción de tierra que se adquiriría con el compromiso de trabajarla personalmente.⁶⁴

Finalmente se ha resuelto que en los delitos contra la libertad individual es también indemnizable el daño moral.⁶⁵

385. DERECHO AL HONOR Y LA INTEGRIDAD MORAL. *
— Este derecho está protegido por normas de carácter penal que resguardan el honor y buen nombre de las personas, incriminando las calumnias, las injurias y las acciones contra la honestidad y el pudor (arts. 109, 110 y 118 y ss. del Cód. Penal); y también por normas de derecho civil que obligan al resarcimiento de los daños y perjuicios que se causaren con tales hechos (arts. 1077 a 1079, 1088 a 1090, 1109, Cód. Civ.; art. 109, ley 2393).

De esta protección gozan no sólo las personas intachables, sino también quienquiera sufra un ataque injusto. Incluso, como dice Orgaz,

⁶² Cám. Civ. 1ª, "L. L.", t. 25, p. 116.

⁶³ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 59, p. 161.

⁶⁴ Sup. Trib. Santa Fe, Rep. de Santa Fe, t. 13, p. 199.

⁶⁵ Cám. Crim. haciendo aplicación del art. 29, Cód. Penal, en "Gac. del Foro", t. 83, p. 392.

* BIBLIOGRAFÍA: Ramos J. J., *Delitos contra el honor*, Bs. As.; Soler S., *Delitos contra el honor*, "Anales Acad. Derecho Córdoba", año II, ps. 230 y ss.; Arias J., *El derecho de privacidad*, "J. A.", t. 66, sec. doctr., p. 11; Heise A., *La protección del honor en el derecho civil*, "Bol. del Inst. de Derecho Civil de Córdoba", año V, nº 2 y 3, p. 492; Kacedan B., *El derecho a la intimidad*, "Rev. Col. Abogados", Rosario, año 1932, p. 70, y año 1933, p. 75; Spota A. G., *Tratado de derecho civil*, t. I, vol. 3 1, ps. 343-352.

la protección de la vida privada no solamente defiende a la persona contra las falsedades que puedan menoscabar su reputación, sino también contra la innecesaria revelación de sus miserias y flaquezas; hay también un secreto del deshonor, en el decir de Ferrara, que hay obligación de respetar.⁶⁶

Cuando el acto ilícito no constituye delito civil, opinamos contra el sentir general que no procede la reparación del agravio moral (conf. nuevo art. 1078, Cód. Civ.), salvo que se trate del supuesto resarcitorio previsto en el art. 109 de la ley 2393 de matrimonio civil que contempla expresamente la estimación del daño moral sufrido por el contrayente de buena fe de un matrimonio inválido, por mediar alguno de los impedimentos del art. 9º de aquella ley.

386. REPRODUCCIÓN FOTOGRAFICA DE LA PROPIA IMAGEN. — Como una prolongación del derecho al honor y a la integridad moral que se traduce en un derecho al resguardo de la intimidad, nuestra ley 11.723 prohíbe la reproducción fotográfica de la propia imagen, en su art. 31 que dice: *“El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos o en su defecto del padre o la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo, resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relaciona con fines científicos o didácticos y en general culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público”*.

La disposición transcripta reviste singular interés.

En principio la reproducción de fotografías personales está prohibida a menos que se haga con propósitos culturales o informativos tratándose de hechos públicos, o que falten los posibles impugnantes.

La prohibición cesa si consiente en la publicación el propio interesado o por muerte de éste los parientes próximos que la ley señala. Con ello se advierte que este resguardo de la intimidad favorece a toda la familia.^{66 bis}

Por aplicación de estas reglas, está prohibida la exhibición de fotografías de sus clientes que suelen hacer los fotógrafos profesionales. El hecho obliga a la reparación del daño material que pudiese demostrar haber sufrido el fotografiado con la exhibición, pudiendo reclamarse el cese de ésta, pero no la reparación del agravio moral por au-

⁶⁶ Ferrara, cit. por Orgaz A., *op. cit.*, p. 156, texto nota 3.

^{66 bis} Conf. fallo del juez civil doctor J. J. Carneiro, “L. L.”, t. 122, fallo nº 55.371.

sencia de intención dañosa, a menos que por las características de la exhibición (ausencia de vestimenta adecuada, o pose ridícula) constituya "injuria".⁶⁷

Es de notar que la autorización para la reproducción fotográfica constituye un derecho potestativo del fotografiado que éste puede revocar "ad-libitum" si bien en tal caso es justo que indemnice los daños y perjuicios que la revocación pueda causar al que hubiere convenido la exhibición como lo dispone la ley.

386 bis.— Borda piensa que cuando se trata de la reproducción de fotografías de autores de delitos de acción pública, hechas en periódicos, la publicación es legítima porque puede facilitar la identificación del delincuente y es un medio de defensa social. Pero si se trata de un delito de acción privada no se justifica la publicación de la fotografía y menos de la víctima.^{67 bis} Compartimos ambas opiniones.

387. SUPUESTOS ANÁLOGOS AL ANTERIOR. — Aun cuando la prescripción legal sólo se refiere a la reproducción fotográfica de la propia imagen, se ha entendido que el mismo principio rige respecto de toda forma de exhibición o difusión de la fisonomía, sea por grabados, dibujos, bustos escultóricos, etc.⁶⁸

Nosotros concordamos con esa opinión siempre que se trate de reproducciones carentes de valor artístico. Pues si se tratare de las que revisten este carácter, como no han podido lograrse sino por la aquiescencia del que ha servido de modelo, ya no podrá éste hacer cuestión de intimidad; lógicamente las expresiones artísticas, si realmente tienen este carácter, están destinadas al conocimiento del público.⁶⁹

También se ha extendido la prohibición del art. 31 de la ley 11.723 a la reproducción de la voz humana.⁷⁰

388. EL ANTEPROYECTO DE 1954. — Siguiendo la inspiración del art. 10 del Código Civil italiano y teniendo en cuenta lo legislado por la ley 11.723 en el recordado art. 31, el Anteproyecto de 1954 prevé la siguiente disposición: "Art. 241.— Cuando la fotografía o el retrato de una persona o de sus ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos, se exponga o publique sin autorización del propio interesado, el

⁶⁷ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 167, nota 27. Comp. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 216, p. 2655 al final.

^{67 bis} Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 316, p. 266.

⁶⁸ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 169, n° 9.

⁶⁹ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 316, p. 265, texto nota 421 bis.

⁷⁰ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 169, texto nota 33.

juez a instancia de parte, hará cesar el abuso, sin perjuicio del resarcimiento de los daños a que hubiere lugar. No podrá impedirse la publicación del retrato o fotografías de una persona, cuando responda a fines culturales, o ponga de manifiesto sin intención ofensiva, hechos o acontecimientos de interés general o que se hubieren desarrollado en público”.

Es de notar que la publicación abusiva da lugar en el sistema de ese proyecto a la reparación del daño material, y también del daño moral “cuando el agente hubiere actuado con dolo” (art. 1075, última parte). Son los principios generales que gobiernan la teoría de la responsabilidad en el Anteproyecto de 1954.

388 bis. DERECHO DE PRIVACIDAD. — La ley 21.173 dispuso la intercalación en el Código Civil del siguiente art. 1071 bis: *El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencias, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.*

Asimismo la ley mencionada vino a superar la grave distorsión legislativa resultante de la promulgación de la “abortada” ley 20.889 (la calificación es de la Dra. Leonfanti), que explícitamente aquella derogó.

388 bis.¹ INVALIDEZ DE LA LEY 22.889. — La ley 20.889 se originó en un proyecto que el diputado Tróccoli y otros de la bancada radical presentaron a la Cámara respectiva, la cual lo aprobó con dos modificaciones: 1) la ubicación en el Código, como art. 51 bis, y no 2) bis, como figuraba en el proyecto inicial; 2) la supresión de la

frase *“aun sin culpa ni dolo”*, que contenía el texto primitivo, cuya eliminación significó librar a las personas inocentes de las consecuencias gravosas que una interferencia inadvertida e inculpable en la vida de los demás podía depararles. Empero, la presidencia del cuerpo incurrió en el error de comunicar al Senado, como texto aprobado, no el que había sancionado la Cámara de Diputados sino el del proyecto originario. Fue sobre esa base que el Senado aprobó el texto que se le había comunicado, haciéndolo saber al P. E. que vino así a promulgar la ley 20.889.

Todos los autores que han considerado la cuestión, con la salvedad de Guastavino, entendieron que la ley 20.889, era inválida —inexistente o nula— por no ser la obra de ambas Cámaras del Poder Legislativo, como lo requiere la Constitución en sus arts. 69 y ss. No cuadra hablar en el caso de “inconstitucionalidad”, porque esta calificación se reserva para las leyes que siendo válidas, por sí mismas, atendiendo a su confección oficial regular, no lo son esencialmente por entrar en conflicto con la Constitución que es “la ley suprema de la Nación” (art. 31 Const. Nac.).

Para Guastavino, que subestima la ubicación, como art. 32 bis o 51 bis, del contenido de la ley 20.889, ésta sólo adolecía de nulidad parcial, en la parte concerniente a la frase *“aun sin dolo ni culpa”* que no había aprobado la Cámara de Diputados, pues en lo demás y salvo aquella ubicación reputada secundaria, había coincidencia de la voluntad de ambas Cámaras. Sin embargo, aun esto era problemático por no poderse saber a ciencia cierta si el Senado hubiera querido mantener su voto en las exactas condiciones en que lo había expresado el otro cuerpo o si, entonces hubiese preferido denegarlo. Era una incertidumbre fundamental que redundaba en una “inseguridad jurídica”, que el intérprete no podía superar por el solo juego de la hermenéutica. Afortunadamente el legislador vino a superar esa cuestión mediante la ley 21.173.

388 bis.² METODOLOGÍA. — La ubicación del art. 1071 bis es correcta y supera a la propiciada anteriormente para la respectiva norma: a) la intercalación en el articulado del Código, como art. 32 bis (Proyecto Tróccoli) es impropia por estar dedicados tanto el art. 32 como el 33 a las personas jurídicas, siendo que aquella norma contempla a las personas de existencia visible como sujetos que pueden ser importunados en su vida, mediante la publicación de retratos, difusión de correspondencia, mortificación en los sentimientos o perturbación de su intimidad, todo lo cual no se aplica a los entes ideales (Carranza). Y fuera de ello, como los arts. 30 a 35 enuncian defini-

ciones de carácter abstracto “mal puede intercalarse un artículo que no tiene ese carácter” (Orgaz); b) la intercalación como art. 51 bis tampoco es aconsejable ya que el art. 51 define a las personas naturales o de existencia visible, y los arts. 52 y 53 se refieren a la capacidad, es decir a lo que pueden hacer: así resulta incongruente vincular con la aptitud genérica de las personas, la prohibición específica de una concreta conducta determinada; c) arguye Orgaz que la interferencia en la vida ajena, cometida en las condiciones legales, constituye una especie de acto ilícito, por lo que la intercalación de la protección a la intimidad debió hacerse en el capítulo de los delitos contra las personas, como art. 1090 bis, “a fin de no interrumpir el orden lógico de las demás disposiciones”. Nosotros, sin dejar de coincidir en que se está en presencia de un acto ilícito, pensamos que la norma no se agota en esa configuración por lo que bien se la ha podido relacionar con ese principio capital del orden jurídico que veda el abuso de derecho.

388 bis.³ SUPUESTO ESPECÍFICO DE ABUSO DE DERECHO. — El art. 1071 bis describe una cierta especie de abuso de derecho, por lo que se justifica la ubicación que ha dado a la norma el legislador: el art. 1071 supone la existencia de un derecho subjetivo determinado y desampara su ejercicio irregular; el art. 1071 bis contempla el ejercicio de la libertad de los particulares en general y prohíbe que ello pueda menoscabar, en una suerte de abuso de la libertad, de cualquier libertad, los derechos de la intimidad ajena.

388 bis.⁴ RECONOCIMIENTO CATEGÓRICO DE LOS DERECHOS DE LA INTIMIDAD. — Si enfocado el asunto desde el ángulo del sujeto agente, el art. 1071 bis aparece como una penalización del abuso de la libertad, si se lo encara desde el lado del sujeto importunado se presenta como un rotundo reconocimiento de su derecho a la intimidad, lo que ha suscitado, con razón, toda clase de encomios.

388 bis.⁵ REQUISITOS DEL ACTO LESIVO DE LA INTIMIDAD. — Para que resulte configurado el acto lesivo de la intimidad es menester la reunión de los siguientes requisitos: a) que haya *entrometimiento* en la vida ajena; b) que tal interferencia sea *arbitraria*; c) que se *perturbe* de cualquier modo la *intimidad* de otro; d) que el hecho no fuere un delito penal. Examinaremos por separado esos requisitos.

388 bis.⁶ a) *Entrometimiento*. — Este vocablo que emplea la ley, es acción y efecto de *entrometerse*. Describe así la acción de quien se introduce o penetra donde no se lo llama (Rocca): el agente sigue

un curso de acción que *interfiere* en el ámbito privado de otro, que es lo que la ley trata de prevenir.

El entrometimiento, que asume una forma activa, un hacer (Mosset Iturraspe), puede efectuarse por un hecho propio, o por un hecho de otro por quien se deba responder, consumado por dependientes: así se ha considerado que la empresa periodística responde por los entrometimientos funcionales de los periodistas que le están subordinados (conf. Mosset Iturraspe).

No hay entrometimiento, cuando la intervención es requerida por el propio sujeto que luego se queja de la interferencia sufrida, ni cuando es solicitada por quien tiene autoridad legítima sobre el interferido. Es que en esos casos no hay culpa de quien interviene en los asuntos privados de otro, y la interferencia que la ley quiere evitar en desmedro de la intimidad ajena, es la que implica "un principio de culpa en la penetración" (Rocca).

Empero subsiste el entrometimiento si ocurre por pedido de un tercero ajeno al afectado.

388 bis.⁷ b) *Arbitrariedad del entrometimiento.*— Es esencial para caracterizar al acto lesivo de la intimidad que la interferencia mentada sea *arbitraria*, es decir contraria a la justicia, a la razón o las leyes, o decidida sólo por capricho. Fue Orgaz quien aconsejó la inclusión de este calificativo "ya que en numerosos casos de ejercicio legítimo de un derecho o de cumplimiento de una obligación legal... se causan mortificaciones y aún daños que no comprometen la responsabilidad del agente" (E.D. 60-930, b). Es claro que si la interferencia en la vida ajena está justificada, el art. 1071 bis queda al margen de la situación, v.gr., si un padre secuestra la correspondencia dañosa que recibe un hijo sujeto a su potestad.

388 bis.⁸ c) *Perturbación de la intimidad.*— El resultado de la *interferencia*, para que quede encuadrada en esta disposición, ha de ser la *perturbación* de la intimidad del sujeto interferido. Es un requisito que lo contiene la ley al prohibir cualquier acto que perturbe "de cualquier modo" la intimidad de quien se ve así afectado. Por tanto, "a contrario sensu" no hay acto descalificado por este precepto, si dadas las circunstancias de personas, de tiempo y lugar, *no es apto* para producir la aludida perturbación v.gr. la publicación de una fotografía de un número de revistas exhibido en un teatro, que no es idónea para herir la sensibilidad de las bailarinas.

La ley enuncia especialmente algunos modos de producir ese resultado:

A) *Publicación de retratos*: Esto ya lo prohibía el art. 31 de la ley 11.723, a menos que fuese con fines científicos didácticos o culturales. Rocca estima que ahora sigue jugando la misma excepción; en cambio Goldenberg considera que son regulaciones de ámbito distinto pudiendo plantearse casos autorizados por la ley de propiedad intelectual que son violatorios de la intimidad y viceversa (conf. Cifuentes).

B) *Difusión de correspondencia*. — Como la correspondencia suele ser confidencial (véase *infra*, n.º 1637), su difusión puede implicar la divulgación de un secreto, es decir, algo destinado al solo conocimiento de los corresponsales. El art. 1071 bis se opone a esa divulgación.

C) *Mortificación con respecto a costumbres o sentimientos*. — Todo acto que mortifique a otro, es decir que le causa aflicción, pesadumbre o molestia, sea con motivo de sus costumbres —burlas, ridiculizaciones— sea hiriendo los sentimientos, es una clara lesión a la intimidad que el art. 1071 bis prohíbe: no es una cuestión dudosa.

D) La enunciación de acciones que formula el precepto no es taxativa, sino *ilustrativa* para facilitar su aplicabilidad por los jueces. Es lo que surge incuestionablemente de la mención de *cualquier modo* de perturbación de la intimidad, a que ya se hizo referencia.

388 bis.⁹ d) *Ausencia de delito penal*. — Este es un requisito negativo que viene a delimitar el campo de aplicación del art. 1071 bis. Si el acto lesivo de la intimidad ajena, fuese un delito penal entrarían a funcionar los principios ordinarios de la responsabilidad civil, por cierto más severos que las normas de equidad que están previstos por aquel precepto. Empero, como en igual situación estarían los delitos civiles que no estuviesen incriminados penalmente se trata de un requisito superfluo que debió omitirse (*contra*: Orgaz; *comp.* Goldenberg).

Entre los delitos penales que determinan la exclusión del sistema del art. 1071 bis, cuadra mencionar la violación de secretos que incrimina el art. 153 del Código Penal, la publicación indebida de correspondencia (art. 155, Cód. Penal), calumnias e injurias (arts. 109 y ss. del mismo Código), etc.

388 bis.¹⁰ SUJETO SANCIONABLE. — Es cualquier persona que tenga *autoría* con respecto al acto lesivo de la intimidad ajena. Para ello será menester que haya obrado con discernimiento, intención y libertad, pues de otro modo el acto no le acarreará "obligación alguna" (art. 900). Pero supuesta la voluntariedad del obrar no importa el carácter con que hubiese actuado el entrometido, si lo hizo por cuenta

propia o ajena, en calidad de individuo particular o haciendo abuso de autoridad pública. Es claro que cuando el responsable fuere una persona dependiente su responsabilidad se extenderá al principal (conf. arts. 1113, 1114 y conc.).

Si el acto lesivo fuera *involuntario* el art. 1071 bis no tendrá aplicación pero el remedio de la situación podrá encontrarse en el funcionamiento del art. 907, segunda parte (conf. Guastavino, Mosset Iturraspe). Igualmente, en virtud del argumento "a fortiori", si el acto fuese *inculpable*, pues sería absurdo pensar que el causante inocente de una lesión a la intimidad ajena pudiera estar en mejor condición que el autor de la misma que fuese irresponsable por ser sujeto inimputable.

388 bis.¹¹ CONSECUENCIAS DEL ACTO LESIVO.—Según el art. 1071 bis el acto lesivo de la intimidad puede dar lugar a una triple consecuencia: 1º) cesación de la perturbación; 2º) indemnización equitativa a favor del importunado; 3º) publicación de la sentencia respectiva.

388 bis.¹² a) *Cese de la perturbación*.—Esta es la derivación específica del acto lesivo de la intimidad. El importunado tiene acción para que el juez ordene la *supresión* de todo medio o instrumento perturbador de dicha intimidad, sin cortapisa alguna y cualquiera fuese el efecto gravoso que ello pudiera ocasionarle al entrometido, tales como la destrucción de bienes, reposición de la situación precedente, etc.

Es de notar que se trata de un derecho *estricto* del importunado que la ley no deja librado a la discrecionalidad del juez, cuando la lesión a la intimidad está configurada: "será obligado a cesar en tales actividades..." dice la ley. La frase siguiente que reza "...si antes no hubieren cesado", afea el texto por su extrema obviedad: es claro que no puede hacerse cesar lo que ya ha cesado, por lo que será indispensable suprimir esa superfluidad en la futura reforma de la legislación.

Finalmente, advertimos que esta virtualidad del derecho del afectado es característica derivación del abuso de derecho lo que no ha de extrañar puesto que como se vio la facultad que a aquél acuerda el art. 1071 bis es un típico correctivo del abuso de la libertad en que incurrió el entrometido.

388 bis.¹³ b) *Indemnización equitativa*.—El precepto que se comenta autoriza al importunado a cobrar "una indemnización que fijará equitativamente el juez de acuerdo con las circunstancias". Se trata, así de una indemnización de equidad que tiene analogía con la prevista en otras disposiciones (arts. 907, segunda parte y 1069 "in fine"). Pero no ha de pensarse, como se ha sostenido (Goldenberg).

que esto implica un retaceo del derecho resarcitorio del afectado en su intimidad. De ninguna manera: éste recibirá la total indemnización que le corresponda cuando la lesión configure un acto ilícito culposo o doloso y él pruebe la entidad del daño sufrido. Pero si fallan esos extremos que condicionan el juego de los principios generales, no por ello queda desamparado el importunado que siempre podrá obtener la indemnización de equidad que la discreción judicial le conceda.

En suma, el art. 1071 bis no funciona en contra del afectado en su intimidad sino a su favor, para otorgarle una indemnización de equidad cuando por ausencia de algún extremo legal, no puede pretender una indemnización de derecho estricto.

Las “circunstancias” a que alude el texto apuntan especialmente a la intensidad del perjuicio sufrido —puede haber daño y no culpa, pues si la hubiera se trataría simplemente de un cuasidelito al margen del art. 1071 bis— y a la situación patrimonial de las partes, para graduar la indemnización.

388 bis.¹⁴ c) *Publicación de la sentencia.*— La publicación de la sentencia que define la lesión a la intimidad y sanciona a su autor, está también contemplada para satisfacer al lesionado. Para ello se requiere: 1º que éste lo pida; 2º que el juez considere que tal publicación es “procedente para una adecuada reparación” (art. 1071 bis “in fine”), lo que cae en la prudente apreciación del magistrado, no siendo un imperativo para éste (arg. “podrá” del precepto comentado).

Decidida la publicación de la sentencia ésta deberá realizarse “en un diario o periódico del lugar” (art. 1071 bis) cuya elección competirá al juez y no al lesionado.

388 bis.¹⁵ *APRECIACIÓN CRÍTICA.*— La regulación del derecho a la intimidad, que efectuaron las leyes 20.889 y 21.173, ha suscitado opiniones dispares. Para algún autor se trata de una reglamentación estéril que ha fracasado en el propósito de poner coto al sensacionalismo, lo que atribuye a los medios inadecuados para hacer cumplir sus disposiciones: la no apertura de una vía sumaria para la lesión a la intimidad y la no incriminación penal (Borda). En cambio para otro autor la ley ha brindado la más eficaz protección al bien de que se trata, la más segura e incisiva, mayor quizá que la represión punitiva y todavía más justa que ella dado que permite la amplia tutela preventiva (Cifuentes).

Para Ival Rocca, los “perjudicados” en su vida privada no necesitaban protecciones especiales porque ya estaban amparados por los arts. 1067 y 1069, Cód. Civ., lamentándose que no se haya dado carácter de orden público a la ley que protege la intimidad, pues la negociación de su renuncia agrega un peligro más en su aplicación.

Otros autores encomian la sanción de una ley de protección civil de la intimidad (Cifuentes, Goldenberg, Leonfanti, Mosset Iturraspe, Orgaz, Carranza) aun señalando vacíos o defectos de la regulación actual.

Por nuestra parte pensamos que esta regulación tiene un signo positivo bien nítido, en cuanto enaltece el derecho a la intimidad y crea un sistema de protección que no se confunde ni se superpone con el referente a la responsabilidad por actos ilícitos. Cuando la lesión a la intimidad configura un acto ilícito (prueba de culpa o dolo y de daño), el damnificado resulta amparado por los principios ordinarios de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual. Pero, si falla alguno de los requisitos de los actos ilícitos, entonces el sistema peculiar del art. 1071 bis adquiere la mayor trascendencia, y fija un cuadro de medidas y sanciones que ya ha sido descripto. Sólo cuadra agregar, que atento a la configuración tan amplia de la lesión a la intimidad que puede concretarse "de cualquier modo", el lesionado puede desde la iniciación del pleito obtener mediante la respectiva contracautela, *medidas precautorias* que dispongan hasta el dictado de la sentencia el cese de los actos lesivos de su intimidad (conf. art. 195, Cód. de Proc.).*

388 bis.¹⁶ DERECHO COMPARADO.—Un estudio muy completo del estado del derecho comparado contemporáneo, acerca del derecho a la intimidad, puede ser consultado en el trabajo de la Dra. M. A. Leonfanti publicado en "L.L.", 1975-B, pág. 1319.

II.—ATRIBUTOS INHERENTES A LA PERSONA*

389. NOCIÓN.—Todas las personas, en general, están dotadas de cualidades intrínsecas y permanentes que concurren a constituir la esencia de la personalidad y a determinar al ente personal en su individualidad.⁷¹

Se denominan *atributos inherentes a la personalidad* porque son calidades dependientes e inseparables del ente personal, de manera que no pueden existir sino en él y éste no puede ser sin revestir esas mismas propiedades.

390. ENUMERACIÓN.—Estos atributos son, por definición, comunes a todas las personas, sin distinguos de especies. Tales son: 1º) El nombre; 2º) La capacidad; 3º) El domicilio, y 4º) El patrimonio.

Pero hay ciertos atributos que sólo son propios de una clase de

* BIBLIOGRAFÍA: Orgaz A., *Personas individuales*, Bs. As., 1946, ps. 173-265.

⁷¹ Neppi V., *Principios de derecho civil*, Bs. As., 1947, n° 77, p. 88.

personas. Es lo que ocurre con el estado que no puede predicarse, sino de las personas naturales o visibles.

Por consiguiente, son atributos de las personas naturales, o de existencia visible: 1º) Su nombre; 2º) Su estado; 3º) Su capacidad; 4º) Su domicilio; y 5º) Su patrimonio.

391. CARACTERES.— Los atributos inherentes a la personalidad presentan los siguientes caracteres comunes.

a) *Necesidad*. Los atributos son necesarios en cuanto no puede haber persona alguna que carezca de ellos.

b) *Unidad*. Esto significa que cada persona no puede tener sino un solo atributo del mismo orden: así no puede tener legítimamente dos nombres, ni ostentar dos estados bajo la misma formalidad (ser hijo de dos padres), ni tener cierta capacidad y carecer de ella al propio tiempo, ni tener dos domicilios generales o dos patrimonios generales. Cuando aparentemente ocurrieran estas situaciones el ordenamiento jurídico provee el modo de superar la dificultad precisando cuál es el verdadero atributo de la persona.

c) *Inalienabilidad*. Según esto la persona no puede desprenderse de algún atributo suyo transfiriéndolo a otro. Por lo demás, son elementos que no están en el comercio. Las leyes los instituyen imperativamente, por una razón de bien común.

d) *Imprescriptibilidad*. Por consecuencia del carácter precedente, los atributos son imprescriptibles, en cuanto no se ganan o se pierden por el transcurso del tiempo.

392. PLAN A SEGUIR.— Pasamos seguidamente a estudiar cada uno de los atributos de las personas naturales o de existencia visible, en particular.

III.— EL NOMBRE: SU NATURALEZA JURÍDICA *

393. CONCEPTO.— El nombre es la designación exclusiva que corresponde a cada persona.

* BIBLIOGRAFÍA: Pliner A., *El nombre de las personas*, Bs. As., 1966; Orszag A., *Personas individuales*, ed. Bs. As., 1946, ps. 215-232; Spota A. G., *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 3º, nº 1165 y ss., ps. 317, 524; Borda, G. A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, t. I, núms. 317 y ss., ps. 268-293; Busso E., *Cód. Civil*

Perreau lo define como "el término que sirve para designar a las personas de una manera habitual".⁷²

394. **FUNCIÓN.** — El nombre permite por sí solo o con otras circunstancias la identificación de cada persona en relación con las demás. El hombre constituye un valor en lo jurídico, en lo económico y en lo social; importa, por tanto, que esa unidad valiosa aparezca al solo enunciado de una palabra sin equívoco ni confusión posible.⁷³

394 bis. **CARACTERES.** — Como atributo de la persona que es, el nombre presenta los siguientes caracteres:

1º) Es *necesario*, en cuanto toda persona debe tener un nombre;

2º) Es *único*, en cuanto nadie puede tener más de una denominación;

3º) Es *inalienable*, en cuanto el nombre está fuera del comercio y, por ende no es susceptible de enajenación, ni de renuncia;

4º) Es *inembargable*, por la misma consideración precedente;

5º) Es *imprescriptible*, en cuanto no se adquiere ni se pierde por el solo transcurso del tiempo, aunque en ocasiones el uso puede ser un factor computable en concurrencia con otros, para coadyuvar a la adquisición: así el uso del apellido del guardador por un niño abandonado (ver *infra*, nº 446);

6º) Es *inmutable*, en cuanto nadie puede cambiar voluntariamente de denominación. El cambio sólo procede cuan-

anotado, ed. Es. As., 1944, t. I, ps. 469-487; Salvat R., *Parte General*, 5ª ed., ps. 282-308; Etcheverry Boneo R., *Derecho al nombre*, La Plata, 1910; Cermesoni F., *Legislación del nombre*, "J. A.", t. XI, ps. 536 y ss.; Salas A. E., *El nombre de la persona física*, "J. A.", 1943-III, sec. doct., p. 36; Perreau E. H., *Le droit au nom en matière civile*, París, 1910; Acuña Anzorena A., su nota en "J. A.", t. 45, ps. 485 y ss.; Legón, Fernando, su nota en "J. A.", t. 51, ps. 585 y ss.; Rodríguez A. J., su nota en "J. A.", t. 2, p. 900; Planiol, Ripert y Savatier, *Tratado práctico*, t. I, núms. 96 y ss., ps. 89-136.

⁷² Perreau, *Le droit au nom en matière civile*, París, 1910, p. 7.

⁷³ Josseland, *Cours de droit civil positif français*, París, 1930, t. I, nº 207.

do la modificación del estado civil lo autoriza, v.gr., el matrimonio de la mujer, la adopción, etc. (ver *infra*, nº 452). En coincidencia con este carácter, dice el art. 15, primera frase, de la ley 18.248: *Después de asentados en la partida de nacimiento el nombre y apellido, no podrán ser cambiados ni modificados sino por resolución judicial, cuando mediaren justos motivos;*

7º) *Es indivisible*, en cuanto la persona tiene el derecho y el deber de llevar un mismo nombre frente a todos (ver *infra*, nº 463).

395 EVOLUCIÓN HISTÓRICA. — En la antigüedad cada individuo tenía un nombre propio que no transmitía a sus hijos: así Saúl, David, Salomón, Daniel, Ciro, Asurbanipal, Nabucodonosor, Sesostris, Ptolomeo, etc. Pero la densidad creciente de los pueblos y la conveniencia de mostrar en el nombre de algún modo la familia a que la persona pertenece, hizo abandonar ese sistema inorgánico e individualista.

En Roma, el nombre estaba integrado por varios elementos: 1) el *prænomen*, designación individual de la persona; 2) el *nomen* o *nomen gentilitium* o designación propia de la gens o familia; 3) el *cognomen*, comenzado a usar al final de la República, era una designación de una rama de la primitiva gens. Así el general romano Publio Cornelio Escipión, llevaba una denominación integrada por el *prænomen* o nombre individual (Publio), por el *nomen* (Cornelio) que correspondía a la gens Cornelia y por el *cognomen* (Escipión) que pertenecía a la rama de los Escipiones de aquella gens. Por sus éxitos contra los cartagineses, sus compatriotas lo apodaron admirativamente "el Africano", y pasó a llamarse Publio Cornelio Escipión "Africanus". Éste era un "agnomen" que por la nombradía del que lo llevaba y el deseo de sus descendientes de manifestar su vinculación con el prócer, se hizo hereditario en la familia del gran general romano.

Con la caída del Imperio Romano desapareció ese preciso sistema de denominación de las personas que tenía la ventaja de manifestar de entrada la familia y subfamilia a la que ellas pertenecían.

Durante la Edad Media se volvió al primitivo sistema del nombre unipersonal, primero tomado de los usados por los germanos y luego bajo la influencia de la Iglesia, tomado de los santos. Hacia el siglo VIII para facilitar la individualización y evitar la homonimia, nació paulatinamente la costumbre de agregar al nombre de pila un sobrenombre que aludía a la profesión del individuo, o a un defecto suyo o a una característica del lugar, tales como Juan Herrero, o Pablo

Calvo, Pedro del Río, o bien el nombre del padre, así: Domingo hijo de Martín, Diego hijo de Gonzalo. Prontamente la locución "hijo de" fue sustituida por la terminación "ez", proliferando los apellidos Martínez, González, Rodríguez, Pérez, Fernández, etc., que se hicieron hereditarios en la respectiva familia. Los nobles también usaron a modo de apellido la denominación de la tierra perteneciente a su señorío.

En la forma explicada se originaron la mayoría de los apellidos de nuestra época, que completan la denominación de las personas.

396. REGLAMENTACION LEGAL TOTAL IMPORTANCIA DE LA COSTUMBRE— Hasta el año 1969 sólo en mínima parte el régimen relativo al nombre era de origen legal, en nuestro país.

El Código Civil había omitido la consideración de esta materia. El nombre aparecía mencionado por el art. 79 para indicar que se prueba por la constancia de la partida de nacimiento.

El decreto-ley 8204/63 contenía en su art. 46 algunas reglas que disciplinaban la elección del nombre de pila, o prenombre. El art. 6º de la ley 14.367 regía lo relativo al apellido de los hijos extramatrimoniales. Los arts. 43 a 45 del decreto-ley 8204/63 sentaban directivas referentes a la anotación de apellido en las partidas de nacimiento e, indirectamente, venían a regir en esos aspectos lo concerniente al apellido.

Fuera de ello, el régimen del nombre era de origen consuetudinario. Por esta razón adolecía de cierta incertidumbre que paulatinamente iban superando los numerosos pronunciamientos judiciales dictados en esta materia. El aporte jurisprudencial ha sido muy importante y gracias a él el régimen del nombre había adquirido notable coherencia.

Al sancionarse el 10 de junio de 1969 la ley 18.248 se ha plasmado con escasa variante, la aludida jurisprudencia. Por tanto, desde entonces el régimen del nombre ha dejado de tener base consuetudinaria, para pasar a ser estrictamente legal.

397. LEGISLACIÓN COMPARADA.— En el derecho extranjero existe la tendencia a incluir el régimen del nombre en el cuerpo de la codificación.

Así en los códigos alemán (art. 12), suizo (art. 29), e italiano (arts. 6º a 9º).

398. LOS PROYECTOS DE REFORMA.— En nuestro país se ha proyectado igualmente la inclusión del régimen del nombre en el Código Civil: Anteproyecto Bibiloni, arts. 50 a 53 de la primera redacción, arts. 47 a 50 de la segunda redacción; Proyecto de 1936, arts. 26 a 29; Anteproyecto de 1954, arts. 34 a 39.

En el año 1948 el Senado aprobó un proyecto de ley sobre el nombre de las personas físicas, bastante completo, que no fue tratado por la Cámara de Diputados.

399. NATURALEZA JURÍDICA DEL NOMBRE.— Diver-
sas son las teorías sustentadas por los autores acerca de la naturaleza jurídica del nombre:

1) "*Derecho de propiedad*". Para la jurisprudencia francesa desde mediados del siglo pasado el nombre constituye un derecho de propiedad análogo al que se tiene sobre las cosas materiales, lo que se advierte —se dice— porque el titular del nombre puede hacerlo valer "*erga-omnes*".

Pero la crítica ha destruido esta concepción, que ya no es sostenida por la doctrina del país de origen. Es que no puede hablarse de propiedad, ni por analogía, respecto de una institución que carece de los caracteres típicos de aquélla como la exclusividad, la disponibilidad, la prescriptibilidad y la valuación pecuniaria.⁷⁴

2) "*Propiedad sui-generis*". En vista de las críticas que mereció aquella teoría esta otra dice que se trata de una propiedad sui-generis, con lo que nada se sabe de la razón por la cual se la asimila a la propiedad. Es una opinión también abandonada, que fue sustentada en Francia por Huc y entre nosotros por Cermesoni.⁷⁵

3) "*Derecho de la personalidad*". Se sostiene por varios autores, tales como Saleilles, Perreau, Maccario, Etcheverry Boneo y Bibiloni, que el nombre es fundamentalmente uno de los derechos destinados a la protección de la personalidad. Al permitir diferenciar a cada hombre de los demás se convierte en un elemento de su propia personalidad, lo que explica la protección jurídica que se le dispensa.⁷⁶

⁷⁴ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 318, ap. a), p. 269; Arauz Castex M., *op. cit.*, nº 383, p. 212; Salvat R., *op. cit.*, nº 653, ps. 300-301.

⁷⁵ Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, París, 1892, t. III, nº 37, p. 49, y t. IV, nº 91, p. 122; Cermesoni F., nota en "J. A.", t. 11, p. 536.

⁷⁶ Saleilles R., *Revue Critique*, año 1900, t. XXIX, p. 94; Maccario, *La*

4) "*Institución de policía civil*". Para algunos autores el nombre es la forma obligatoria de designación de las personas, por lo que no configuraría un derecho, sino una obligación impuesta por la sociedad interesada en la identificación de las personas. Es la tesis de Planiol y Baudry-Lacantinerie, seguida también por Orgaz.⁷⁷

5) "*Institución compleja*". Se la reputa tal porque protege intereses individuales y sociales. Si el nombre constituye un derecho subjetivo, en cuanto protege un bien de la vida, también cumple una función de interés social que consiste en la identificación de las personas. Tal la posición asumida entre otros por Ferrara, Capitant, Jossierand, y entre nosotros por Salvat, Borda, Legón, Salas Díaz de Guijarro y Acuña Anzorena.⁷⁸ Ha sido descripta muy felizmente por Hémard, quien dice que el nombre es un derecho-obligación de identidad.⁷⁹

Nosotros compartimos esta postura. No nos convence la crítica que se ha hecho en el sentido de que sería contradictoria por afirmar que consiste al propio tiempo en un derecho y un deber. Hay instituciones complejas como la patria-potestad que confieren un derecho para que el titular pueda mediante su ejercicio llenar el deber correlativo que le compete. Similarmente pasa con el nombre, que es un derecho de la personalidad, pero no sólo eso, sino que desempeña una función social de identificación personal de la que el propio interesado no puede desentenderse.

Esta comprensión es la que surge del art. 1 de la ley 18.248, que dice así: "*Toda persona natural tiene el derecho y el deber de usar el nombre y apellido que le corresponde de acuerdo con las disposiciones de la presente ley*".

6) Otros autores adoptan posiciones más particulares. Arauz Castex se limita a decir que es un atributo de la persona, sin indagar el fundamento o razón de ser de que sea considerado tal.^{79 bis} Por su parte

sanction civile du droit au nom, París, 1921, p. 8; Etcheverry Boneo R., *Curso de Derecho Civil, Parte General*, Bs. As., 1942, t. I, n° 270, p. 245; Perreau, *op. cit.*, ps. 27 y ss.; Bibiloni J. A., *Anteproyecto*, nota al art. 50

⁷⁷ Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, París, 1925, t. I, n° 398, p. 154; Baudry-Lacantinerie G. et Houques Fourcade, *Des Personnes*, 3ª ed., 1907, t. I, n° 294 bis; Orgaz A., *op. cit.*, ps. 218-219, n° 3.

⁷⁸ Ferrara F., *Traitato di diritto civile italiano*, vol. I, parte 1ª, Roma, 1921, n° 117, p. 570; Capitant H., *Introduction au droit civil français*, París, 4ª ed., n° 131, p. 174; Jossierand L., *op. cit.*, n° 219; Salvat R., *op. cit.*, n° 657, ps. 302 y 303; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 318, p. 270, ap. d); Legón Fernando, nota en "J.A.", t. 51, p. 584; Salas A. E., en "J.A.", 1943-III, sec. doct., p. 36; Acuña Anzorena A., nota en "J. A.", t. 45, p. 489; Díaz de Guijarro E., nota en "J. A.", 1950-II, p. 416.

⁷⁹ Hémard, *Précis de droit civil*, París, 1928, t. I, n° 68, p. 35.

^{79 bis} Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 383, p. 213, ap. 3º).

Spota dice que es atributo de la persona pero también un derecho subjetivo intelectual extrapatrimonial.⁸⁰

IV.— EL NOMBRE INDIVIDUAL: REGLAS CONCERNIENTE AL MISMO *

400. NOCIÓN.— El nombre individual, o nombre de pila, es el elemento individual del nombre que sirve para distinguir a la persona dentro de su familia.⁸¹ Como es susceptible de forma masculina y femenina indica de entrada el sexo de la persona designada.

401. ADQUISICIÓN.— Interesa saber cómo se adquiere el nombre de pila o individual, lo que se presta a diversas opiniones. Recientemente la ley 18.248 ha adoptado un criterio al respecto.

a) Para Busso, el prenombre se adquiere por la *inscripción* que del mismo se haga en el acta de nacimiento.⁸² Pero esta comprensión deja sin derecho al nombre a aquellas personas cuyo nacimiento no ha sido denunciado al Registro Civil.

b) Para Perreau, el nombre individual se adquiere no tanto por la inscripción, sino por la *decisión* que toma la persona con facultad para elegir el nombre, de modo que la inscripción no sería sino la prueba de aquella voluntad.⁸³ Merece la misma objeción anterior, cuando se ignora quién es el que ha puesto el nombre a las personas no inscriptas.

c) Para nosotros el nombre individual se adquiere por el uso. De ahí que las personas cuyo nacimiento no haya sido denunciado, tienen derecho al nombre individual que el uso les ha impuesto. De ahí también, que cuando no obstante la inscripción de cierto nombre individual en la partida de nacimiento la persona ha llevado otro, a veces con alguna variante fonética escasa, se admite la rectificación de la

⁸⁰ Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3^o, n^o 1171, p. 347.

* BIBLIOGRAFÍA: Pliner A., *La ley del nombre*, "J. A.", Doctrina-1969, ps. 484 y ss.; López Olaciregui J. M., *Elección de nombre*, "J. A.", 1945-II, p. 465; Dassen J., *Elección del prenombre*, "J. A.", 1947-I, sec. doctr., p. 32; Allende G. L., *Sobre el nombre de las personas de existencia visible*, "L. L.", t. 81, p. 744; Pecach R., su nota en "J. A.", t. 63, p. 131; Arigós Carlos R., su nota en "J. A.", 1962-I, sec. doctr., p. 67.

⁸¹ Planiol M., *op. cit.*, t. I, n^o 403, p. 156.

⁸² Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 79, p. 475, n^o 67.

⁸³ Perreau, *op. cit.*, ps. 437-438.

partida por vía judicial, luego de demostrarse que la persona es conocida por el nombre que lleva y no por el que indica la partida.

d) El legislador de 1969, ha contemplado el punto en el art. 2º de la ley 18.248, cuya primera frase dice: “*El nombre de pila se adquiere por la inscripción en el acta de nacimiento*”. De ese modo aparece recogido el criterio propiciado por Busso. Sin embargo no ha dejado de contemplarse la hipótesis ya mentada de la persona cuyo nacimiento no ha sido inscripto oportunamente. En tal caso, también el uso hace sentir su influencia, pues, se refiere a él, el citado art. 2º de la ley 18.248, que en su parte final dice: “*Cuando una persona hubiese usado un nombre con anterioridad a su inscripción en el Registro, se anotará con él, siempre que se ajuste a lo prescripto en el art. 3º*”. Es una previsión apropiada, de la que se hace eco el art. 6º, *in fine*, de dicha ley.

402. ELECCIÓN: A QUIEN CORRESPONDE. — Sentado el criterio legal de adquisición del nombre de pila por su inscripción en el acta de nacimiento correspondiente, interesa sobremanera definir a quien le corresponde elegir el nombre de la criatura

Se entiende que este punto es una consecuencia de la patria-potestad y en consecuencia compete la elección del nombre a aquel de los progenitores que tiene el ejercicio de aquella, lo que diferirá según el carácter de la filiación.

a) Tratándose de hijos *legítimos*, la elección corresponde a los padres, en razón de ejercer la patria potestad conjuntamente (art. 264, Cód. Civil, texto según la ley 23.264). Así lo dispone la ley 18.248, cuyo art. 2º, reformado por la ley 23.264, luego de sentar el principio de adquisición del nombre de pila por la inscripción, agrega: “Su elección corresponde a los padres; a falta, impedimento o ausencia de uno de ellos, corresponde al otro o a las personas a quienes los progenitores hubiesen dado su autorización para tal fin. En defecto de todo ello pueden hacerlo los guardadores, el Ministerio Público de Menores o los funcionarios del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

El orden en que se enuncian quiénes están habilitados para imponer el nombre a la criatura, indica la prelación entre ellos en caso de conflicto. Por tanto, toca esa función a los funcionarios del Registro Civil, sólo cuando los anteriormente mencionados faltasen o no ejercieren la facultad de elección del nombre.

b) Si los hijos son *extra-matrimoniales*, la elección del nombre individual compete al padre o madre que lo hubiera reconocido, contemporáneamente a la denuncia del nacimiento, a menos que ésta se hiciera tardíamente, pues entonces deberá inscribirse el nombre que

haya usado la criatura (conf. art. 2º, *in fine* de la ley 18.248). Cuando el reconocimiento lo fuere por parte de ambos padres, la elección pertenece al padre, por la misma disposición ya expresada. Pero es de notar que si el reconocimiento de la filiación se produjera después de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, ya no será posible alterar el nombre allí consignado sino en función de la aplicación de los principios referentes al cambio de nombre, que estudiamos en el nº 434 y siguientes, adonde remitimos.

c) Finalmente si se trata de hijos *extra-matrimoniales no reconocidos*, por sus padres, la elección del nombre debe ser hecha por el funcionario correspondiente (conf. art. 2º, ley 18.248 ya transcripto). Según una antigua prescripción municipal, en tal caso, debía inscribirse los "con dos nombres a efectos de que el segundo haga las veces de apellido" (art. 72 del antiguo reglamento interno del Registro Civil de la Capital), disposición que fue muy criticada porque se decía que denunciaba el origen espurio del niño.

A nosotros siempre nos pareció que tal crítica era injustificada, porque son tan numerosos los apellidos con significación de nombre que "a priori" no hay indicio alguno que permita conocer el carácter de la filiación de los apellidos de esa manera. Y por el contrario, el sistema adoptado por aquella reglamentación tenía la ventaja de hacer menos notorio el cambio de denominación de la persona cuando por razón del reconocimiento de su filiación, ella adicionaba el apellido del progenitor que la había reconocido.

403. REGLAS PARA LA ELECCIÓN DEL NOMBRE INDIVIDUAL. — Esta es materia regida por la ley 18.248.

En principio, la elección es discrecional porque el art. 3 de dicha ley así lo reconoce: "*El derecho de elegir el nombre de pila se ejercerá libremente, con la salvedad de que no podrán inscribirse:*

1) *Los nombres que sean extravagantes, ridículos, contrarios a nuestras costumbres, que expresen o signifiquen tendencias políticas o ideológicas, o que susciten equívocos respecto del sexo de la persona a quien se impone.*

2) *Los nombres extranjeros, salvo los castellanizados por el uso o cuando se tratare de los nombres de los padres del inscripto, si fuesen de fácil pronunciación y no tuvieran traducción en el idioma nacional. Queda exceptuado de esta*

prohibición el nombre que se quisiera imponer a los hijos de los funcionarios o empleados extranjeros de las representaciones diplomáticas o consulados acreditados ante nuestro país, y de los miembros de misiones públicas o privadas que tengan residencia transitoria en el territorio de la República.

- 3) *Los apellidos como nombre.*
- 4) *Primeros nombres idénticos a los de hermanos vivos.*
- 5) *Más de tres nombres.*

Las resoluciones denegatorias del Registro de Estado Civil serán recurribles ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil dentro de los quince días de notificadas’.

Son conceptos claros que no requieren comentario porque se explican por sí solos.

404. DISCUSIÓN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS RESTRICTIVAS MENCIONADAS.— Se ha discutido la constitucionalidad de las disposiciones del decreto-ley 11.609/43, similares a las contenidas en el art. 3º de la ley 18.248 actualmente vigente.

a) En el caso “Moxey” la Corte Suprema resolvió que podían imponerse los nombre de “Keith” y “Fleming” por resultar contraria a la libertad de cultos la restricción de circunscribir los nombres de las personas a los que figuran en el santoral. El fallo no se refería al régimen del decreto-ley citado, no obstante ser de fecha posterior y tratarse de una materia notoriamente de orden público que obligaba entonces a su aplicación retroactiva (véase supra núms. 175 y ss.), sino a la costumbre que según el tribunal apelado, contenía aquella exigencia.⁸⁴

Borda ha criticado acertadamente este fallo. Para él “el argumento es insostenible porque la imposición del nombre de un santo católico no significa practicar esta religión sino simplemente seguir un uso del país”.⁸⁵

b) En fallos posteriores, alterada la composición de la Corte Suprema, el alto tribunal declaró la constitucionalidad de las disposiciones

⁸⁴ C.S.N., “J. A.”, 1945-II, p. 465 y “L. L.”, t. 38, p. 409, con disidencia del ministro doctor Tomás D. Casares; y nota del doctor José M. López Olaciregui titulada *Elección del nombre. Los derechos personalísimos y los derechos patrimoniales frente a las garantías constitucionales*, “J. A.”, 1945-II, p. 465.

⁸⁵ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 336, ap. a), p. 280.

del decreto citado en cuanto excluye la imposición de nombres extranjeros insusceptibles de traducción castellana y en cuanto indica los del santoral cristiano que tienen razón de ser en la estirpe y en la formalidad espiritual de la Nación expresamente reconocida por la Constitución en sus arts. 2º, 67, inc. 15 y 76.⁸⁶

c) En el año 1957, con una nueva composición del tribunal supremo, se renovó la cuestión, decidiéndose por mínima mayoría que no se justificaba la restricción de la libertad de elegir el nombre a imponerse a las personas, cuando el nombre extranjero sin traducción al español es de fácil escritura y pronunciación, no resulta ridículo ni tiene alusiones deshonestas en castellano, y además es el de algunos de los ascendientes del recién nacido. Por ello declaró la inconstitucionalidad del decreto-ley de referencia en cuanto impedía al padre imponer a su hijo el nombre de "Kirk".

Para la Corte "se trata de una cuestión en que resulta difícil enunciar principios positivos invariables y que debe ser decidida en cada caso verificando si existe o no razón suficiente para restringir la originaria libertad, no pudiendo afirmarse, en general, que los nombres extranjeros que no tengan traducción al castellano, deban quedar excluidos "a priori" so pretexto de que al país le interesa la asimilación de los extranjeros de modo que no queden rastros en el futuro de ese origen distinto".⁸⁷

Según la minoría del tribunal, que dio la opinión que juzgamos acertada, las restricciones contenidas en el decreto-ley 11.609/43 no son arbitrarias ni irrazonables, y como "los motivos de conveniencia social o de interés general que determinan al legislador a establecer limitaciones al ejercicio de los derechos son extraños a la crítica de los jueces, desde que se trata de una cuestión política y no jurídica... sería ilegítimo ponderarlos para impugnar la regulación legal de inconstitucional".⁸⁸

En suma, entendemos que la Corte con esta decisión se substituyó al Poder Legislativo reservándose la facultad de apreciar en cada caso si las restricciones que se establecen son o no legítimas.

d) En el año 1958, ya con una nueva constitución del alto cuerpo, se ha producido una variante en la doctrina de la Corte. En el caso "King" se discutió la posibilidad de imponer el nombre "Malcolm"

⁸⁶ C.S.N., "J. A.", 1948-I, p. 335 y "L. L.", t. 50, p. 137; id. id., t. 50, p. 810.

⁸⁷ C.S.N., "L. L.", t. 89, p. 602, mayoría formada por los ministros doctores A. Orgaz, E. V. Galli y C. Herrera.

⁸⁸ Voto de la minoría integrada por los ministros doctores M. Argañarás y B. Villegas Basavilbaso, en "L. L.", t. 89, p. 603.

decidiendo la Corte que "el decreto-ley 11.609/43 limita razonablemente la elección del nombre de las personas en consideración al interés público de la materia"⁸⁹ por lo que confirmó la sentencia de la Cámara Civil que había desaprobadado la imposición de ese nombre.

404 bis. El nuevo régimen instituido por la ley 18.248 ha sentido el impacto de la doctrina de la Corte, en los casos "Moxey" y "Kirk", permitiendo la imposición de nombres extranjeros con cierta facilidad si se atiende a los extremos condicionantes de esa posibilidad. Es un criterio legal razonable.

V.— APELLIDO. DISTINTOS CASOS: HIJOS LEGÍTIMOS, EXTRA-MATRIMONIALES Y ADOPTIVOS

405. NOCIÓN. — El apellido es la designación común a todos los miembros de una misma familia. Identifica, pues, al grupo familiar; pero vinculado al nombre de pila determina la identificación del individuo.

406. ADQUISICIÓN. — La adquisición del apellido puede ser *originaria* o *derivada*. Es originaria cuando se vincula a la filiación del individuo. Es derivada cuando tiene lugar por el cambio de estado del mismo.

Nos referiremos a ambos modos de adquisición del apellido.

407. A) ADQUISICIÓN ORIGINARIA. — Existen variantes en la adquisición originaria del apellido, según que la filiación de la persona sea legítima o extramatrimonial. Nosotros seguimos usando la calificación de legítima por ser la expresión que traduce adecuadamente la situación del hijo y no estar ella prohibida por la ley 14.367, como lo hemos dicho antes (véase *supra*, n^o 39, nota 47).

⁸⁹ C.S.N., "L. L.", t. 96, fallo n^o 43.964, con valiosa nota del doctor G. A. Borda, titulada *Vicisitudes de la jurisprudencia de la Corte Suprema en torno al nombre de pila*. Conf. C.S.N., "Fallos", t. 250, p. 194. Ulteriormente la Corte ha decidido que con arreglo a su jurisprudencia actual, la limitación legal de la elección de nombre, con fines que interesan al orden público, no vulnera principio ni garantía alguna de la Constitución Nacional (C.S.N., "L. L.", t. 106, p. 468). Por tanto la doctrina sentada en el caso "Moxey", luego mantenida al aceptar el nombre "Kirk", debe entenderse rectificada. Conf. Cám. 1^a Bahía Blanca, "L. L.", t. 107, p. 690.

En cuanto a las filiaciones incestuosas y adulterinas ellas han quedado eliminadas por la ley mencionada que las ha subsumido en el género de las filiaciones extramatrimoniales.

408. a) **FILIACIÓN LEGÍTIMA.**— El hijo concebido dentro de matrimonio tiene obligatoriamente el apellido del padre al que puede agregar facultativamente, el apellido de la madre.⁹⁰ En tal sentido dice el art. 4 de la ley 18.248: “Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado desee llevar el apellido compuesto del padre o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los dieciocho años”.

“Una vez adicionado el apellido no podrá suprimirse”.

Observamos que esta facultad de optar por un apellido compuesto es una potestad del hijo que no cae bajo el control de las autoridades como ya se decidiera con anterioridad a la sanción de la ley 18.248.⁹¹ La solicitud de que habla esta ley es solo a los efectos registrales.

Es de notar que la adquisición por el hijo del apellido paterno, es independiente de la voluntad paterna. Por lo demás el apellido no se transmite por vía hereditaria, sino que es una consecuencia del carácter legítimo de la filiación, e independiente de la voluntad del padre o del hijo. Esta voluntad con predominio final de la del hijo, sólo cuenta para optar por un apellido compuesto en la forma antes expresada.

409. b) **FILIACIÓN EXTRA-MATRIMONIAL.**— Esta filiación es la que corresponde a los hijos concebidos fuera de

⁹⁰ Conf. Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 79, núms. 34-35, p. 472; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 322, p. 271; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 393, p. 217; Spota A. G., *Tratado...*, t. I, vol. 3^o, n° 1176, ps. 359 y ss.; Terán Lomas R., nota en “L. L.”, t. 47, p. 517; Cám. Civil 2^a, “J. A.”, 1944-II, p. 517 y “L. L.”, t. 34, p. 301; juez doctor H. Dobranich, “J. A.”, 1943-II, p. 294, con valioso dictamen del fiscal doctor Luis U. de Iriondo. Comp. Salvat R., *op. cit.*, n° 612, p. 267.

⁹¹ Tratándose de una facultad optativa del hijo adicionar el apellido de la madre, puede proceder a ello sin autorización judicial: Cám. Civ., Sala “B”, “L.L.”, t. 78, p. 572.

matrimonio, sea que los padres tuvieran o no impedimento para contraer nupcias entre sí, en aquel momento.

El hijo extra-matrimonial tiene el apellido del padre o madre que lo ha reconocido, espontánea o forzosamente por la admisión de una acción de filiación. Así lo consigna el art. 5 de la ley 18.248, en los siguientes términos: *“El hijo extra-matrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores adquiere su apellido”*.

“Si es reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre. Podrá agregarse el de la madre, en la forma dispuesta en el artículo anterior. Sin embargo, si el reconocimiento del padre fuese posterior al de la madre, podrá con autorización judicial, mantenerse el apellido materno cuando el hijo fuese públicamente conocido por éste. El hijo estaría facultado también, con autorización judicial, para hacer la opción dentro de los dos años de haber cumplido los dieciocho años, de su emancipación o del reconocimiento paterno si fuese posterior”.

“Si la madre fuese viuda, el hijo llevará su apellido de soltera”.

410. FILIACIÓN DESCONOCIDA. — Cuando se ignora la filiación del hijo, no sabiéndose si ésta es legítima o extra-matrimonial, no se pueden seguir las reglas legales explicadas en los números anteriores.

Para tal supuesto, el art. 6º de la ley 18.248 impone al funcionario el deber de atribuir al denunciado —obsérvese que esto tendrá lugar con motivo de la denuncia de un nacimiento de criatura de filiación desconocida— “un apellido común”, a menos “que hubiese usado apellido, en cuyo caso se le impondrá éste”.

“Si mediare reconocimiento posterior, el apellido se sustituirá por el del progenitor que lo reconociere, en la forma ordenada en el artículo anterior. Si fuese conocido por el apellido inscripto, estará facultado para mantenerlo, de acuerdo con las reglas del mismo artículo”.

“Toda persona mayor de dieciocho años que careciere de apellido podrá pedir ante el Registro de Estado Civil la inscripción del que hubiese usado”.

411. FILIACIÓN ADULTERINA O INCESTUOSA. — Con anterioridad a la sanción de la ley 14.367 se discutía si los hijos adulterinos o incestuosos

tuosos tenían derecho a usar el apellido de aquel progenitor que los hubiera reconocido voluntariamente —en el régimen anterior el hijo carecía de acción para obtener el reconocimiento forzado de su filiación— o respecto del cual hubiere quedado establecido la filiación de aquel carácter por efecto de la admisión de otra acción, por ejemplo si el marido desconoce la paternidad probando el adulterio de la mujer con un tercero (conf. art. 252 del Código Civil).

Nosotros siempre pensamos, y así lo enseñamos en la cátedra universitaria, que debían aplicarse por analogía los principios de la filiación natural, en lo concerniente al nombre. Pues siendo éste un atributo de la persona que tiene una íntima conexión con el estado, a tal punto que Bonnacase ha estimado al nombre como la expresión material del estado,⁹²⁻⁹⁴ fijado el estado de la persona, queda también fijado el nombre que le corresponde.⁹⁵

En la actualidad la discusión ha perdido todo interés porque como se ha dicho, la ley 14.367 ha eliminado las categorías de hijos adulterinos e incestuosos, que han venido a quedar refundidas en la única categoría de hijos extramatrimoniales.

412. c) FILIACIÓN ADOPTIVA. — El tercer caso de adquisición originaria de un apellido es el que presenta la filiación adoptiva. Podría pensarse que no hay allí una adquisición originaria desde que con anterioridad a la adopción el adoptado ha podido tener otro apellido. Pero con relación a la filiación adoptiva sí lo es, porque la adquisición del apellido del adoptante se produce en el mismo momento en que la adopción se consuma. Por tanto establecida la adopción queda desde su mismo origen fijado el apellido del adoptado.

Hay alguna diversidad en el régimen del apellido del adoptado, según que haya mediado adopción *plena* o *simple*.

412^{bis}. ADOPCIÓN PLENA. — La adopción plena borra la filiación originaria del adoptado e injerta a éste *“en la fa-*

⁹²⁻⁹⁴ Bonnacase J., *Elementos de derecho civil*, ed. Méjico, 1946, t. I, n° 266, p. 327.

⁹⁵ Conf. Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3^o, n° 1179 bis, p. 370; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 327, p. 275; Díaz de Guijarro E., sus notas en “J. A.”, 1953-I, p. 330 y “J. A.”, 1953-II, p. 396; Terán Lomas R., su nota en “L. L.”, t. 72, p. 144; Cám. Civ., Sala “D”, “L. L.”, t. 64, p. 530 y “J. A.”, 1952-II, p. 121; *id.*, Sala “A”, “L. L.”, t. 72, p. 149; Cám. Ap. San Nicolás, “J. A.”, 1953-I, p. 330; Sup. Corte Tucumán, “L. L.”, t. 75, p. 182. Contra: Salvat R., *op. cit.*, n° 617, p. 289.

milia del adoptante con “los mismos derechos y obligaciones del hijo legítimo”, (art. 14 “in fine”, ley 19.134). Esa asimilación se refleja en el modo de adquisición del apellido.

A ese respecto dice el art. 17, cláusula 1ª de la ley de adopción 19.134: “El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante o su apellido compuesto si éste solicita su agregación”.

Fuera de ello el hijo adoptivo puede “después de los dieciocho años solicitar esta adición” (art. cit. cláusula 3ª).

Para la adecuada comprensión de este precepto con relación al apellido que resulta obligatorio ^{95 bis} para el hijo adoptivo deben efectuarse algunas precisiones según que el adoptante fuere varón, o mujer, o finalmente que fuesen cónyuges.

413.— 1) Si el adoptante es varón, sea casado o soltero, no hay duda acerca de que es su propio apellido, el que debe llevar obligatoriamente el hijo adoptivo, sea en forma simple o bien compuesta si así lo decide el adoptante, o luego el hijo.

414.— 2) Si quien adopta es mujer, cabe distinguir si es de estado soltera, casada, viuda o divorciada.

Si la adoptante es soltera, su propio apellido de tal pasa a ser el apellido del adoptado. Casando la adoptante, puede considerarse el hecho como justificativo del cambio de apellido del adoptado, especialmente si éste tiene corta edad (véase *infra*, nº 449, 1º).

Si la adoptante es casada, tampoco había dificultad antes de la ley 18.248 en que el adoptado adquiriera el apellido del marido de aquélla que es el propio de la adoptante por efecto del matrimonio. Como por otra parte, para adoptar la esposa necesitaba la conformidad de su marido (conf art. 8º, ley 13.252) ninguna injuria se hacía a éste por la atribución de su apellido al hijo adoptivo de su esposa.⁹⁶ Empe-

^{95 bis} Se había decidido ya antes de la ley 18.248 que el carácter obligatorio del apellido del adoptante no impedía a éste solicitar que se permitiera al adoptado seguir usando su anterior apellido: Cám. Civ., Sala “C”, “L. L.”, t. 107, p. 194. Comp. Cám. Civ., Sala “D”, “L. L.”, t. 74, p. 71. Ahora luego de la ley 19.134, esa posibilidad no puede funcionar con respecto a la adopción plena, sino solamente con relación a la adopción simple.

⁹⁶ Comp., con anterioridad a la ley 18.248, Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3 ³ nº 1180, ap. c), p. 376, quien entendía que el apellido del adoptado era el de soltera de la adoptante, sin perjuicio de que en supuestos especiales se autorizara judi-

ro, la ley 19.134 en su art. 17, párrafo último, establece: "Si la adoptante fuese viuda o mujer casada cuyo marido no hubiese adoptado al menor, éste llevará el apellido de aquélla salvo que existieran causas justificadas para imponerle el de casada". Es una solución objetable que permite la no coincidencia de apellido de la adoptante (conf. art. 8º, ley 18.248) y el adoptado (ver a este respecto *infra*, nº 418 bis).

Siendo la adoptante viuda, como ésta conserva el apellido del marido fallecido, por fuerza de la costumbre, que según sabemos regía a esta materia antes de la ley 18.248, el adoptado recibía el apellido del difunto.⁹⁷ Se trataba siempre de la aplicación del principio según el cual el adoptado toma el apellido del adoptante que en este caso particular es también el del difunto esposo de la viuda.

Esta solución abundantemente reiterada por la jurisprudencia, había sido criticada por Borda, quien entiende que el apellido del adoptado debe ser el apellido de soltera de la adoptante, para que si ésta vuelve a casar no resulte el hijo adoptivo llevando el apellido de un extraño.⁹⁸

Nosotros no participamos de esa opinión crítica y nos parece que la solución de la jurisprudencia era acertada. La última situación puede obviarse recabando un cambio de apellido para el adoptado (véase *infra*, nº 449, 1), y en cambio la solución propuesta por Borda tiene la desventaja de resultar desdorosa para la adoptante, que aparecería "prima facie" ante la sociedad como madre natural del adoptado que llevara su apellido de soltera y no el de su marido difunto. Finalmente, nunca se trataría del apellido de un extraño, puesto que por serlo del esposo difunto sería consiguientemente el apellido de la adoptante al tiempo de la adopción. Sin embargo la ley 19.134, en el art. 17, parte final, que hemos transcripto, ha establecido la solución que antes objetamos, manteniendo el erróneo criterio del art. 12 de la ley 18.248. Con lo cual se obliga al adoptado a llevar un apellido distinto del de la adoptante, que por su viudez conserva, en principio, el apellido de su difunto esposo (conf. art. 10, ley 18.248); para rectificar esa solución no basta la simple inercia, ni siquiera el deseo de ésta, sino que ella deberá acre-

cialmente al adoptado a usar el apellido del marido de la adoptante. En igual sentido, Saravia J. M., *La adopción*, Bs. As., 1943, ps. 137-138. Nosotros entendíamos que luego del matrimonio es tan propio de la mujer el apellido del marido como el suyo de soltera que combina con aquél el apellido actual de la casada, y nos ateníamos a ese principio, que robustece la institución matrimonial.

⁹⁷ Cám. Civ. 2ª, "J. A.", 1950-III, p. 630; Cám. Civ., Sala "A", "L. L.", t. 85, p. 422; Cám. Fed. Bahía Blanca, "J. A.", 1959-IV, p. 65; Cám. 1ª La Plata, "J. A.", 1962-III, p. 340. Comp. Lezana J., su nota en "J. A.", 1959-IV, sec. doct. p. 64 y Arigós C. R., su nota en "J. A.", 1962-IV, sec. doct., p. 87. Conf. con nuestra solución y la de la jurisprudencia: López Olaciregui, su anotación a *Salvat*, t. I, nº 618-D, ps. 530-531.

⁹⁸ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 323, p. 272.

Aitar causa justificada, para que en definitiva su hijo adoptivo lleve su propio apellido que es el de su difunto esposo.

El último supuesto a considerar es el de la adoptante *divorciada*. Nosotros pensamos que también este caso debería resolverse en función de los principios ya explicados, según los cuales el apellido del adoptado es el que pertenece a la adoptante. Por consiguiente, si pese al divorcio ésta conserva el apellido del marido, debiera ser este apellido el del adoptado. Si en cambio la esposa divorciada ha perdido el apellido del marido —por vía de sanción— o ha dejado de usarlo, por vía de opción a que ahora la autoriza el art. 9º de la ley 18.248 (véase *infra*, nº 421), entonces como no tiene otro apellido que el suyo de soltera será éste el que se imponga al adoptado. Empero el art. 17 de la ley 19.134 no distingue situaciones y hace regir ambos casos por el apellido de soltera de la divorciada salvo que ésta persuada al juez de que hay “causa justificada” para imponer al hijo adoptivo el apellido de su marido.

Pero en tal caso si la mujer divorciada es sancionada con la privación del apellido del marido (véase *infra*, nº 422), pensamos que el marido tendría una acción de impugnación de nombre contra el adoptado para obligar a éste a dejar un apellido que habría dejado de corresponderle por no ser ya el propio de la adoptante.

415. — 3) Si los adoptantes fueran *cónyuges*, único supuesto en que se admite la adopción de una persona por dos adoptantes, el adoptado llevará el apellido del esposo, pero podrá adicionar el de la esposa, pues su situación es la misma de un hijo legítimo. Así lo dispone el art. 17, segunda cláusula de la ley 19.134: “*En caso de que los adoptantes sean cónyuges a pedido de éstos podrá agregarse al adoptado el apellido compuesto del padre adoptivo o el de la madre adoptiva*”.

415 bis. ADOPCIÓN SIMPLE. — Es la que deja subsistir el parentesco de sangre del adoptado. En tal caso dice el art. 23 de la ley 19.134: “*La adopción simple impone al adoptado el apellido del adoptante, pero aquél podrá agregar el suyo propio. La viuda adoptante podrá solicitar que se imponga al adoptado el apellido de su esposo premuerto*”. Debe entenderse que ésta es una facultad de la viuda no sujeta al control, de oficio, del juez.

Por tanto, mediando adopción simple, juegan los principios anteriores, pero además la ley autoriza al adoptado a agregar su apellido de sangre al apellido obligatorio del adoptante. Es asunto que queda librado al criterio del adoptado quien podrá usar de su derecho luego

(de cumplidos los 18 años.^{98 bis} En cambio no goza de este derecho el adoptado mediante adopción plena.

416. SUPUESTO DE NULIDAD O REVOCACIÓN DE LA ADOPCIÓN.—Aun cuando la adopción es instituto que se inspira en la filiación legítima (conf. arts. 14 y 20 de la ley 19.134) el vínculo por ella creado no es tan consistente como el establecido por la naturaleza. La adopción puede *anularse* (conf. art. 30, ley 19.134) y puede también *revocarse* (conf. art. 28, misma ley), si se trata de adopción simple.

En esas hipótesis, cesando la causa que motivó la imposición del apellido del adoptante, cesa también el efecto que es el derecho-obligación de llevar el adoptado ese apellido, que deberá sustituir por el propio de su familia o el que le correspondía con anterioridad a la adopción.

Con todo, si el adoptado no fuere culpable del cese de la adopción, podría ser autorizado judicialmente para proseguir llevando el apellido del ex adoptante, si demostrara la existencia de serios perjuicios que la pérdida del mismo pueda ocasionarle.⁹⁹

Así lo establece el art. 14 de la ley 18.248 que dice: *“Revocada la adopción o declarada la nulidad; el adoptado perderá el apellido de adopción. Sin embargo, si fuese públicamente conocido por ese apellido podrá ser autorizado por el juez a conservarlo, salvo que la causa de la revocación fuese imputable al adoptado”*.

417. B) ADQUISICIÓN DERIVADA.—Es la que tiene lugar por cambio de estado civil de la persona. Nos ocuparemos de este supuesto al considerar siguientemente el apellido de la mujer casada, que agota esta categoría.

^{98 bis} Arg. art. 12, segunda parte del párrafo 1º, ley 18.248. Ya era ésa la jurisprudencia: Cám. Civ., Sala “B”, “L. L.”, t. 104, p. 82; íd., Sala “D”, “L. L.”, t. 98, p. 651; íd., Sala “A”, “L. L.”, t. 107, p. 865; Portas Néstor L., su nota en “L. L.”, t. 74, p. 71. Comp. sentencia firme del juez doctor M. Grandoli, “L. L.”, t. 107, p. 290.

⁹⁹ Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol 3º, nº 1178, p. 367; Borda G. A., *op. cit.*

VI. — EL APELLIDO DE LA MUJER CASADA, DE LA VIUDA Y DE LA DIVORCIADA *

418. EL APELLIDO DE LA MUJER CASADA. — La mujer que contrae matrimonio altera su nombre, adicionando el apellido del marido precedido de la partícula “de”. Tal la costumbre del país, que ya lo era anteriormente de la madre patria y que ahora ha recogido la ley 18.248.

No cabe dudar de que se trataba de una verdadera regla consuetudinaria, que ofrecía notas de obligatoriedad, uniformidad y antigua raigambre que sería ocioso discutir. Por lo demás esa costumbre concordaba con los deberes de convivencia, ayuda mutua y asistencia recíproca que surgen del vínculo conyugal.¹⁰⁰

La ley 18.248 ha ratificado esa costumbre ancestral, en el art. 8º que dice: “*La mujer, al contraer matrimonio, añadirá a su apellido el de su marido precedido por la preposición «de». Si la mujer fuese conocida en el comercio, industria o profesión por su apellido de soltera, podrá seguir usándolo después de contraído el matrimonio para el ejercicio de esas actividades*”.

De aquí se sigue que el uso del apellido del marido es para la mujer no sólo un derecho sino un deber, cuya omisión sin causa justi-

* **BIBLIOGRAFÍA:** Acuña Anzorena A., *El nombre de la mujer casada*, “L. L.”, t. 20, p. 653; *id.*, *El nombre de la mujer divorciada*, “L. L.”, t. 20, p. 657; Díaz de Guijarro E., *El nombre de la mujer divorciada*, “J. A.”, t. 46, ps. 1137 y ss.; Granillo A., *Uso del apellido marital por la esposa*, “Revista Universidad Córdoba”, mayo-junio 1953, ps. 386 y ss.

¹⁰⁰ Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol 3^º, nº 1181, p. 380, *in fine*. Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 328, p. 275; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 60, p. 40 y nº 394, ps. 218-219; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 79, núms. 55, 58 y 62, ps. 474-475; Lafaille H., *Familia*, nº 122, p. 102; Etcheverry Boneo R., *Curso de Derecho Civil*, Bs. As., 1942, t. I, núms. 286-287, ps. 256-259; Neppi V., *Principios de Derecho Civil*, Bs. As., 1947, nº 105, p. 127, al final. Algunos autores como Orgaz y Acuña Anzorena estiman que la mujer casada no estaba obligada a llevar el apellido del marido: Orgaz A., *op. cit.*, p. 223, y Acuña Anzorena A., *El nombre de la mujer divorciada*, “L. L.”, t. 20, p. 653, nº 3. En igual sentido, voto del doctor Fleitas en “L. L.”, t. 90, p. 106.

ficada puede ser sancionada con el divorcio que pida el marido.¹⁰¹ Por el contrario si la prescindencia del apellido del marido tiene justificación, por ejemplo el uso del nombre de soltera por la reputación que se ha adquirido en algún arte o profesión, ya no configura un proceder injurioso, con tal que en las actividades sociales generales la mujer adicione el apellido de su marido.¹⁰²

Es vituperable por su apartamiento del régimen relativo al nombre de la mujer casada, la disposición de la ley 13.010 de enrolamiento femenino, según la cual sólo deberá constar en la libreta cívica el apellido de soltera, con lo cual se introduce una desfiguración en el verdadero nombre de la enrolada casada.

Por nuestra parte pensamos que como ha sido admitido por los tribunales respecto de la cédula de identidad¹⁰³ sería admisible una pretensión tendiente a la rectificación del nombre obrante en la libreta cívica de la mujer casada, a fin de hacer constar en ella el verdadero apellido de la interesada y no una desfiguración del mismo.

418 bis. LEY 23.515. — Esta ley modificó el art. 8º de la ley 18.248 por el siguiente: “Será optativo para la mujer casada, añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición «de»”.

Con esta modificación no sólo se desatiende aquella recordada costumbre ancestral, sino que ahora el nombre de la mujer casada ha dejado de ser un “derecho-deber”, pese a lo prevenido por el art. 1º de la ley 18.248, para pasar a ser una facultad de usar su apellido de soltera o adicionar el de su marido, según las circunstancias y conveniencia de la interesada.

Por otra parte, si el nombre es una institución de orden público, que por lo tanto escapa a la autonomía de la voluntad de los interesados, la opción que ahora le otorga la ley a la mujer casada, contradice abiertamente estos principios.

¹⁰¹ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 328, p. 275; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3º, nº 1182, p. 382. Según fallo anterior de la Cámara Civil, la omisión del apellido marital no configura injuria grave salvo que responda a un propósito de ocultamiento del estado civil de casada y con fines que impliquen claramente un agravio para el marido (“L. L.”, t. 90, p. 107).

¹⁰² Conf. Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3º, nº 1182, p. 382, *aps. b) y c)*; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 328, p. 275.

¹⁰³ Cám. Civ. 2ª, “J. A.”, t. 68, p. 390; *id.*, *id.*, t. 61, p. 238.

Además, si decide usar su apellido de soltera, ello importaría un equívoco sobre su estado civil, traduciéndose en última instancia en un ocultamiento de su verdadero estado civil.

Finalmente, esta facultad de usar indistintamente el apellido de soltera o el de su marido, echa por tierra con el carácter "indivisible" del nombre: la persona tiene el derecho y el deber de llevar el mismo nombre frente a todos.

419. EL APELLIDO DE LA VIUDA.—Según las reglas consuetudinarias, la muerte del marido no altera la denominación de la viuda. Ésta conserva su nombre de casada mientras permanece en estado de viudez: si contrae nuevas nupcias adquiere el apellido del segundo marido.

Para algunos autores —Borda y Spota— la viuda tiene derecho a usar el apellido de su marido difunto pero no está obligada a ello, porque —se dice— habiendo quedado disuelto el vínculo matrimonial sería ilógico mantener la obligación del apellido marital.¹⁰⁴

Nosotros pensamos que tales opiniones no interpretan adecuadamente la "costumbre" existente al respecto. Conforme a esas prácticas sociales que en esta materia se siguen con la convicción de su obligatoriedad —por eso es una regla jurídica (véase *supra*, n° 66, b)— la viuda para hacer "lo que debe" ha de continuar usando el apellido del difunto, mientras continúe en el estado de viudez. Si se aparta de tal práctica sin una causa grave que la justifique, como podría ser el uso de su apellido de soltera prestigiado en una actividad a la que hubiera retornado, su proceder resulta injurioso para la memoria del marido y hasta según las circunstancias podría ser causa de revocación de las donaciones que hubiera recibido de aquél, si así lo pidiesen los herederos del difunto (conf. arts. 1858, inc. 2° y 1864, Cód. Civ.).

Por otra parte no es dudoso el derecho de la viuda a seguir usando el apellido del difunto y por ello los parientes de éste no podrían prohibirle este uso.^{104 bis 1} Pero siendo el nombre un derecho-deber de identidad se sigue de ahí que la viuda está obligada a llevar el apellido que le corresponde.

¹⁰⁴ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 332, p. 278; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3^a, n° 1189, p. 396.

^{104 bis 1} Conf. Ripert y Boulanger, *Traité de Droit Civil*, París, 1956, actualizado al 1° de octubre de 1960, t. I, n° 900, p. 375, quienes citan en este sentido un fallo de la Corte de Burdeos del 21 de junio de 1937 publicado en "D. H.", 1937, 529.

La interpretación que por nuestra parte formulamos, acerca del régimen consuetudinario sobre el apellido de la viuda, aparece corroborada respecto de Italia que en esto no difiere de los demás países latinos, por el art. 149 del Código Civil de 1942, según el cual "la mujer, durante el estado de viudez, conserva el apellido del marido".^{104 bis 2}

La ley 18.248 en su art. 10, primera parte, se ha apartado del explicado régimen consuetudinario, disponiendo que *"la viuda está autorizada para requerir ante el Registro del Estado Civil la supresión del apellido marital"*. Es una solución objetable al suscitar una inconveniente dualidad entre la ley y la costumbre —nos animamos a predecir que en la práctica será algo excepcionalísimo que las viudas usen de esta facultad—, y por atentar contra el carácter de orden público del instituto del nombre, que no cae bajo el arbitrio del interesado: éste debe usar el apellido que le corresponde, debiendo ser, en teoría, incomputable la voluntad del sujeto. Sólo las causas objetivas de suficiente gravedad según la apreciación judicial deberían influir en la alteración del nombre para que no se desdibuje su inmutabilidad. De lo contrario se afecta la índole de "derecho-deber" que corresponde al nombre (arg. art. 1º, ley 18.248) .

"Si contrajera nuevas nupcias —continúa diciendo el art. 10, segunda parte de la ley 18.248— perderá el apellido de su anterior cónyuge".

420. EL APELLIDO DE LA DIVORCIADA. — En principio la mujer divorciada conserva el apellido que tenía antes de la declaración del divorcio; su nombre, con el carácter de derecho-deber que le corresponde sobre el mismo, debería seguir siendo el que tenía antes del divorcio. Tal nombre suyo es también el de los hijos si los tiene, y es el que permite identificar a la que lo lleva en el ámbito social, profesional, etc. en que se ha desenvuelto hasta ese momento.

Cuando se enuncia este principio de conservación del apellido anterior de la mujer, pese al divorcio, se consulta por lo pronto a la

^{104 bis 2} Conf. Cám. 1º La Plata, "J. A.", 1962-III, p. 340.

inmutabilidad que es característica propia de la institución del nombre y se ahorran los graves equívocos sobre el estado civil de la divorciada, a que daría lugar el uso por parte de ésta de su apellido de soltera, simplemente.¹⁰⁵

La jurisprudencia anterior a la ley 18.248 había mantenido en el carácter de simple principio sujeto a las excepciones que luego se verán, la obligación de la mujer divorciada, que es también su derecho, de usar el apellido del marido.¹⁰⁶

Algunos fallos, en cambio, habían considerado que luego del divorcio el uso del apellido marital no es una obligación para la mujer, sino simplemente un derecho potestativo de ésta del cual puede prescindir.¹⁰⁷

Por nuestra parte pensamos que esta última jurisprudencia no sólo no interpreta adecuadamente el régimen consuetudinario en esa situación, sino que tampoco acierta sobre el funcionamiento del nombre que siendo un derecho-deber no puede quedar librado a la espontánea determinación de la mujer divorciada, ni a la conformidad del marido, para que aquélla prescinda o no del apellido de éste. Recuérdese que como antes hemos visto, la materia del nombre escapa a la autonomía de la voluntad de los interesados (véase *supra*, nº 394 bis 6º).

Recientemente, la ley 18.248 ha venido a quebrantar la inmutabilidad del nombre de la divorciada, autorizando a ésta para prescindir, según su arbitrio, del apellido del marido. En este sentido dice el art. 9, primera parte, de dicha ley: "*Decretado el divorcio será optativo para la mujer llevar o no el apellido del marido*".

Con esa innovación el nombre de la divorciada ha dejado de ser un "derecho-deber", pese a lo prevenido en el art.

¹⁰⁵ Conf. Cám. Civ., Sala "A", causa nº 53.741, sentencia del 10-IX-59 suscripta por el doctor Abelleyra y el autor, con disidencia del doctor Borda; id., id., "L. L.", t. 106, p. 976, 7701-S; voto en disidencia del doctor Sourrouille en "L. L.", t. 91, ap. 164; Cám. Civ. Cap. en pleno, con valiosa nota de Antonio B. Bettini en "J. A.", 1967-II, p. 259.

¹⁰⁶ Cám. Civ., Sala "D", "L. L.", t. 88, fallo nº 41.391; id., id., t. 67, p. 548; id., Sala "C", "J. A.", 1953-I, p. 313; id., Sala "B", "L. L.", t. 62, p. 215; id., Sala "A", causa nº 53.741, sentencia del 10-IX-59, suscripta por el doctor Abelleyra y el autor, con disidencia del doctor Borda; Cám. Civ. 1ª, "L. L.", t. 16, p. 233; Cám. Civ. 2ª, "L. L.", t. 48, p. 10; Cám. 2ª La Plata, "L. L.", t. 108, fallo nº 49.312.

¹⁰⁷ Cám. Civ. 1ª, "L. L.", t. 40, p. 653; Cám. Civ., Sala "D", "L. L.", t. 90, p. 106; fallo juez doctor Jorge F. Fliess, "L. L.", t. 90, p. 390; Cám. Civ., Sala "F", "L. L.", t. 102, p. 888 (6594-S).

1º de la ley 18.248, para pasar a ser una facultad de emplear su apellido de soltera o el apellido marital, según las circunstancias y conveniencias de la interesada.

421. AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA PRESCINDIR DEL APELLIDO MARITAL. RÉGIMEN ANTERIOR A LA LEY 18.248. — En el régimen anterior a la ley 18.248 lo que no podía hacer por su sola determinación la mujer divorciada, podía sí ser autorizado por los jueces, cuando mediaran causas justificadas para ello.

El principio de inmutabilidad del nombre no es absoluto y así como se han considerado otras situaciones para justificar el cambio a pedido del interesado (véase *infra*, nº 436) igualmente se había contemplado el caso de la mujer divorciada cuando ésta pedía con causa justificada, se la autorizara a retomar el apellido de soltera. Es un supuesto más de cambio de nombre que podían autorizar los jueces.

En este sentido se ha resuelto que podía ser autorizada la mujer divorciada a suprimir el apellido del marido, cuando el divorcio se ha declarado por culpa de éste y por una causa que afecta la dignidad u honor de aquélla o cuando concurren circunstancias de este mismo carácter.¹⁰⁸ Así se han considerado tales: la vida marital hecha por el esposo con otra mujer de la que ha tenido un hijo;¹⁰⁹ el homosexualismo del marido;¹¹⁰ la condena penal del marido por reiteradas estafas, tentativa de estafa y falsificación de documentos.¹¹¹

Por el contrario se han considerado causas insuficientes para obtener la autorización judicial: las sevicias, injurias graves y malos tratos¹¹² o el abandono voluntario y malicioso del hogar.¹¹³

¹⁰⁸ Cám. Nac., Sala "C", "J. A.", 1953-I, p. 313; *id.*, Sala "D", "L. L.", t. 67, p. 548; *id.*, Sala "B", "L. L.", t. 62, p. 215; Cám. Civ. 2ª "L. L.", t. 48, p. 10; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 75, p. 842; Cám. Civ., Sala "A", "J. A.", 1962-V, p. 459.

¹⁰⁹ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 75, p. 842.

¹¹⁰ Cám. 2ª La Plata, "J. A.", 1954-I, p. 26.

¹¹¹ Cám. Civ., Sala "D", "L. L.", t. 89, p. 158.

¹¹² Cám. Civ. 1ª, "L. L.", t. 16, p. 234.

¹¹³ Cám. Civ., Sala "C", "J. A.", 1953-I, p. 313; Cám. Civ., Sala "A", 10-IX-59, causa 53.741; *id.*, *id.*, "L. L.", t. 106, p. 977, 7701-S; *id.*, Sala "E", "L. L.", t. 106, p. 978, 7717-S; *id.*, Sala "A", "J. A.", 1962-V, p. 459, con disidencia del doctor Borda.

Por último la jurisprudencia dominante había declarado que la supresión del apellido marital es asunto de la exclusiva atribución judicial, no pudiendo la mujer divorciada proceder a la supresión por su sola cuenta.¹¹⁴

422. PRIVACIÓN DEL APELLIDO MARITAL POR VÍA DE SANCIÓN.— Tanto antes como después de la ley 18.248, se ha considerado que correspondía privar a la divorciada del uso del apellido marital por vía de sanción, en razón de la inconducta de la mujer gravemente deshonrosa para el marido. En este sentido, dispone el art. 9, segunda parte, de la ley 18.248: *“Cuando existieren motivos graves, los jueces, a pedido del marido, podrán prohibir a la mujer divorciada el uso del apellido de su cónyuge”*.

Desde luego esta sanción no puede ser adoptada por el tribunal de oficio por más que encuentre en el juicio de divorcio motivo bastante para aplicarla: es indispensable que el marido haga valer su derecho tendiente a impedir el deshonor de su nombre, lo que podrá hacer concomitantemente con la articulación del divorcio o después de decretado éste. Pero entiéndase bien que la sanción de privación del apellido marital, no es consecuencia forzosa de la declaración del divorcio sino castigo de la conducta deshonrosa de la mujer, anterior o posterior al divorcio.

Los tribunales han considerado que procede la sanción de privación del apellido marital: cuando la conducta de la mujer importa deshonor del nombre del esposo;¹¹⁵ cuando el divorcio se declara por adulterio de la esposa;¹¹⁶ o cuando el divorcio se haya decretado por culpa del marido si ulteriormente la esposa lleva una vida deshonestada.¹¹⁷ Por el contrario, se ha entendido que la sanción contra la mujer no procede aunque el divorcio se hubiese decretado por su culpa si las

¹¹⁴ Cám. Civ., Sala “A”, “L. L.”, t. 82, p. 308; íd., íd., t. 91, p. 163; conf. Díaz de Guijarro, su nota en “J. A.”, t. 46, p. 1136.

¹¹⁵ Cám. Civ., Sala “D”, “J. A.”, 1953-I, p. 207; Cám. Civ. 1ª, “L. L.”, t. 3, p. 320; íd., “J. A.”, t. 48, p. 491.

¹¹⁶ Sup. Crpte Bs. As., “L. L.”, t. 76, p. 668; Cám. 2ª La Plata, “J. A.”, 1953-III, p. 218.

¹¹⁷ Cám. Civ., Sala “D”, “L. L.”, t. 67, p. 294.

causales no afectan el honor del marido, como puede ser el abandono del hogar si no está acompañado de una vida inmoral.¹¹⁸

423. INCIDENCIA DEL DIVORCIO VINCULAR SOBRE EL RÉGIMEN CONSUETUDINARIO ANTERIOR*.—Durante un año —desde marzo de 1955 hasta el mismo mes de 1956— estuvo en vigor en nuestro país el divorcio absoluto, con disolución del vínculo matrimonial. Como durante ese tiempo se decretó por esa vía la disolución de un cierto número de matrimonios,¹¹⁹ corresponde estudiar aquí si los afectados por las sentencias dictadas en ese lapso, que disolvieron el vínculo matrimonial se encuentran en situación diferente de la explicada

Para nosotros la disposición del art. 31 de la ley 14.394, que introdujo el divorcio vincular, sólo produjo esta consecuencia sin ninguna otra innovación en el orden jurídico que siguió subsistiendo en los mismos términos que hasta entonces, en lo concerniente al derecho hereditario de los cónyuges, tenencia de los hijos, etc. Refiriéndose al primero de los puntos mencionados ha dicho Díaz de Guijarro, “es imposible asignar efectos no enunciados al art. 31, ley 14.394, porque la generalidad de la derogación prevista por su art. 57 —con respecto a “todas las disposiciones que y en cuanto se opusieran a ella”— carece de la posibilidad de ser aplicada concretamente en los casos en que falta antinomia normativa” aunque pueda darse antinomia conceptual o lógica.¹²⁰

Compartimos estos conceptos y en función de ellos consideramos que la existencia de un divorcio vincular era irrelevante antes de la ley 18.248 en lo referente al nombre de la mujer divorciada, que se gobernaba por los principios estudiados en los núms. 421 y 422, sea que el divorcio hubiere disuelto el vínculo o no. Porque en razón de

¹¹⁸ Cám. Civ., Sala “D”, “L. L.”, t. 68, p. 134; Cám. Civ. 1ª, “Gac. del Foro”, t. 123, p. 233; id., “J. A.”, t. 71, p. 789. Conf. Busso E., t. I, art. 79, nº 152, p. 485; Rébora J. C., *Familia*, núms. 170 y ss.; Acuña Anzorena A., su nota en “L. L.”, t. 20, p. 653.

* BIBLIOGRAFÍA: Allende G. L., sus notas en “L. L.”, t. 82, p. 308 y t. 80, p. 908; Belluscio A. C., *Efectos del divorcio absoluto*, “L. L.”, t. 11, p. 967; Lazcano C. A., *Derivaciones del divorcio absoluto autorizado por el art. 31 de la ley 14.394*, “L. L.”, t. 80, p. 895; Díaz de Guijarro E., *La disolución del vínculo conyugal*, “J. A.”, 1955-IV, sec. doctr., p. 5.

¹¹⁹ Véase al respecto Borda G. A., *Balance y perspectiva de nuestra experiencia divorcista*, “L. L.”, t. 82, p. 799.

¹²⁰ Díaz de Guijarro E., *El mantenimiento de la vocación hereditaria del cónyuge inocente pese a la disolución del vínculo*, “J. A.”, 1956-I, sec. doctr., p. 67, y del mismo autor, *Subsistencia de la vocación hereditaria del cónyuge inocente del divorcio, aun cuando se decreta la disolución del vínculo*, “J. A.”, 1953-III, sec. doctr., p. 3, de donde está tomada la frase transcrita en el texto.

la técnica usada por el legislador —recuérdese el art. 57 de la ley 14.394— el art. 31 de dicha ley sólo incide en aquellas cuestiones reguladas antinómicamente por las disposiciones precedentes. No es ese el caso del nombre de la mujer casada que era asunto sujeto al derecho consuetudinario no alterado por aquella prescripción legal.

Finalmente, todavía es posible agregar que tal disolución del vínculo no es considerada causa forzosa de eliminación del apellido marital en todos los países que asignan al divorcio aquel efecto. Así el Código alemán, art. 1577 establece que la mujer divorciada conserva el nombre del marido.¹²¹ Se trata allí de un principio general sujeto a restricciones similares a las examinadas con relación a nuestro derecho en los núms. 421 y 422. Y en cambio el art. 299 del Cód. francés según la reforma de la ley del 6 de febrero de 1893, determina que por el divorcio el matrimonio queda disuelto y la mujer privada de usar el apellido marital.¹²²

Sobre el punto la jurisprudencia era vacilante. Se inclinaban a negar derecho a la mujer divorciada "ad vinculum" para usar el apellido marital algunas decisiones¹²³ que eran contradichas por otras.¹²⁴

423 bis. EL DIVORCIO ABSOLUTO Y LA LEY 18.248. — La ley del nombre, n° 18.248 ha innovado sobre los principios expuestos en el número anterior. Según el art. 11 de dicha ley, la divorciada vincularmente pierde el apellido marital; pero si ella tuviese hijos y siendo inocente no hubiera pedido la disolución del vínculo, podrá ser autorizada para seguir usándolo. Es una solución similar a la adoptada con relación a la nulidad de matrimonio (véase *infra*, n° 425).

423 ter. LEY 23.515. — Las cuestiones tratadas en los nos. 420 y ss. han sido contempladas ahora en el nuevo texto del art. 9° de la ley 18.248, que dice: "*Decretada la separación personal, será optativo para la mujer llevar el apellido del marido*".

¹²¹ Enneccerus, Kipp y Wolf, *Tratado de derecho civil alemán*, Barcelona, 1934, *Derecho de Familia*, vol. 1°, párr. 36, p. 230, I.

¹²² Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, París, 1925, t. I, n° 395, p. 152; Ripert G. y Boulanger G., *Traité de droit civil*, París, 1956, t. I, n° 898, p. 374.

¹²³ Cám. Civ., Sala "A", "L. L.", t. 82, p. 308. Conf. Díaz de Guíjarro E., *La disolución del vínculo conyugal*, "J. A.", 1955-IV, sec. doctr., p. 5; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 330, ap. b), p. 277; Lascano Carlos A., *Derivaciones del divorcio absoluto autorizado por el art. 31 de la ley 14.394*, "L. L.", t. 80, p. 895.

¹²⁴ Juez 1° Inst. doctor Jorge F. Fliess y dictamen del Fiscal de Cámara doctor Raúl Perazzo Naón, en "L. L.", t. 90, p. 390. Conf. Allende Guillermo L., *El divorcio vincular y el apellido de la mujer*, "L. L.", t. 80, p. 908.

“Cuando existieren motivos graves, los jueces, a pedido del marido, podrán prohibir a la mujer separada el uso del apellido marital. Si la mujer hubiere optado por usarlo, decretado el divorcio vincular perderá tal derecho, 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”.

424. LA MUJER SEPARADA DE HECHO. — Según nuestro punto de vista la separación de hecho no faculta a la mujer casada a prescindir del apellido marital, por lo mismo que este asunto no está librado a la voluntad de las partes, sino a la decisión judicial que pueda dictarse habiendo causa grave.

Por lo demás, aun requerida la autorización judicial, según lo entendemos, no podría ser acordada, porque el apellido de la mujer casada debe coincidir con el estado civil “conyugal” que le corresponde. No ha de olvidarse que la supresión del apellido marital podría dar lugar a equívocos de importancia, “ya sea en el terreno amistoso, sentimental o económico”,¹²⁵ por lo que se ha dicho con razón que “subsistiendo el estado de familia de casada, la mujer no puede abandonar el apellido del marido, impuesto por las buenas costumbres y el orden público, puesto que su supresión equivale a la ocultación del estado, reprobada por la ley”.¹²⁶

En el orden doctrinario hay opiniones disidentes respecto de la expuesta. Spota piensa que la mujer separada de hecho puede no usar el apellido marital, siempre que la separación no le sea imputable a ella.¹²⁷ Borda es aún más terminante, y sin distinción alguna, afirma que la mujer en tal situación “tiene el derecho de usar el apellido marital, pero no la obligación”.¹²⁸

Si negamos a la mujer derecho para prescindir del apellido del marido se comprenderá también que neguemos a éste derecho a oponerse al uso de su apellido por la mujer separada de él, no obstante la

¹²⁵ Dictamen del Fiscal de Cámara doctor Custodio Maturana, en “J. A.” 1949-I, p. 196.

¹²⁶ Voto en disidencia del doctor Sourrouille en “L. L.”, t. 91, p. 164. Conf. con la doctrina sustentada en el texto: Cám. Civ. 1º, “J. A.”, 1949-I, p. 196.

¹²⁷ Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3º, nº 1184, p. 393.

¹²⁸ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 331, p. 278.

mala conducta de ella. Pues al llevar el apellido marital ésta se limita a ejercer el derecho-deber de usar el nombre que le es propio, a partir de la celebración del matrimonio.¹²⁹

Es de notar que la ley 18.248, no contempla la hipótesis de la separación de hecho. Por tanto, son aplicables los principios expuestos, sin que la separada pueda prescindir del apellido marital, puesto que sólo el divorcio la autoriza para obrar de esa manera (arg. art. 9º de dicha ley, primera parte).

A pesar de que el art. 9º de la ley 18.248 ha sido modificado, los argumentos expuestos precedentemente mantienen vigencia en razón de las críticas efectuadas a dicha reforma (ver *supra*, nº 418 bis).

424 bis. — No obstante lo expuesto, podrá ocurrir que la mujer luego de una larga separación haya prescindido del apellido marital y que resulte conocida por todos por el apellido que lleve actualmente. Tal situación puede ser idónea para solicitar un cambio de nombre que los tribunales considerarán según las circunstancias (véase *infra*, nº 499, 1º). No se trata de reconocer el derecho de la mujer separada de hecho a prescindir del apellido marital, sino de apreciar si es factible introducir un cambio de apellido, en conexión con un largo uso y con las demás circunstancias que puedan presentarse y aparezcan como justificativas del cambio para que el nombre llene la función de identificación de las personas que le es propia.

425. CASO DE NULIDAD DE MATRIMONIO. — En principio la anulación o declaración de nulidad del matrimonio priva a la mujer que ha contraído el matrimonio inválido, del apellido del otro contrayente. Se comprende que sea así independientemente de la buena o mala fe de la mujer al contraer tal matrimonio, porque siendo el matrimonio la causa de la imposición del apellido marital a la mujer casada, cesa este efecto cuando no hay causa que lo produzca.¹³⁰

Con todo, el principio no es de un rigor tan absoluto que obligue siempre a privar a la mujer del apellido del otro contrayente. Pueden darse situaciones de un largo uso de ese apellido, llevado también por los hijos de la mujer y entonces si ella ha obrado de buena fe parece equitativo autorizarla para que cambie su nombre primitivo adi-

¹²⁹ Conf. Borda G. A. *op. cit.*, t. I, nº 331, p. 278.

¹³⁰ Conf. Cám. Civ. 2ª, "J. A.", 1950-III, p. 628; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3º, nº 1185, ps. 394 y ss.; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 333, p. 278; Salas A. E., *El nombre de la persona física*, "J. A.", 1943-III, sec. doctr. nº 4, p. 38

cionando el apellido del padre de sus hijos. Es un caso a contemplar como presupuesto de un cambio de nombre, siempre para que esta institución responda a la función de identificación de las personas, cuando el contorno social identifica a la mujer por el apellido agregado al suyo propio, del otro contrayente, en conformidad con la apariencia de estado matrimonial que ha quedado constituida sin malicia de la mujer (véase *infra*, n° 449, 1°).

Adviértase que aun cuando se conceda la autorización que comentamos, en esta hipótesis de agregación de un apellido extraño, no son tan temibles los efectos de la discordancia entre el estado civil y el apellido que corresponde a la persona en razón del mismo (mujer soltera o casada) como en la especie inversa de supresión del apellido marital, que hemos considerado más arriba (véase *supra*, n° 424). Por ello pensamos, que en alguna situación verdaderamente excepcional, y por imperio de las circunstancias, sería equitativo conceder el cambio de nombre que pidiera la mujer para poder seguir llevando el apellido de sus hijos, concebidos por la madre en la persuasión de la validez y legitimidad de la unión mantenida con el padre de ellos.

Los desarrollos precedentes que eran el resultado de una elaboración doctrinaria han sido ratificados por la ley del nombre, n° 18.248, cuyo art. 11, frases primera y segunda, dice: *"Decretada la nulidad del matrimonio, la mujer perderá el apellido marital. Sin embargo, si lo pidiere, será autorizada a usarlo, cuando tuviera hijos y fuese cónyuge de buena fe"*.

426. LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.— Es interesante conocer el criterio de los proyectos de reforma del Código Civil, en lo concerniente al nombre de la mujer casada.

El Anteproyecto Bibiloni establecía para la mujer casada el derecho de usar el apellido del marido (art. 52, inc. 1°, de la primera redacción; art. 49, inc. 1°, de la segunda redacción). En el pensamiento de aquél se trataba sólo de una facultad pero no de una obligación, por lo que en caso de divorcio, dando por sentado que la esposa podía recuperar su apellido de soltera sólo preveía la prohibición del uso del apellido marital por parte de la esposa que hubiera dado motivo al divorcio (art. 634 del Anteproyecto).

El Proyecto de 1936 se atiene a principios similares facultando a la esposa inocente del divorcio a seguir usando el apellido del marido pero no prevé la sanción contra ella de la privación de ese apellido, por conducta ulterior de parte suya (art. 384).

El Anteproyecto de 1954 aclara con precisión que el uso del ape-

llido importa para la mujer casada un derecho y un deber al propio tiempo. Así dice el art. 38: "La mujer casada agregará el apellido del marido al suyo de soltera, precedido de la partícula "de". Por lo demás en previsión del supuesto de divorcio no vincular, único aceptado por ese Anteproyecto, se agrega: "Los jueces podrán prohibir a la mujer divorciada el uso del apellido del marido o autorizarla para no llevarlo, si mediaran justos motivos".

Queda por tanto precisado a través de una fórmula elástica adaptable a las diversas situaciones de hecho que puedan presentarse, que cuando no concurrieren los justos motivos, la mujer divorciada deberá seguir usando el apellido marital sin que el marido pueda impedirlo, ni ella dejar de usarlo.

VII. — EL SOBRENOMBRE Y EL SEUDÓNIMO *

427. EL SOBRENOMBRE. — Es la denominación familiar que suele darse a las personas y que no sale del círculo de sus íntimos.

Carece prácticamente de importancia en el derecho porque no es una denominación destinada a tener curso en el ámbito de la convivencia humana que es la sujeta al dictado del derecho.

Con todo, puede tener alguna resonancia jurídica cuando el sobrenombre, por su particularidad, permite la identificación del individuo así aludido. Es lo que ocurre en materia de herencia testamentaria, en la que sería válida una institución de heredero o de legatario que se limitase a consignar el sobrenombre del beneficiario siempre que con esa sola mención quedara identificado el beneficiario.¹⁸¹ Pues es de notar que el art. 3712 del Cód. Civil sólo prescribe que "el heredero debe ser designado con palabras claras que no dejen duda alguna sobre la persona instituida". Por tanto si la sola mención del sobrenombre llena esta exigencia y no se duda sobre la persona del beneficiario ello es bastante para la validez de la disposición.

Más dudosa sería la solución si la mención del sobrenombre, sin otro aditamento, figurase en un acto jurídico con el propósito de identificar a una de las partes. En principio el acto jurídico así celebrado carecería de valor por ausencia de seriedad, dado que ha de suponerse que sólo pudo tener el alcance de un proyecto o esbozo desde que no

* BIBLIOGRAFÍA: Semon J. M., *El derecho al seudónimo*, Bs. As., 1946; Menjílaharzu E., *La protección jurídica del seudónimo*, "Rev. Col. Abogados", Bs. As., t. 19, ps. 11 y ss.; Rivera Julio César, *La tutela del seudónimo*, en "E.D.", t. 56, p. 813 y "E.D.", t. 64, p. 111.

¹⁸¹ Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 79, n° 100, p. 479; Salvat R., *op. cit.*, n° 597, p. 283; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 396, p. 219; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 342; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3³, n° 1203, p. 450.

se deseó designar a la persona interviniente por su nombre. Pero excepcionalmente, por la virtualidad del principio de buena fe que domina la teoría de la interpretación de los actos jurídicos (véase *infra*, nº 1552), habría que darle al acto pleno valor si el análisis de las circunstancias persuade de que las partes entendieron darle ese alcance.

Finalmente la firma de cualquiera persona bajo la forma de un apodo o sobrenombre sería eficaz para comprometer al firmante, si se demostrara que ese es el modo habitual que tiene la persona de signar las manifestaciones de voluntad (véase *infra*, nº 1585).

428. EL SEUDÓNIMO.— No ha de confundirse el sobrenombre con el seudónimo, que a la inversa de aquél tiene innegable importancia jurídica.

El seudónimo es la denominación ficticia elegida por la persona para identificar con ella cierta actividad que desea dejar al margen de las relaciones ordinarias ligadas a su propio nombre y personalidad. A veces su uso responde al propósito de ocultar el nombre de la persona que practica tal actividad, lo que ocurre con ciertas publicaciones literarias que aparecen bajo un seudónimo que oculta al autor y le ahorran a éste los comentarios y críticas que pueden temerse desfavorables. Otras veces la adopción de un seudónimo persigue la finalidad de realzar el prestigio de su portador y facilitarle notoriedad, como ocurre frecuentemente con las actividades teatrales, cinematográficas o televisivas.

429. FUNCIÓN Y EFICACIA DEL SEUDÓNIMO.— Con relación a las actividades que el portador del seudónimo ha deseado identificar con esta denominación, ella desempeña la función de un verdadero nombre. De ahí que la ley 18.248 haya brindado amplia protección al titular del seudónimo, diciendo el art. 23 de dicha ley: "*Cuando el seudónimo hubiere adquirido notoriedad, goza de la tutela del nombre*". Es una afirmación que hay que relacionar con las acciones protectoras del nombre (véase *infra*, nº 457).

Es que en el círculo de esas actividades se considera el seudónimo un verdadero sustituto del nombre civil, quedando éste, como dice Degni, limitado a "una función subsidiaria, restringida a las relaciones personales y de estado civil mientras en las relaciones sociales,

en las manifestaciones de la actividad profesional, la persona tiene su notoriedad en el seudónimo".¹⁸²

Por consiguiente cuanto realice el portador del seudónimo, en el orden de actividades a las que la denominación ficticia está ligada, lo compromete personalmente como si hubiera obrado bajo su propio nombre civil. Es que el seudónimo es un simple sucedáneo del nombre adoptado libre y espontáneamente por su creador, quien responde por el uso que quiera hacer de él, tal como celebración de contratos, daños y perjuicios por actos ilícitos, etc.

Fuera de las actividades conectadas con el seudónimo éste carece de eficacia jurídica, salvo que por circunstancias especiales, y especialmente por la supremacía del principio de la buena fe, deba entenderse que el acto jurídico "sub examine" trasunta la efectiva y seria manifestación de la voluntad de las partes. Así tratándose de un seudónimo literario de gran notoriedad, su uso en un contrato de locación ajeno a las actividades literarias podría ser considerado suficiente para comprometer la responsabilidad de las partes intervinientes si en razón de las circunstancias el acto apareciese como una seria manifestación de la voluntad de ellas. Se trata de una cuestión de hecho, sometida a la discreta apreciación judicial, la de discriminar cuándo el acto es serio y cuándo responde a una humorada de los intervinientes.

430. ADQUISICIÓN DEL SEUDÓNIMO. — Sobre el punto se han emitido opiniones diversas.

a) Para algunos el seudónimo se adquiere por la sola voluntad del creador que se apropiaría de él por su uso, o en términos figurados por su ocupación, para lo cual se requiere que la denominación de que se trate carezca de dueño. Según esta concepción la titularidad que se adquiere sobre el seudónimo es independiente de la significación o mérito de la actividad que ha quedado identificada con el seudónimo.¹⁸³

b) Para la mayor parte de los autores franceses la adquisición del seudónimo no se obtiene sino después de una larga posesión del mismo. A diferencia de la anterior la adquisición no se causa por la mera ocupación del seudónimo sino por el largo uso del mismo.¹⁸⁴

¹⁸² Degni F., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, vol. 2º, t. I, del *Trattato* dirigido por F. Vassalli, Turín, 1939, nº 61, ps. 180-181.

¹⁸³ *Op. cit.*, por Perreau, *Droit au nom*, p. 457; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol 3º, nº 1201, p. 438; Semón Juan M., *El derecho al seudónimo*, Bs. As., 1946, p. 83.

¹⁸⁴ Colin A. y Capitant H., *Cours élémentaire de droit civil*, París 4ª ed., p. 357, ep. 3º, donde se dice que el seudónimo se adquiere por el uso prolongado y notorio. Ver también Perreau, *op. cit.*, p. 457.

c) Para otros autores, la adquisición del seudónimo se obtiene por la notoriedad o reputación que pueda brindar a su portador, sin que deba apreclarse si la fama lograda es grande o modesta, pues, como bien se ha dicho el poseedor de un mérito, aun escaso, tiene el derecho de conservarlo para sí.¹⁸⁵ Por tanto lo fundamental para obtener la titularidad del seudónimo no reside en la prolongación de su uso, sino en la adquisición de un mérito logrado por el uso del seudónimo.¹⁸⁶

Nosotros adherimos a esta opinión. En primer lugar porque si el seudónimo llena en cierto orden de actividades una función similar a la del nombre, no se concibe la protección de aquél allí donde falte por completo la personalidad literaria o artística que se identifica con la autoría del seudónimo. Y en segundo lugar, porque siendo el interés la medida de las acciones en derecho, no se explica que en ausencia de todo mérito ligado a la actividad identificada con el seudónimo, pueda alguien ejercer acciones en reclamación o en impugnación de nombre, interfiriendo en la lícita actividad de otro.

431. PRUEBA DE LA TITULARIDAD DEL SEUDÓNIMO.— Independientemente de lo expuesto en el número anterior acerca de la causa de adquisición del seudónimo, el titular verá facilitada la prueba de su derecho mediante la inscripción de la denominación ficticia en el Registro de la Propiedad Intelectual.

En este sentido el art. 3º de la ley 11 . 723, de propiedad intelectual, dice: *“Al editor de una obra anónima o seudónima corresponderán, con relación a ella, los derechos y obligaciones del autor, quien podrá recabarlos para sí justificando su personalidad. Los autores que empleen seudónimos podrán registrarlos adquiriendo la propiedad de los mismos”*. .

Del precepto transcripto interesa a nuestra materia la frase final, solamente, porque la parte inicial se refiere no al

¹⁸⁵ Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 79, nº 98, p. 478; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 338, p. 284.

¹⁸⁶ Conf. Busso E., *op. cit.*, *loc. cit.*

seudónimo en sí mismo, sino a la obra aparecida bajo seudónimo, u "obra seudónima", como la llama la ley.

En cuanto al derecho que tiene el creador sobre su seudónimo es de índole intelectual (véase *infra*, nº 1301) y conexo a su personalidad,¹³⁷ no debiendo ser desvirtuado por la alusión a la propiedad del art. 3º, ley 11.723.

El registro del seudónimo en el Registro de la Propiedad Intelectual es presuntivo y no atributivo de titularidad sobre el seudónimo. Por tanto si se discute en juicio la titularidad de un determinado seudónimo, la pertenencia del mismo corresponderá a quien justifique la existencia de una causa de adquisición a su favor, o sea, según la concepción que hemos aceptado (véase *supra*, nº 430) la presencia de un cierto mérito vinculado al uso del seudónimo. En suma dos son los extremos a probar: 1º) el uso del seudónimo por quien se pretende titular del mismo; 2º) un cierto mérito ligado a ese uso que redunde en favor del portador del seudónimo.

Cuando el registro del seudónimo ha sido obtenido por quien no es su titular, éste puede articular contra aquél una acción de impugnación de nombre y obtener la anulación del registro. Es la suerte de los derechos intelectuales en general.¹³⁸

Pero si el accionante fracasare en la prueba de los extremos ya mencionados, el registro del seudónimo asegurará el uso del mismo por parte de quien lo haya registrado. Tal la ventaja esencial que reporta la inscripción del derecho intelectual.

432. COMPARACIÓN DEL SEUDÓNIMO CON EL NOMBRE. — A esta altura de nuestra exposición estamos en condiciones de efectuar un paralelo comparativo entre el nombre civil y el seudónimo.

1) El nombre es un atributo de la persona y por tanto necesario único, inalienable, imprescriptible e inmutable.

Contrariamente a ello el seudónimo creado por su autor y no reflejo constante de la personalidad de éste, no es necesario (pues su portador no fue obligado a crearlo), ni único (pues el titular puede

¹³⁷ Conf. Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3º, nº 1199, p. 433.

¹³⁸ Sobre los derechos intelectuales en general y el efecto que produce la inscripción de los mismos en el Registro de la Propiedad Intelectual, se ha declarado que la registración de la obra crea una presunción "juris tantum" de titularidad a favor de quien la ha registrado, pero el impugnante (o reivindicante en sentido figurado) puede discutir judicialmente el derecho de que se trate (Cám. Civ., Sala "C", "L. L.", t. 66, p. 147; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", 1949-IV, p. 45; Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 69, p. 297), para lo cual puede valerse de todo medio de prueba (Cám. Civ. 1ª, "J. A.", 1949-IV, p. 45).

serlo de varios seudónimos), ni inalienable (pues el titular puede cederlo a otro), ni imprescriptible (pues su abandono prolongado puede dar lugar a que otro lo use como propio), ni, en fin, inmutable, ya que el titular puede introducir en él las variantes que le plazca.

2) Pese a las diferencias apuntadas el seudónimo se aproxima al nombre en cuanto a la función de identificación de la persona que lo usa en conexión con la práctica de cierta actividad literaria, artística, etc. Bajo este aspecto es que el seudónimo se asimila al nombre y consiguientemente recibe análoga protección del ordenamiento jurídico; por tanto su titular podrá ejercer en defensa del seudónimo las acciones en reclamación y en impugnación de nombre (o seudónimo). La primera corresponde al titular cuando alguien se niega a reconocerlo en ese carácter. La segunda se dirige contra el usurpador del seudónimo para que se abstenga de usarlo en el futuro. Independientemente de ello el titular dispondrá en una y otra hipótesis de acción para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que el desconocimiento o la usurpación de su seudónimo le hayan reportado (véase *infra*, nº 464). Todo ello está claramente autorizado por el art. 23, de la ley 18.248, que fue aplicado en el recordado caso de la "Taberna de Landrú".^{138 bis}

433. LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. — La materia del seudónimo no fue contemplada por el Anteproyecto Bibiloni, ni por el Proyecto de 1936. En cambio el Anteproyecto de 1954 le ha dedicado el art. 39, que dice así: "El seudónimo que por su uso y notoriedad haya adquirido la importancia del nombre, goza de la tutela de éste de acuerdo con el art. 35".

§ 3. Cambio y adición de nombre. Cuándo procede Protección jurídica del nombre.

I.— CAMBIO DE NOMBRE *

434. PRINCIPIO DE INMUTABILIDAD. — Como antes se ha visto, el nombre es un derecho-deber de identidad, de don-

^{138 bis} Ver sentencia de 1ª instancia y Cám. Civ., Sala E, en "E.D.", t. 55, p. 440; y de la C. S., en "E.D.", t. 64, p. 111.

* BIBLIOGRAFÍA: Acuña Anzorena A., *El derecho al nombre y a la admisibilidad de su cambio o adición*, "J. A.", t. 45, p. 485; Antoni J., *Cambio o adición de nombre*, "J. A.", 1945-IV, sec. doctr., ps. 51 y ss.; Semon J. M., *El principio de inmutabilidad del nombre*, "L. L.", t. 50, ps. 649 y ss.; Campoamor C., *Cambio o adición de nombre*, "J. A.", 1941-I, sec. doctr. ps. 62 y ss.; Nota de Redacción, en "L. L.", t. 54, p. 657.

de se sigue el carácter inmutable que le corresponde. Siendo un atributo de la persona, no se concibe que el nombre de ésta que ha de identificarla en la sociedad pueda experimentar variaciones susceptibles de introducir equívocos en el ambiente social, lo que importa desvirtuar la función identificadora del nombre.¹³⁹

435. — No obstante, se ha emitido la opinión apoyada por alguna decisión judicial, según la cual el individuo estaría en libertad para variar su nombre desde que ello no está prohibido y la Constitución le garantiza que no será privado de lo que la ley no prohíba. Según este punto de vista el cambio de nombre sólo resultaría indirectamente prohibido cuando se lo utilizase como un medio para cometer delitos.¹⁴⁰

Esta opinión ha sido abandonada por ser ruinosa para la intuición del nombre en su función esencial de identificación de las personas. El art. 19 de la Constitución Nacional no puede ser traído para autorizar tal aberración, pues cuando el texto constitucional alude a la ley se refiere al derecho tal como está constituido por todos los medios legítimos de expresión, entre ellos la "costumbre". Según sabemos, entre nosotros el régimen del nombre era de base consuetudinaria, que en el caso reprueba todo cambio inconsulto en el nombre de las personas. Si a esto se agrega la especulación doctrinaria que ve en la inmutabilidad del nombre uno de los pilares de la ordenación social, se tiene más que suficiente para que por respeto al derecho quede impedido todo cambio en el nombre de las personas que no tenga una causa justificada, que sólo a la autoridad pública incumbe apreciar.

Luego de la sanción de la ley 18.248 el principio de inmutabilidad ha quedado definitivamente consolidado (arg. arts. 1º y 15 de dicha ley).

436. EL PRINCIPIO NO ES ABSOLUTO. — Con todo, el principio de inmutabilidad no es absoluto. Sería exagerado entenderlo con ese alcance, pues cuando hay alguna causa grave que justifique la alteración debe admitírsela, siempre que se cumpla un procedimiento regular para introducir el cambio, y que se lleve al conocimiento del público a fin de

¹³⁹ Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 76, p. 817, Cám. 1ª La Plata, "L.L.", t. 65, p. 101; Cám. Civ. 1ª, "J.A.", t. 51, p. 584; Cám. Civ. 2ª, 1950-IV, p. 265; Cám. Civ., Sala A, "E.D.", t. 103, fallo nº 36.735.

¹⁴⁰ Legón Fernando, su nota en "J.A.", t. 51, p. 584. Conf. Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 7, p. 33.

eludir en lo posible los inconvenientes propios de toda variante en un elemento esencial de la identificación de las personas.^{140 bis}

En suma, el principio de inmutabilidad señala una orientación fundamental en la materia. Pero cuando el cambio es exigido por el bien de la persona, por excepción a aquel principio, puede ser admitido, con tal: 1º) que concurra una *causa grave* que justifique el cambio; 2º) que se dé *intervención a la autoridad* competente para apreciar la procedencia del cambio; 3º) que autorizado el cambio se efectúe la *publicidad* del mismo, para ahorrer perjuicios a terceros.^{140 bis 1}

437. CUÁNDO PROCEDE: CAMBIOS FACTIBLES. — El cambio de nombre de las personas físicas o naturales puede tener lugar excepcionalmente, por vía principal, por vía de consecuencia o por vía de sanción.

Nos referiremos separadamente a esos distintos modos de operarse el cambio.¹⁴¹

438. A) POR VÍA PRINCIPAL. — Este cambio tiene lugar a *instancia* del interesado cuando concurre una *causa grave* que compete apreciar a la *autoridad*.

Entre nosotros con anterioridad a la ley 18.248 la *autoridad competente era la judicial*, lo que establecía explícitamente el art. 23 de la ley 1565 en los siguientes términos: "No podrá igualmente inscribirse el cambio o adición de nombre o apellido sin que lo autorice el juez competente a solicitud del interesado, publicado en la prensa o en los lugares públicos".¹⁴²

^{140 bis} Conf. Cám. Fed. Paraná, "L. L.", t. 102, p. 653.

^{140 bis 1} Se ha decidido que luego de la derogación de la ley 1565, ya no es necesaria la previa publicación de edictos por no contener esa exigencia los arts. 66 y ss. de la ley 14.586: Cám. Civ., Sala "E", "L. L.", t. 107, p. 634. En contra, dictamen del fiscal doctor S. M. Lozada y sentencia firme del doctor Roberto Soto, en "J. A.", 1962-V, p. 520.

¹⁴¹ La clasificación tripartita proviene de Jossierand I., *op. cit.*, t. I, nº 212; Planiol M., *op. cit.*, t. I, núms. 387 y 399, ps. 149-150 y Bonnacase, *op. cit.*, t. I, núms. 232 bis y 233, ps. 286-289, quienes mencionan las dos primeras categorías. La tercera ha sido agregada por Busso, *op. cit.*, t. I, p. 481, nº 125.

¹⁴² Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 343, p. 287, Salvat R., *op. cit.*, nº 634, p. 295; Orgaz A., *op. cit.*, párr. 13, p. 277; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol 3º, nº 1212, ps. 472-473; Acuña Anzorena A., su nota en "J. A.", t. 45, p. 490; Rodríguez Alberto M., su nota en "J. A.", t. 2, p. 900.

En la actualidad la competencia judicial para autorizar el cambio de nombre, está prevista en la ley 18.248 cuyo art. 15, después de establecer categóricamente la inmutabilidad del nombre, admite su cambio o modificación “por resolución judicial, cuando mediaren justos motivos”.

“Será juez competente el de primera instancia del lugar en que se encuentra la inscripción original que se pretendiere rectificar, modificar o cambiar, o el del domicilio del interesado. Las partidas que acreditan la vocación hereditaria podrán rectificarse ante el juez de la sucesión” (art. 16, ley 18.248).

“Producida la modificación, cambio, adición o rectificación del nombre o apellido de una persona se rectificarán simultáneamente las partidas de los hijos menores y la de matrimonio, si correspondiere” (art. 19, ley 18.248).

En el extranjero, es corriente que la competencia sea de la autoridad administrativa, como ocurre en Francia, Bélgica, Suiza, Rumania, Italia y Alemania.¹⁴³

En cuanto a las causas justificativas del cambio, la ley 18.248 se limita a decir que deberán concurrir “justos motivos”. Teniendo ello en cuenta consideraremos separadamente los que se refieren al nombre en sí mismo y los que se vinculan con algún factor extraño al nombre.

439. CAUSAS GRAVES REFERENTES AL NOMBRE EN SÍ MISMO. — Cuando el nombre tiene una significación inconveniente, de suerte que importe para el sujeto que lo lleva un desmedro de su personalidad, ha de procurarse eliminar esa situación por la introducción en el nombre de ciertas variantes que le quiten aquella significación.

En los anales de nuestra jurisprudencia se han considerado justificativos del cambio los siguientes factores:

440.— a) “Cuando el nombre tiene un significado injurioso o ridículo”. Muchas veces se trata de apellidos o nombres extranjeros que en nuestro país se prestan a giros burlescos o injuriosos, tales como Miculinich o Jodzinsky, que fueron cambiados por Micolini¹⁴⁴ y por Josens,¹⁴⁵ respectivamente.¹⁴⁶

¹⁴³ Véase Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3^o, n^o 1211, ps. 469-470; Id., Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 79, n^o 131, p. 482; Legón Fernando, su nota en “J. A.”, t. 51, p. 584.

¹⁴⁴ Cám. Civ. 1^a, “L. L.”, t. 16, p. 983 y “J. A.”, t. 68, p. 692.

¹⁴⁵ Cám. Civ. 1^a, “L. L.”, t. 7, p. 998 y “J. A.”, t. 59, p. 475.

¹⁴⁶ Otros casos: Cám. Civ. 1^a, “L. L.”, t. 41, p. 832; *id.*, *id.*, t. 47, p. 886;

441.— b) “Cuando el nombre importa una lesión de los sentimientos religiosos”. Tal el caso del nombre de pila Ateo cambiado por Atilio.¹⁴⁷

442.— c) “Cuando el nombre por la acumulación de consonantes resulta impronunciable”.¹⁴⁸ A este respecto el art. 7º de la ley 18.248 previene que *“los extranjeros, al solicitar la nacionalización argentina, podrán pedir a la autoridad que la acuerde, la adaptación gráfica y fonética al castellano de sus apellidos de difícil pronunciación”*.

443. CAUSAS GRAVES REFERENTES A FACTORES EXTRAÑOS AL NOMBRE EN SÍ MISMO. — Los tribunales han autorizado cambios de nombre por razones extrañas al mismo pero que incidían en menoscabo de la personalidad de quien lo llevaba.

Veamos algunos de los factores de esa índole que han sido contemplados.

444.— a) “Cuando el apellido ha sido deshonrado”. En este sentido se ha considerado que el cambio está justificado cuando el padre ha cometido delitos infamantes.¹⁴⁹

Pero no se ha estimado suficiente que el padre lleve una vida irregular y se haya desinteresado de los hijos,¹⁵⁰ o que haya sido condenado por la comisión de delitos no infamantes,¹⁵¹ entre los cuales se ha considerado el homicidio simple,¹⁵² ni tampoco que haya incurrido en el abandono de la familia.¹⁵³

445.— b) “Homonomia”. La existencia de varios homónimos ha sido considerada causa justificativa del cambio para eludir la confusión de las personas.¹⁵⁴ Pero si el homónimo es uno solo, ello no basta para

id., id., t. 39, p. 153; Cám. Civ. 2º, “J. A.”, 1950-IV, p. 371; Cámara 1º La Plata, “L. L.”, t. 65, p. 101; Cám. Ap. Mercedes, “J. A.”, t. 34, p. 286.

¹⁴⁷ Fallo 1º Inst., “L. L.”, t. 34, p. 949.

¹⁴⁸ Cám. Civ. 2º, “J. A.”, t. 57, p. 793.

¹⁴⁹ Cám. Civ. 2º, “J. A.”, 1950-IV, p. 265; Cám. 1º La Plata, “L. L.”, t. 65, p. 101; id., id., t. 50, p. 649; Cám. 2º La Plata, “J. A.”, 1943-III, p. 87; Cám. Civ. 1º, “L. L.”, t. 47, p. 886.

¹⁵⁰ Cám. Civ. 2º, “J. A.”, 1950-IV, p. 265.

¹⁵¹ Cám. Civ., Sala “B”, “L. L.”, t. 67, p. 223.

¹⁵² Cám. 1º La Plata, “J. A.”, 1948-I, p. 209.

¹⁵³ Cám. Civ. 2º, “L. L.”, t. 29, p. 271.

¹⁵⁴ Cám. Civ. 2º, “J. A.”, 1945-IV, p. 165; Cám. Civ. 1º, “J. A.”, t. 46,

el cambio: con todo se lo ha admitido cuando para eludir la confusión el interesado ha introducido variantes en un acto trascendental como es el matrimonio.¹⁵⁶

446. — c) “Apellido del guardador”. Con anterioridad a la sanción de la ley de adopción se había admitido la sustitución del apellido del niño abandonado por el del guardador.¹⁵⁶ Esta hipótesis ha venido a perder interés práctico luego de la sanción de aquella ley.

447. — d) “Apellido del marido de la madre natural”. Sobre este punto el criterio de los tribunales ha sido vacilante. En algún caso se autorizó el cambio del apellido de la madre natural por el del marido de ésta, argumentándose con el desmedro para la mujer que se patentizaba por el distinto apellido usado por sus hijos nacidos del matrimonio que había contraído luego de tener el hijo natural.¹⁵⁷ Podría considerarse aceptable la solución si estuviere reforzada por un largo uso del apellido del marido de la madre.

448. — e) “Nombre del adoptado”. Con motivo de la adopción se ha admitido la innovación en el nombre de pila del adoptado para asimilarlo al del adoptante o de su familia.¹⁵⁸ En este sentido dice el art. 13 de la ley 18.248: *“Cuando se adoptare a un menor de seis años los adoptantes podrán pedir el cambio del nombre de pila o la adición de otro. Si fuere de más edad se le podrá agregar otro nombre después del que anteriormente tenía el adoptado con la limitación del art. 3º, inc. 5º”*.

449. CAUSAS REPUTADAS NO ADMISIBLES. — Siguiendo un criterio restrictivo que es el que corresponde en esta materia para atenerse a la directiva general del principio de inmutabilidad, en resguardo de los intereses públicos, los

¹⁵⁵ Cám. Civ. 1º, “J. A.”, t. 71, p. 713 y “L. L.”, t. 20, p. 69.

¹⁵⁶ Cám. Civ. 2º, “J. A.”, t. 1948-III, p. 33; Cám. 1º La Plata, “J. A.”, 1952-IV, p. 125. En contra: Cám. 1º La Plata, “J. A.”, 1948-III, p. 83, Cám. 2º La Plata, “L. L.”, t. 22, p. 205; Cám. Ap. Mercedes, “J. A.”, t. 34, p. 286.

¹⁵⁷ Cám. Civ. 2º, “J. A.”, t. 35, p. 1375.

¹⁵⁸ Cám. Civ., Sala “A”, “J. A.”, 1956-IV, p. 449; id., Sala “C”, “J. A.”, 1956-III, p. 194; id., Sala “D”, “L. L.”, t. 82, p. 303; Cám. Ap. Comodoro Rivadavia, “J. A.”, 1956-IV, p. 271; Cám. 1º La Plata, “J. A.”, 1956-III, p. 353; Cám. Ap. Mercedes, “L. L.”, t. 85, p. 172.

tribunales han rechazado cambios pretendidos en base a motivos no suficientemente serios.^{158 bis}

En este orden de ideas, no se han autorizado cambios fundados:

1) En el simple uso de un nombre sin derecho a llevarlo.¹⁵⁹ Pero el uso, especialmente si es prolongado de modo de haber ocasionado que la persona sea conocida por el nombre usado, puede reforzar la causa en que se basa el pedido de cambio para apreciar su razonabilidad.¹⁶⁰ Así es digno de ser tomado en cuenta para cambiar el apellido del adoptado luego que la adoptante soltera o viuda contrae nupcias, para de esa manera seguir conectado el apellido del adoptado al actual de la adoptante (véase *supra*, n° 414). Igualmente hemos considerado que el uso debe ser computado a los fines del cambio del apellido de la mujer casada, separada de hecho, especialmente si ella no es culpable de la separación (véase *supra*, n° 424), como así también para permitir a la mujer que ha contraído de buena fe matrimonio inválido seguir usando después de la anulación el apellido del otro contrayente que es el de sus hijos (véase *supra*, n° 425).¹⁶¹

2) Ni en motivos puramente sentimentales;¹⁶²

3) Ni tampoco en la mera dificultad de pronunciar nombres o apellidos extranjeros. Pero es de notar que a este respecto el criterio

^{158 bis} Cám. Civ. 2°, "J. A.", 1950-IV, p. 265; Cám. Civ. 1°, "J. A.", t. 51, p. 584; Sup. Corte Bs. As., "J. A.", t. 62, p. 247.

¹⁵⁹ Cám. Civ., Sala "B", "J. A.", 1952-III, p. 405; Cám. Civ., Sala "D", "L. L.", t. 85, p. 131; Cám. Civ. 1°, "J. A.", 1948-III, p. 85; *id.*, "L. L.", t. 16, p. 74 y "J. A.", t. 68, p. 347; Cám. Civ. 2°, "L. L.", t. 52, p. 286; *id.*, "J. A.", t. 59 p. 917; *id.*, *id.*, 1942-III, p. 1030; Cám. 1° La Plata, "J. A.", 1948-IV, p. 156. En esta situación, si bien se ha denegado el cambio de nombre, se ha aceptado hacer una declaración de identidad de la persona (Cám. Civ. 1°, "L. L.", t. 14, p. 1121; *id.*, *id.*, t. 23, p. 108; Cám. Civ. 2°, "L. L.", t. 18, p. 894); pero aun esto ha sido denegado cuando se ha tratado de un uso arbitrario (Cám. Civ. 1°, "L. L.", t. 47, p. 886). Nosotros pensamos que la declaración de identidad, sobre la base de una prueba idónea, es siempre procedente aun cuando el uso fuese arbitrario, pero entendemos que tal declaración ha de dictarse a los solos fines que el solicitante explique y que el tribunal admita, sin que la declaración pueda proyectarse para otros efectos, pues si no sería lo mismo que aceptar lisa y llanamente el cambio. Por ello se ha decidido que no resultan procedentes las declaraciones judiciales de identidad en abstracto, esto es, las que pudieran dejar establecido que distintos nombres o apellidos han servido o sirven para designar a una misma persona (Cam. Civ., Sala D, "E.D.", t. 101, p. 719; *id.*, Sala G, "E.D.", t. 103, fallo n° 36.651)

¹⁶⁰ Conf. Acuña Anzorena, su nota en "J. A.", t. 45, ps. 487 y 492, Savatier R., su nota en "Daloz Périodique", año 1929, t. I, p. 89. Conf. Cám. Civ., Sala "E", "L. L.", t. 106, p. 1001, 7935-S.

¹⁶¹ Arauz Castex entiende que en este supuesto la mujer de buena fe tiene derecho a usar el apellido del otro contrayente, lo que parece sería independiente de autorización judicial (*op. cit.*, t. I, n° 399, ap. g, p. 221).

¹⁶² Cám. Civ. 2°, "J. A.", 1943-IV, p. 171; Cám 1° La Plata. "L. L.", t. 45, p. 276; Cám. Civ., Sala C, "E.D.", t. 104, fallo n° 36.844.

es todavía vacilante: ya nos hemos referido a un caso en que se admitió la sustitución del apellido paterno por el materno en razón de resultar el primero impronunciable por la acumulación de consonantes.¹⁶³ Pero en otros casos se ha considerado que ese no era motivo bastante para dejar de lado el principio de inmutabilidad del nombre.¹⁶⁴

Nosotros pensamos que en esta situación ha de admitirse una modificación mínima del apellido impronunciable para que quede salvada esa dificultad, pero no resulte disimulada la identidad del individuo.¹⁶⁵

450. PROCEDIMIENTO.— Como se ha visto, el cambio de nombre no es asunto librado a la exclusiva voluntad de los interesados, sino que ha de resolverse por la vía judicial.

El procedimiento a seguir está marcado por el art. 17 de la ley 18.248 que dice: "*La modificación, cambio o adición de nombre o apellido, tramitará por el proceso sumarísimo con intervención del Ministerio Público*". Por tanto se aplica en la Capital Federal el art. 498 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

El pedido se publicará en un diario oficial una vez por mes, en el lapso de dos meses", continúa diciendo dicho artículo.

En cuanto al *juez competente* es, como se ha dicho, el del domicilio del interesado o alternativamente, el juez del lugar donde obra la inscripción original que habrá que rectificar de acuerdo a la sentencia que se dicte.

451. OPOSICIÓN DE TERCEROS.— La publicidad del cambio de nombre tiene por objeto llevar a conocimiento de los terceros la inno-

¹⁶³ Es el mencionado en la nota 148. Conf. Cám. Civ. 1ª, "L. L.", t. 36, p. 700; Cám. Civ. 2ª, "L. L.", t. 13, p. 80.

¹⁶⁴ Cám. Civ. 1ª, "L. L.", t. 43, p. 771.

¹⁶⁵ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 451, ap. a), p. 222; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", 1946-I, p. 692.

¹⁶⁶ Salvat R., *op. cit.*, nº 635, p. 295. Conf. Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 8, p. 615; *id.*, "Gac. del Foro", t. 143, p. 50; fiscal de Cám. "L. L.", t. 16, p. 433. Pero si la acción deducida no es por cambio de nombre sino por rectificación de partida, puede optarse por la competencia del juez del domicilio del interesado o del lugar del Registro cuya rectificación se procura (conf. art. 71, decreto-ley 8204/63).

¹⁶⁷ Salvat R., *op. cit.*, nº 640, p. 296. Comp. Legón Fernando, su nota en "J. A.", t. 51, p. 585.

vacación producida en la denominación de la persona, a fin de que aquellos deduzcan la oposición pertinente, en caso de tener derecho a ella.¹⁶⁸

Tal oposición puede intentarse mediante una acción por impugnación de nombre ante el mismo juez que ha ordenado el cambio, o ante otro juez si se prefiere deducir una acción separada.

Sobre los extremos de la acción de impugnación de nombre véase *infra*, núms. 460-462.

Asimismo, pueden los terceros que justifiquen un interés legítimo para ello, hacer una oposición directa al cambio solicitado "*dentro de los quince días hábiles computados desde la última publicación*" (art. 17, tercera frase, ley 18.248). Esto significa que el juez deberá demorar el dictado de la sentencia durante ese periodo para dar tiempo a los eventuales interesados en objetar el cambio, a fin de que puedan formular la pertinente oposición.

Independientemente de ello, la ley prevé que "*deberá requerirse información sobre medidas precautorias existentes a nombre del interesado*". Es una diligencia a adoptarse de oficio por el juez para evitar que se use el cambio de nombre como un recurso para burlar a quienes han trabado embargos o inhibiciones.

451 bis. DISTINCIÓN DEL CAMBIO DE NOMBRE Y LA RECTIFICACIÓN DE LA PARTIDA. — No cabe confundir uno y otro juicio o trámite. En el juicio por cambio de nombre se debate un asunto de fondo relativo a un derecho de la personalidad, que como es lógico sólo es de competencia judicial. En cambio el trámite referente a la rectificación de partida, persigue poner de acuerdo el efectivo nombre de la persona con las constancias que de ella se registran en las partidas respectivas, lo cual es un cometido que puede realizar en ciertos casos la autoridad administrativa. Así previene el art. 15 de la ley 18.248 que "*el director del Registro del Estado Civil podrá disponer de oficio o a pedido de parte, la corrección de errores u omisiones materiales que surjan evidentes del texto de la partida o de su cotejo con otras. Sus resoluciones serán recurribles ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil correspondiente al lugar donde desempeña sus funciones, dentro de los quince días hábiles de notificadas*".^{168 bis}

Fuera de ello, siempre puede el interesado si lo prefiere o si el cometido excede a la función de la autoridad administrativa, acudir a la justicia, directamente. Es lo que prevé el art. 18 de la ley 18.248: "*La rectificación de errores de partidas podrá tramitar también por*

¹⁶⁸ Conf. Salvat R., *op. cit.*, núms. 641-642, ps. 296-297.

^{168 bis} Así se dispuso rectificar la partida de nacimiento de una persona de ascendencia mapuche, en la que erróneamente se asentó el apellido como "Guaiquinir", que nada significa en esa lengua, consignando el de "Huaiquinir", que proviene de la conjunción de "Huaqui", —aguijón, punta de lanza— y "ñire" —nombre de los árboles de la cordillera— (Cám. Civ., Sala E, causa n° 284.859, del 18/11/82, inédita).

simple información judicial, con intervención del Ministerio Público y del Director del Registro del Estado Civil".

452. B) CAMBIO POR VÍA DE CONSECUENCIA.—El cambio de nombre por vía de consecuencia tiene lugar cuando se produce un cambio en el estado civil de la persona que incide en el nombre de ella, lo que ocurre: 1º) cuando la mujer contrae matrimonio (véase *supra* nº 418-425); 2º) cuando se produce un reconocimiento de filiación extramatrimonial (véase *supra*, nº 409); 3º) cuando se decreta la adopción (véase *supra* nº 412 y ss.).

En todos estos casos el cambio de nombre no requiere la intervención de la autoridad ni el cumplimiento de procedimiento alguno, sino que siendo el efecto ordinario del hecho que ha causado el cambio de estado civil —matrimonio, reconocimiento de filiación, adopción—, producido ese hecho se sigue automáticamente la consecuencia del cambio en la denominación de la persona.

453. C) CAMBIO POR VÍA DE SANCIÓN.—El cambio por vía de sanción tiene lugar respecto de la mujer divorciada, cuando ella no se muestra digna de seguir llevando el apellido del esposo. Ya nos hemos referido a este supuesto en el nº 422, adonde remitimos.

También se ha incluido dentro de esta categoría el cambio de nombre de la mujer que ha contraído nupcias inválidas,¹⁶⁹ hipótesis de la que nos hemos ocupado anteriormente —véase *supra* nº 425—. Y luego de la ley 18.248 cuadra agregar en este supuesto el caso del *divorcio vincular* (*supra* nº 423 bis).

II.—ADICIÓN DE NOMBRE

454. Una hipótesis particular de cambio de nombre es la que resulta de la agregación de un nombre o apellido al anterior de la persona.

¹⁶⁹ Salas A. E., *El nombre de las personas físicas*, "J. A.", 1943-III, sec. doct., p. 38, nº 4.

La adición de nombre puede ser: 1) forzosa; 2) facultativa; 3) autorizada.

La adición es *forzosa* cuando la mujer contrae nupcias, como ya se ha visto (*supra*, nº 418).

La adición es *facultativa* tratándose del adoptado bajo adopción simple que está obligado a llevar el apellido del adoptante pero puede adicionar al mismo su propio apellido de familia (art. 12, ley 18.248 y 23 ley 19.134).

La adición es *autorizada* en los demás supuestos, en los que para que tenga lugar es menester la autorización judicial, como ocurre en los ya estudiados casos de cambio de nombre. La adición es una especie del género cambio de nombre. Consiguientemente se aplican los principios expuestos anteriormente (véase *supra*, núms. 434 y ss.).

455. — Se ha observado que para autorizar una adición de nombre los tribunales se atienen a un criterio menos riguroso que para los demás casos.¹⁷⁰

Así se ha autorizado la adición del apellido del guardador por razones de gratitud,¹⁷¹ siendo así que estas razones han sido consideradas insuficientes para sustituir el apellido propio por el del padrastro que educó al peticionante.¹⁷²

Igualmente se ha admitido la adición para eludir la homonimia,¹⁷³ para disimular la significación risueña del nombre¹⁷⁴ y cuando viene reforzada por un uso prolongado hasta en documentos públicos.¹⁷⁵

III. — SUPRESIÓN DE NOMBRE

456. DISCUSIÓN. — En ocasiones le han sido impuestos a la persona diversos nombres, lo que puede provocarle dificultades por la posible omisión de algunos de ellos en el uso corriente y la consiguiente disimulación de la identidad resultante de la partida de nacimiento e instrumentos públicos confeccionados en base a ella (cédula de identidad, libreta de enrolamiento, libreta cívica, etc.).

¹⁷⁰ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 436, p. 289.

¹⁷¹ Cám. 1ª La Plata, "J. A.", 1952-IV, p. 125; Cám. 2ª La Plata, "L. L.", t. 222, p. 205.

¹⁷² Cám. Civ., 2ª "J. A.", 1943-IV, p. 171.

¹⁷³ Cám. Civ., "L. L.", t. 39, p. 465; Cám. Civ. 1ª, "L. L.", t. 20, p. 69; Sup. Corte Tucumán, "L. L.", t. 24, p. 801.

¹⁷⁴ Cám. Civ. 2ª, "J. A.", 1950-I, p. 408.

¹⁷⁵ Cám. Civ. 1ª, "L. L.", t. 50, p. 958; *íd.*, *íd.*, t. 16, p. 82.

En tal situaciones se ha solicitado la supresión de dos o tres nombres de pila con suerte varia.

En un caso se trataba de un menor llamado Martín Adolfo Juan Carlos Bertoldo, cuyo padre pedía la supresión de los nombres Juan Carlos Bertoldo aduciendo que en el país extranjero de origen era corriente la imposición de varios nombres pero que no era obligatorio el uso de todos, y que entre nosotros el menor iba a encontrar dificultades serias en su vida de relación ulterior por la necesidad de asentar en los actos jurídicos que llegara a realizar todos sus nombres, so pena de tener que convalidarlos luego si llegase a omitir alguno de ellos. El tribunal consideró atendible el pedido y dispuso la supresión de los nombres indicados.¹⁷⁶

En otro caso una persona mayor de edad nombrada Crescentino David Atilio, pedía la supresión de los nombres Crescentino David en razón de ser conocida en el ramo de su comercio por Atilio simplemente. Aquí el tribunal consideró inadmisibile lo solicitado y se atuvo al principio de inmutabilidad haciendo notar que el peticionante figuraba con todos sus nombres en los documentos de identificación personal, tales como la partida de nacimiento, la de matrimonio y la libreta de enrolamiento.¹⁷⁷

Por nuestra parte pensamos que en principio no ha de aceptarse la supresión de nombres. Sin embargo cuando se trate de una persona de corta edad que aún no ha sido conocida fuera del ambiente familiar, y por tanto el cambio no ha de prestarse a equívoco, podrá ser admitido. De ahí que aprobemos ambas resoluciones aludidas anteriormente.

Para prevenir los problemas planteados la ley del nombre impide que se impongan a la persona "*más de tres nombres*" (art. 3º, inc. 5º, ley 18.248).

IV.— PROTECCIÓN JURÍDICA DEL NOMBRE

457. ACCIONES PROTECTORAS DEL NOMBRE.— Para asegurar al titular el respeto que su nombre merece, se le acuerdan a aquél dos acciones judiciales distintas que corresponden a situaciones diferentes: la acción de reclamación de nombre y la de impugnación o usurpación de nombre.

Nos referiremos a ellas, separadamente.

¹⁷⁶ Cám. Civ., Sala "A", "J. A.", 1952-II, p. 516.

¹⁷⁷ Cám. Civ. 1º, "J. A.", 1949-III, p. 145.

458. ACCIÓN DE RECONOCIMIENTO DE NOMBRE. — Esta acción corresponde al titular a quien se desconoce el nombre, negándole el derecho a llevarlo, ya sea mediante publicaciones o simples manifestaciones verbales o de otra índole.

A este respecto, dice el art. 20 de la ley 18.248: *“La persona a quien le fuera desconocido el uso de su nombre, podrá demandar su reconocimiento y pedir se prohíba toda futura impugnación por quien lo negase; podrá ordenarse la publicación de la sentencia a costa del demandado”*.

La acción, en este caso, tiende a la declaración judicial de reconocimiento del nombre del titular, lo que entendemos habrá que tramitar por la vía del juicio ordinario por no haber otra previsión en el Cód. Procesal.

Para el progreso de la acción de reclamación de nombre deben acreditarse tres extremos: 1º) que el nombre ha sido negado o desconocido por el demandado; 2º) que el demandante es titular del nombre negado; 3º) que el actor tiene interés en obtener la declaración que pide, habiéndose entendido que es suficiente un interés moral, como el de evitar confusiones sobre la identidad del reclamante.¹⁷⁸

459. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN O USURPACIÓN DE NOMBRE. — Esta acción supone el uso ilegítimo del nombre por otra persona y persigue la prohibición de ese uso.

Está ahora contemplada en el art. 21 de la ley 18.248: *“Si el nombre que pertenece a una persona fuese usado por otra para su propia designación, ésta podrá ser demandada para que cese en el uso indebido, sin perjuicio de la reparación de los daños si los hubiere”*.

459 bis. — Los extremos de esta acción son los siguientes: 1º) Un uso de un nombre por quien no tiene derecho a él; 2º) la prueba de la titularidad del nombre por parte del accionante; 3º) la existencia de un interés patrimonial

¹⁷⁸ Perreau, *op. cit.*, p. 309; Salvat R., *op. cit.*, nº 662, p. 305.

o moral que tenga el actor en el no uso del nombre por parte del demandado.

460.— En cuanto al *primer requisito* se observa que ha de tratarse del uso del nombre por el demandado mismo para designar su propia persona.

Si en cambio la designación no recae sobre la persona del demandado sino sobre personajes de ficción o cosas muebles o inmuebles, no es esta la acción que corresponde articular sino otra en defensa del honor de la persona que podría ser menoscabado por el uso que se hiciera de su nombre con ese objeto.¹⁷⁹ Esta otra acción está también prevista en el art. 21, segunda parte, de la ley 18.248, que dice: “*Cuando fuera (el nombre) utilizado maliciosamente para la designación de cosas o personajes de fantasía y causare perjuicio moral o material, podrá demandarse el cese del uso y la indemnización de los daños.*”

Mientras la acción de impugnación de nombre no está supeditada a la actuación maliciosa del demandado, esta otra acción de cesación de nombre aplicado a cosas o personajes de fantasía sólo procede cuando el demandado actúa “*maliciosamente*”, es decir con intención de mortificar a la persona cuyo nombre ha sido usado. Pero un uso inocente no da lugar a esta acción.

461.— En cuanto al *segundo requisito* no es indispensable que el nombre en cuestión sea exactamente usado por el accionante bastando que pertenezca a su familia. De otra manera quedaría impune la atribución ilegítima que hiciese del apellido de una familia un “qui-

¹⁷⁹ Conf. Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3^o, n^o 1216, ap. a), p. 493; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n^o 347, ap. a), p. 291; Orgaz A., *op. cit.*, p. 229, n^o 2, ap. a). En la doctrina suiza, francesa y belga prevalece la opinión según la cual también procede la acción por usurpación de nombre cuando se usa el nombre del accionante en una novela, en una obra de teatro, en un comercio o en un hotel: Rossel V. et Mentha F. H., *Manuel de droit civil suisse*, 2^a ed., Lausanne, t. I, n^o 134, p. 104; Planiol, Ripert y Savatier, *Tratado de Derecho Civil*, ed. Habana, 1927, n^o 116, p. 111; Colin, Capitant et de la Morandière, *Cours élémentaire de droit civil*, 8^a ed., t. I, ps. 369 y ss. núms. 362 y ss.; De Page H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, n^o 302, p. 285, texto y nota 4; Perreau, *op. cit.*, ps. 54-59. En cambio en la doctrina italiana y alemana tiende a prevalecer la opinión expuesta en el texto: von Tuhr A., *Teoría general del derecho civil alemán*, ed. Bs. As., 1946, vol. 1^o, párr. 30, ps. 100-102, ap. V, n^o 2; Oertmann, *Introducción al derecho civil*, párr. 12, ps. 75-76, n^o 3; Gangi, *Persona fisica e persona giuridiche*, n^o 10, p. 136; Ferrara F., *Trattato de diritto civile*, n^o 118, p. 575. Comp. Enneccerus y Nipperdey, vol. 1^o, párr. 93, ps. 418-419, I, texto y notas 2^a y 3^a; Degni F., *op. cit.*, n^o 59, ps. 174 y ss. Nuestra jurisprudencia se ha inclinado hasta ahora a esta última posición: Cám. Civ. 1^a, “L. L.”, t. 40, p. 928, y “J. A.”, 1946-III, p. 116.

gam" por el hecho de que no hubiera alguien de esa familia que usase el mismo nombre y apellido usurpado.¹⁸⁰ Para aclarar el punto determina el art. 22 de la ley 18.248: "*Las demandas tendientes a la protección del nombre podrán ser promovidas por el interesado, su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos*".

462.— Finalmente en cuanto al *tercer requisito*, la opinión prevaeciente sostiene que basta un mero interés moral, consistente en la posibilidad de confusiones en la identidad personal.¹⁸¹ Pero si se trata de un nombre y apellido de gran vulgaridad, aun cuando el demandado careciera de derecho para llevarlo, según pensamos, el actor no tendría interés en la promoción de la acción.¹⁸²

El mero interés moral que autoriza la promoción de una acción de impugnación de nombre muestra otro elemento de diferenciación con respecto a la acción de cesación de uso indebido de nombre aplicado a cosas o personajes de fantasía, la cual requiere haber sufrido "*perjuicio moral o material*" (art. 21, segunda parte, ley 18.248).

463. AUTORIDAD DE COSA JUZGADA.— Las sentencias que se dicten respecto de las acciones de reclamación o de impugnación de nombre, hacen cosa juzgada "erga omnes". Es una excepción al principio general según el cual la cosa juzgada afecta sólo a las partes del juicio; tratándose de esta clase de acciones el pronunciamiento judicial afecta también a las personas que no han intervenido en el proceso.^{182 bis}

La ley 18.248 expresa categóricamente esta eficacia absoluta de las sentencias referentes al nombre de las personas en el art. 17 *in fine* que dice: "*La sentencia es oponible a los terceros y se comunicará al Registro del Estado Civil*". Pues si esa consecuencia deriva de un juicio de cambio de nombre, que no es contencioso, con mayor razón se im-

¹⁸⁰ Conf. Cód. Italiano de 1942, art. 8º.

¹⁸¹ Conf. Perreau, *op. cit.*, ps. 46 y ss., 57, 58 y 319; Borda G. A., *op. cit.*, t. II, nº 348, p. 292, Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 406, p. 225; Salvat R., *op. cit.*, nº 6662, p. 305; Orgaz A., *op. cit.*, p. 231, sp. a).

¹⁸² Conf. Perreau, *op. cit.*, p. 319. Comp. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 348, p. 292.

^{182 bis} Conf. Ripert, G. y Boulanger, J., *Traité de Droit Civil*, Paris, 1956, t. I, nº 914, p. 380; Demolombe C., *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1869, 4ª ed., t. V, nº 310.

pone igual conclusión si se trata de la ventilación en juicio contencioso de una acción tuitiva del nombre.

La razón de ser de esta peculiaridad de las sentencias que se dictan en materia de nombre radica en la indivisibilidad del nombre como atributo de la personalidad que es. Sería verdaderamente inconcebible que alguien debiera ser designado por X frente a tales personas —las reputadas por parte en el juicio respectivo— y como Z respecto de las personas ajenas a ese juicio.

Se trata de una exigencia impuesta por la misma naturaleza de las cosas, y en este caso por la calidad de atributo de la personalidad que corresponde al nombre, el cual como la misma personalidad no puede ser objeto de desdoblamiento.

463 bis. APLICACIÓN DE "ASTREINTES". — En su parte final el artículo 21 de la ley 18.248, dice: "*En ambos casos —de impugnación de nombre y de cesación de nombre aplicado a cosas o personajes— el juez podrá imponer las sanciones que autoriza el art. 666 bis del Código Civil*". Es un agregado obvio que afea el texto de una ley redactada con bastante buena técnica. Es claro que el juez no requiere que se le apunte una posibilidad ya contemplada no sólo en el mentado artículo 666 bis sino en el art. 37 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434.

464. DIFERENCIACIÓN DE LAS ACCIONES DE NOMBRE Y DE DAÑOS Y PERJUICIOS. — Las acciones protectoras del nombre —de reclamación de nombre y de impugnación (o usurpación) de nombre— nada tienen que ver con las acciones de daños y perjuicios que el titular del nombre puede intentar para obtener la reparación del daño que el desconocimiento o la usurpación de su nombre le haya provocado.

Unas y otras acciones difieren: 1º) en cuanto a su naturaleza, pues las acciones referentes al nombre son de carácter extra-patrimonial y consiguientemente inalienables, irrenunciables, e imprescriptibles, caracteres en todo opuestos a los de las acciones resarcitorias de daños y perjuicios; 2º) en cuanto a los extremos a probarse, puesto que las acciones de daños y perjuicios requieren la prueba del interés patrimonial del demandante, consistente en el daño emergente y el lucro cesante, así como también la prueba del dolo o culpa del demandado, todo lo cual es innecesario tratándose de las acciones de nombre;¹⁸³

¹⁸³ En disidencia piensa Spota que el progreso de una acción de daños y perjuicios motivada por una usurpación de nombre responde a principios propios con independencia de la responsabilidad aquiliana y de las doctrinas subje-

3º) en cuanto a la autoridad de la cosa juzgada, pues según se ha visto el pronunciamiento judicial que recayere en una acción de nombre produce efectos "erga omnes", en tanto que tratándose de una acción de daños y perjuicios la autoridad de la cosa juzgada es relativa y no pasa más allá de las partes del juicio: por tanto la misma violación del nombre puede considerarse como dañosa para A e inocua para B.

§ 4. El estado como atributo de la personalidad. Elementos, caracteres y efectos. Estado civil; estado de familia. Posesión de estado.*

I.—EL ESTADO: CONCEPTO Y ELEMENTOS

465. IMPORTANCIA.—La noción jurídica del estado ha perdido en el derecho moderno gran parte de la importancia que tenía en el derecho romano.

En Roma la voz "status" aludía a los diversos elementos constitutivos de la personalidad o "caput", que consistía precisamente en la reunión en un mismo sujeto de los tres estados integrantes de aquélla: el "status libertatis", el "status civitatis" y el "status familiae". Así, pues, en el derecho romano, o por lo menos en el derecho romano primitivo, el hombre era persona cuando reunía en sí las tres calidades de libre, ciudadano romano y jefe de familia. Bastaba que alguno de esos estados faltara para que resultase desintegrada la personalidad lo que ocurría cuando el sujeto era esclavo —dicho esto con las precisiones formuladas *supra*, nº 317— o extranjero, o "alieni juris". El extranjero estaba al margen del "jus civium romanorum" y no era, por tanto, sujeto de ese orden jurídico. Y en cuanto al "alieni juris" como some-

tivistas de la culpa o del dolo (*op. cit.*, t. I, vol. 3º, nº 1219, ps. 514-15). Por eso conceptúa que es procedente la reparación del agravio moral pese a que el hecho no constituya un delito criminal —ant. art. 1078 Cód. Civ.— Para nosotros rigen aquí los principios generales, véase *infra*, núms. 1425-1434 y especialmente sobre daño moral nuestro trabajo "El precio del dolor" publicado en "J. A.", 1954-III, p. 358. Ahora, luego de la ley 17.711, la cuestión se plantea en distintos términos acerca de este asunto (véase nuestra obra *Estudio de la reforma del Código civil. Ley 17.711*, ps. 139 y ss.), sin que se requiera que el hecho causante del agravio moral sea un delito criminal por haberse variado la redacción del art. 1078. En cuanto al nuevo art. 522 también podría aplicarse a la materia del nombre.

* BIBLIOGRAFÍA: Orgaz A., *Personas individuales*, ed. 1946, ps. 207-214; Spota A. G., *Tratado de derecho civil*, t. I, vol. 3º, ps. 393-444; Borda G. A., *Tratado de derecho civil, Parte General*, 3ª ed., t. I, nº 414 y ss., ps. 328 y ss.

tido a la potestad de otro, carecía de personalidad diversa de quien lo tenía bajo su potestad, de modo que en la teoría no venía a ser titular de derechos propios sino que éstos quedaban alojados en la persona del padre o marido, según quien fuese el incapaz.

En derecho moderno estas características y discriminaciones han perdido toda significación. El "status libertatis" no existe en cuanto ha dejado de ser un factor de diferenciación de las personas: entre nosotros el art. 15 de la Constitución Nacional es buena prueba de ello. En cuanto al "status civitatis" ha dejado igualmente de ser un elemento computable desde que la ley argentina protege y obliga paritariamente a los seres humanos, independientemente de su calidad de nacionales o extranjeros (conf. arts. 14, 16, 17, 18 y 20 de la C. Nac., y 1º del Código Civil). Sólo resta así el "status familiae" que tiene ahora un sentido diferente del romano.¹⁸⁴

Por tanto el estado, en la significación moderna, es un modo de ser de la persona, con relación a la familia.

466. CONCEPTO. — Según Savatier "el estado de una persona es el conjunto de las calidades extrapatrimoniales determinantes de su situación individual y familiar".¹⁸⁵

Ese conjunto de calidades personales se traduce en un modo de ser de la persona en sociedad.

Pero si queremos adelantar algo en ese concepto tan vago y definir cuáles son los *elementos* constitutivos del estado de las personas, advertimos en la doctrina moderna una manifiesta inseguridad, variando las posiciones de los autores según que tengan un criterio más o menos amplio respecto de los factores a tomar en cuenta para esa finalidad.

467. ELEMENTOS DEL ESTADO. — Acerca de este tema se han emitido diversas opiniones que pueden agruparse en tres concepciones distintas, que consideraremos separadamente.

468. a) PRIMERA CONCEPCIÓN (Aubry y Rau, Colin y Capitant, Bonnacase, Coviello y Stolfi). — Es la que se aproxima mayormente al concepto romano del estado, concibiendo a éste por eliminación

¹⁸⁴ Orgaz A., *op. cit.*, párr. 12, p. 207; conf. Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3¹, nº 692, ps. 393 y ss.

¹⁸⁵ Savatier R., *Cours de droit civil français*, París, 1947, 2ª ed., t. I, nº 88, p. 49.

de sus otros elementos, como la posición que corresponde a la persona en relación al grupo social y al grupo familiar, a los cuales pertenece.¹⁸⁶

469. b) SEGUNDA CONCEPCIÓN (Baudry-Lacantinerie, Planiol, Josserand, de Ruggiero y Salvat).— Para los autores que la profesan, el estado responde a un concepto más amplio, pues no sólo incluye los factores que fijan la posición de la persona frente a la sociedad y la familia, sino también las cualidades inherentes a la persona, tales como la edad, el sexo o la salud mental. Sólo quedarían al margen de esta noción las cualidades, no relacionadas con la persona en sí misma, sino con la ocupación o profesión de ella.¹⁸⁷

En este sentido dicen Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade que el estado “es el conjunto de las cualidades legales que resultando, a veces, de actos puros y simples, como el nacimiento y la edad, a veces de actos jurídicos como la naturalización y el matrimonio, confieren a la persona el modo de ser y determinan su individualidad”.¹⁸⁸

470. c) TERCERA CONCEPCIÓN (Ferrara).— Este autor tiene la comprensión más amplia del estado que estaría integrado por toda cualidad de la persona con influencia sobre un conjunto más o menos extenso de relaciones jurídicas: así la calidad de ausente, heredero, empleado, militar, etc.¹⁸⁹

471.— Observa acertadamente Orgaz que las concepciones expuestas son puramente “literarias” en cuanto no corresponden a la acepción legal de la palabra “estado”. Nuestras leyes, y también las de la generalidad de los países extranjeros cuando se refieren al estado o al estado civil dan al vocablo una significación precisa que no se confunde con toda cualidad o situación jurídica personales, lo que ha de tenerse

¹⁸⁶ Aubry y Rau, *Cours de droit civil français*, 4ª ed., París, 1869, t. I, párr. 52, texto y nota 1, p. 177; Colin y Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4ª ed. París, 1923, t. I, p. 112; Bonnacase J., *Elementos de derecho civil*, Méjico, 1945, t. I, n° 261, p. 319; Coviello N., *Manuale de diritto civile italiano. Parte generale*, 3ª ed., Milano, 1924, párr. 47; Stolfi N., *Diritto civile*, Torino, 1919, vol. 1º, parte 2ª, núms. 47 y ss.

¹⁸⁷ Baudry-Lacantinerie G. y Houques-Fourcade, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des personnes*, 3ª ed., París, 1907, t. I, n° 312; Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, 10ª ed., París, 1925, t. I, n° 419, p. 159; Josserand L., *op. cit.*, t. I, n° 244; de Ruggiero, R., *Instituciones de Derecho Civil*, ed. Madrid, t. I, párr. 36 “in fine”, p. 360; Salvat R., *op. cit.*, n° 683, p. 311.

¹⁸⁸ Baudry-Lacantinerie G. y Houques-Fourcade, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁸⁹ Ferrara, F. *Trattato de diritto civile italiano, I, Dottrine generali*, Roma, 1921, p. 337, texto nota 3.

Presente para evitar los más extraños desencuentros con el respectivo derecho positivo.¹⁹⁰

Esta observación es tanto más aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, en el cual por razón de lo dispuesto en los arts. 14 a 20 de la Constitución Nacional y el art. 1º del Código Civil, carece de toda relevancia la distinción entre ciudadanos y extranjeros, en el orden civil. Por tanto si puede explicarse que, como los autores que profesan la primera concepción expuesta, se aluda al estado también para referirse a la posición del individuo en la sociedad, en ciertos países extranjeros que hacen discriminaciones entre ciudadanos y extranjeros respecto de los derechos civiles, ya no se concibe, según nuestro parecer, que se siga formulando la misma alusión entre nosotros, donde el estado no puede sino tener sentido con referencia a la familia.

II.—ESTADO CIVIL: ESTADO DE FAMILIA

472. CONCEPTO LEGAL. — Si dejamos de lado las especulaciones puramente teóricas, para concentrar nuestra atención en el derecho positivo argentino, es dable observar, como lo ha señalado Orgaz,¹⁹¹ que la voz “estado” es usada en dos sentidos: en un sentido vulgar y en un sentido técnico.

473. 1) En el sentido *vulgar* la palabra “estado” alude a situaciones de hecho en que puede encontrarse la persona o las cosas que le correspondan: así “estado habitual de manía, demencia o imbecilidad” (ant. art. 141), “estado de enfermedad” (art. 266), “estado de embriaguez” (art. 1070). Aquí el estado no precisa una manera de ser de la persona, sino de “estar”, aplicable también a las cosas (arts. 1408, 1561, etc.), a los derechos (arts. 1040, 1050, etc.) o al patrimonio (estado de insolvencia, arts. 301, 962, 969).

474. 2) En un sentido *técnico*, cuando el codificador se refiere al “estado” está aludiendo inequívocamente al “estado de familia”, sea que use esta expresión (arts. 845, 1001), sea que hable simplemente de “estado” o “de estado civil” (arts. 846, 847, 4019, inc. 2º del Cód. Civ.; arts. 181, inc. 1º, 191, inc. 8º y 197 Cód. Civ., según ley 23.515). Si se pretende vincularlas a cualesquiera cualidades personales, las expresio-

¹⁹⁰ Orgaz A., *op. cit.*, p. 212, nº 3.

¹⁹¹ Orgaz A., *op. cit.*, ps. 212-213, nº 4.

nes “posesión de estado”, “acciones de estado”, “suposición o supresión de estado civil” carecen por completo de sentido.

475. CONCLUSIÓN. — En resumen, en la terminología de nuestro derecho positivo, el “estado” o “estado civil” de las personas físicas se refiere exclusivamente al modo de ser de la persona, dentro de la familia: bajo este ángulo se puede tener el estado de “padre”, de “hijo”, de “hermano”, de “pariente” en general, que varía según sea el parentesco “legítimo” o “extra-matrimonial”; se puede, en fin, tener el estado de “casado” (esposo o esposa). A todas esas situaciones permanentes de las personas, en el orden familiar, corresponden un cúmulo de derechos y deberes que especialmente se estudian en el “Derecho de Familia”. Nosotros nos atenemos siempre a esta comprensión cuando aludimos al estado, sin otro aditamento.

476. CAPACIDAD Y ESTADO. — Como ocurre frecuentemente por tratarse de atributos inherentes a la personalidad, hay íntima conexión entre la capacidad y el estado. Éste influye sobre la capacidad: así el estado matrimonial modifica notablemente la capacidad de las personas que acceden a dicho estado. Los esposos no pueden hacerse donaciones (art. 1807, inc. 1), ni celebrar entre sí ventas (art. 1358), cesión de bienes (art. 1441), ni permutas (art. 1490). El marido no puede donar los bienes raíces del matrimonio (art. 1807, inc. 2º), y la mujer antes de la ley 17.711 quedaba por el matrimonio en la condición de relativa incapacidad (conf. antiguos arts. 55 y 57, Cód. Civ., véase *infra*, núms. 818 y ss.).

Igualmente influye el estado de “pariente” dentro del 4º grado —primos hermanos— sobre la capacidad de las personas afectadas por ese estado: el oficial público carece de capacidad de derecho para otorgar instrumentos públicos respecto de actos en los que él o sus parientes de aquel grado estuviesen interesados (conf. art. 985); tampoco pueden ser testigos en los instrumentos públicos los parientes del oficial público dentro de ese grado (conf. art. 990).

A la inversa, la capacidad no influye sobre el estado civil de las personas.

477. NOMBRE Y ESTADO. — También hay vinculación entre el nombre y el estado de la persona a tal punto que

Bonnecase ha llegado a decir que no se los puede llegar a separar, siendo el nombre la expresión del estado.¹⁹²

Sin llegar a compartir esta identificación, podemos decir que hay una íntima relación entre ambos atributos de la personalidad. Anota Orgaz que "en las sociedades modernas, más por obra de las costumbres que de las leyes, el nombre de la persona indica, más o menos y con ciertas deficiencias, el estado civil del que lo lleva; en nuestro país es frecuente que los hijos usen el apellido del padre y de la madre, en este orden; la mujer casada usa su nombre de soltera, agregándole el apellido del esposo precedido de la preposición *de*, lo cual indica su estado civil".¹⁹³ Por esa íntima conexión existente entre el estado y el nombre es que cuando un niño es adoptado cambia su apellido por el del adoptante (art. 17 y 23, ley 19.134) y cuando un hijo extramatrimonial es reconocido por su padre o madre, la definición de su estado civil hasta entonces incierto tiene repercusión en su nombre, en el que el apellido del progenitor reconociente desplazará el apellido que haya estado usando el hijo, salvo autorización judicial para conservarlo (véase *supra*, n° 416).

478. ESTADO CIVIL Y POLÍTICO. — Hasta ahora nos hemos ocupado del estado civil, que es el que dice relación del individuo con la familia. Pero además el derecho conoce el estado político que es el que define la posición del individuo frente a la sociedad política discriminando a los habitantes en ciudadanos y extranjeros. El estado político de ciudadano acuerda el derecho activo y pasivo de sufragio, da lugar a la protección diplomática, y es causa de idoneidad para el desempeño de ciertas magistraturas como la presidencia de la República (conf. art. 76, Const. Nac.). Por la ley 13.998 (arts. 4°, 5° y 6°) se requería la ciudadanía nativa para el desempeño de la función judicial, pero esa exigencia fue retirada por el decreto-ley 154/55 cuando el gobierno surgido de la revolución de 1955 deseó hacer el nombramiento de un magistrado que no tenía esa calidad. El decreto-ley 1285-58 que restableció las condiciones de idoneidad que había eliminado el anterior, sustituyó la ciudadanía nativa por la ciudadanía simplemente.

Por lo demás, los ciudadanos nativos están obligados a la prestación del servicio militar obligatorio "conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo Nacional" (art. 21, primera parte, de la Const. Nac.). Los ciudadanos por naturalización pueden demorar esa contribución hasta por el término de 10 años des-

¹⁹² Bonnecase J., *op. cit.*, t. I, p. 327.

¹⁹³ Orgaz A., *op. cit.*, p. 216, n° 1.

de la obtención de la carta de ciudadanía (conf. art. 21, segunda parte, Const. Nac.).

Los extranjeros no están obligados a prestar servicio militar.

En el orden del derecho civil, el estado político no produce influencia alguna.

479. EL ESTADO PROFESIONAL. — Fuera de los estados civil y político los autores suelen mencionar al estado profesional, que designa el conjunto de derechos y deberes que corresponden a una persona en razón de su profesión. Así el estado militar, que sujeta a quien lo profesa a una jurisdicción especial (fuero real) y a un peculiar régimen penal y disciplinario; el estado sacerdotal que compete a quien ha recibido las órdenes mayores del presbiterado o episcopado, consagrándose al servicio de Dios; el estado de comerciante que sujeta al individuo a las leyes mercantiles, en lo concerniente al ejercicio del comercio (conf. art. 5º, Cód. de Comercio); y otros estados profesionales de menor significación jurídica, como el de juez, abogado, médico, etc.

Hasta la Revolución Francesa los estados profesionales tuvieron mucha importancia en la organización de la sociedad: las corporaciones o asociaciones profesionales tenían sus propias autoridades y reglas, con jurisdicción sobre los individuos integrantes del gremio. Pero la ley Le Chapelier abrogó ese régimen corporativo dejando conforme a la ideología liberal al individuo aislado frente a los demás y a la sociedad. En nuestro tiempo, desde fines del siglo pasado, se tiende a restituir al estado profesional la perdida relevancia jurídica, asignando funciones de organización gremial y disciplina de los individuos integrantes de los gremios, en cuanto tales, a los sindicatos, colegios y consejos profesionales. Este movimiento cuenta con el beneplácito de los Papas que han procurado encauzarlo dentro de los principios cristianos.¹⁹⁴

El "estado profesional" tiene gran trascendencia para el derecho laboral, pero muy poca para el derecho civil. Con todo es de señalar que se ocupan del estado militar los arts. 90, inc. 1º, 398, inc. 15, 475 y 3672 y ss. del Cód. Civil; del estado sacerdotal los arts. 398, inc. 16, 475, 1160, 3739 y 3740 del mismo código; los estados del juez y del abogado son mentados por el art. 1361, inc. 6º, el del médico es tomado en cuenta en los arts. 3880, inc. 2º y 4032, inc. 4º, del Cód. Civil, etc.

¹⁹⁴ Véase especialmente, encíclica *Quadragesimo anno* del Papa Pío XI, en "Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias", Bs. As., 1946, p. 455.

III.—CARACTERES Y EFECTOS DEL ESTADO CIVIL

480. CARACTERES DEL ESTADO.— El estado, como los demás atributos inherentes a la personalidad, presenta los siguientes caracteres:

1º) Está fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, y está sujeto a una regulación de orden público;

2º) Es intransmisible e inalienable;

3º) Es irrenunciable (conf. arts. 845 y 872, Cód. Civ.);

4º) Es imprescriptible (conf. arts. 251 y 4019, inc. 2º);

5º) Es indivisible, carácter que engendra la autoridad absoluta —“erga omnes”— de la cosa juzgada que recae en las acciones de estado (véase *infra*, núms. 485 y ss.);

6º) Finalmente es recíproco, en cuanto al estado de una persona corresponde otro igual o desigual correlativo, así al de esposo, el de esposa (estado igual), al de padre, el de hijo (estado desigual), al de hermano, el de hermano (estado igual), al de casado, el de soltero (estado desigual). A su vez el estado de casado se subdivide en tres; casado propiamente dicho o conyugal, viudo o divorciado.

De los caracteres expresados los cinco primeros son comunes a todos los atributos inherentes a la personalidad. El último señalado —la reciprocidad que ha de considerarse en abstracto, porque en concreto puede haber fallecido el individuo que ostente el estado correlativo, v.gr., el padre— es propio del estado.¹⁹⁵

481. EFECTOS.— Resumiremos a continuación los efectos jurídicos del estado civil de las personas, en el orden del derecho civil:

1º) Ya hemos indicado la influencia que ejerce sobre la *capacidad* y la incidencia que suele tener en el *nombre* de las personas (véase núms. 476 y 477, respectivamente);

¹⁹⁵ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 413, ps. 228-229.

2º) Genera un derecho subjetivo a favor de la persona misma por el cual ésta puede amparar su estado con las llamadas "acciones de estado" (véase *infra*, nº 484);

3º) Origina todo el *derecho de familia* (arts. 159 a 494 del Código Civil, y otras leyes complementarias);

4º) Origina también gran parte del *derecho hereditario* (la sucesión ab-intestato y la legítima forzosa);

5º) Impone el deber de denunciar la orfandad o vancancia de la tutela de los parientes menores de edad, bajo pena de privación del derecho a la tutela que pueda corresponder (conf. art. 378).

6º) Impone el deber de denunciar la demencia de los parientes bajo la sanción de indignidad (conf. art. 3295);

7º) En ciertos supuestos determina la incapacidad de derecho del oficial público (conf. art. 985) o de sus parientes dentro del 4º grado para ser testigos en los actos pasados ante el mismo (art. 990).

482. — En el *orden procesal* el estado de las personas es motivo de recusación o excusación de los jueces (arts. 17, incs. 1º y 2º y 39 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 17.454).

483. — En el *orden penal* el estado de las personas configura un factor eximente de pena por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines, en la línea recta; y los hermanos y cuñados, si viviesen juntos, sin perjuicio de la responsabilidad civil consiguiente (conf. art. 185, Cód. Penal). Otras veces es un factor de agravación del hecho: así el parricidio, filicidio o uxoricidio (conf. art. 80, Cód. Penal). En fin el estado civil es elemento constitutivo del delito de incumplimiento a la asistencia familiar en el que incurren los padres que omiten dar los medios de subsistencia a los hijos de menos de 18 años o impedidos (art. 1, ley 13.944), los hijos que incurren en igual hecho respecto de los padres impedidos, el adoptante respecto del adoptado y viceversa, el tutor, guardador o curador respecto al incapaz, y el cónyuge con respecto al otro no separado legalmente por su culpa —del otro, se entiende— (conf. art. 2º, ley 13.944).

484. ACCIONES DE ESTADO.— La protección dispensada al estado se concreta por medio de dos acciones principales:

1) La *acción de reclamación de estado* es la que tiene por finalidad el reconocimiento del estado del accionante que es desconocido por el demandado.

Tal la acción que puede ejercer el hijo legítimo para que se lo reconozca en ese carácter (conf. art. 254, texto según la ley 23.264); o especialmente la que compete al hijo extra-matrimonial para ese mismo objetivo (conf. art. 254, Cód. Civ.); o finalmente, la que intenta alguien para ser reconocido como cónyuge de una persona, si carece de título conyugal por nulidad del acta de matrimonio, omisión del asiento o destrucción o pérdida del Registro en todo o en parte (conf. arts. 97, 98 y 101, ley de matrimonio civil).

2) La *acción de impugnación de estado* es la que tiene por objeto el reconocimiento de la inexistencia, o falsedad, del estado que se atribuye el demandado.

Pertencen a esta categoría: la *acción por impugnación de paternidad*, sea por desconocimiento *simple* de ella en razón de haber sido concebido el hijo antes de la celebración del matrimonio (hipótesis del art. 260, Cód. Civ., texto según la ley 23.264); sea por desconocimiento *riguroso* de la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, alegando el marido que no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley (arts. 243 y 244) no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen (supuesto del art. 258, texto según la ley 23.264); la acción por impugnación de maternidad, en razón de no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo (supuesto del art. 261, texto según la ley 23.264); la *acción por impugnación de filiación* que ejerciera el hijo extra-matrimonial tendiente a demostrar la falsedad del reconocimiento hecho por quien se dice el padre o madre (hipótesis del art. 263, Cód. Civ., texto según la ley 23.264); la acción distinta de la anterior, por *nulidad del reconocimiento* efectuado;¹⁹⁶ en fin, la acción por *nulidad de matrimonio* (conf. arts. 84 y ss. de la ley de matrimonio civil).

¹⁹⁶ Conf. Busso E., *op. cit.*, t. II, art. 335, núms. 93 y ss., ps. 800 y ss.

485. **AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA EN MATERIA DE ACCIONES DE ESTADO.** — Se discute acerca del efecto de la cosa juzgada “erga omnes” que produce esta clase de sentencias.

486. a) **TEORÍA DEL CONTRADICTOR LEGÍTIMO.** — Los autores franceses antiguos, tales como Cujas, Duaren, Doneau y especialmente D'Argentré le asignaron ese carácter elaborando la *teoría del contradictor legítimo*. Decía D'Argentré que “la común y decidida opinión, es, la de que un juicio sobre el estado civil de la persona hace derecho y produce consecuencias contra todos siempre que se haya seguido con un opositor legítimo”.¹⁹⁷ ¿Y quién es el contradictor legítimo? Para D'Argentré “el que tiene el primero y principal interés”; para otros “el que tiene el más próximo y primitivo interés”, v.gr., el padre tratándose de una acción de filiación.

Esta teoría adoptada por los primeros comentaristas del Código francés, como Proudhom, Toullier y Duranton,¹⁹⁸ fue abandonada a mediados del siglo pasado por suponer una representación ficticia acordada por los demás parientes a favor del “contradictor legítimo”, personaje que se desdibuja a medida que se aleja el parentesco en juego.

487. b) **TEORÍA DEL VALOR RELATIVO DE LA COSA JUZGADA.** — Los grandes maestros que hicieron la crítica a la tesis anterior, como Aubry y Rau, Demolombe, Laurent, Baudry-Lacantinerie y Planiol,¹⁹⁹ negaron el efecto “erga omnes” de las sentencias de estado y consideraron que en principio éstas se encuentran en condiciones similares a las demás sentencias por lo que no hacen cosa juzgada sino entre las partes intervinientes en el juicio pudiendo los extraños renovar la cuestión. Con todo, se trata sólo de un principio, dicen estos autores, que admite muchas excepciones: 1) La sentencia hace cosa juzgada contra

¹⁹⁷ D'Argentré, *Avis sur le partage des nobles, Question 29*, núms. 1 y 7 (citado por Savatier R. en Planiol y Ripert. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, ed. Habana, 1927, t. I, n° 32, p. 25).

¹⁹⁸ Proudhom, *Traité-sur l'état de personnes et sur titre préliminaire du Code Civil*, 3ª ed., Dijon, 1842, t. II, p. 109; Toullier M., *Le droit civil français*, 6ª ed., París, t. X, núms. 226 y ss.; Duranton A., *Cours de droit français suivant le code civil*, 4ª ed., París, 1844, t. II, n° 163.

¹⁹⁹ Aubry y Rau, *op cit.*, t. VI, párr. 544 bis, p. 24, n° 6; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, París, 1869, t. V, *Paternité et Filiation*, núms. 307 a 321; Laurent F., *Principes de droit civil français*, 4ª ed., t. III, n° 487, p. 618; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, *Des Personnes*, t. IV (en colaboración con G. Chéneaux), núms. 411 a 428, ps. 299 y ss., y n° 608, p. 560; Planiol M., *Traité élémentaire*, t. I, núms. 440 y ss., ps. 166 y ss.

los herederos de las partes; 2) La sentencia adquiere valor de cosa juzgada absoluta si han intervenido en el juicio todos los parientes vivos, y el pronunciamiento no puede ser atacado por los nacidos ulteriormente; 3) La sentencia es irrevisible si la acción era de titular singular como el desconocimiento de paternidad, en vida del padre o la nulidad de matrimonio; 4) La sentencia constitutiva fija para todas las personas el estado civil que emana de ella, como ocurre con las sentencias de divorcio o extinción de la patria potestad.

Esta posición no nos resulta convincente porque en su afán de reducir la órbita de aplicación de un principio juzgado en la práctica inconveniente, introduce excepciones carentes de razón suficiente. Así no se ve por qué los herederos de las partes tendrían que soportar los efectos de la cosa juzgada siendo así que ellos "heredan efectivamente el patrimonio del difunto pero no su estado civil" y "la sentencia pronunciada contra el difunto se refiere únicamente a su estado civil, de ningún modo a su patrimonio, ni tampoco al orden de su sucesión".²⁰⁰ Tampoco se advierte la razón por la cual se impediría a las personas concebidas ulteriormente a la sentencia renovar la cuestión, ya que tal discriminación entre parientes vivos y parientes futuros es una manera de hacer revivir en contra de éstos la teoría del contradictor legítimo, que se la declara ineficaz para los parientes vivos que no han participado en el pleito. Finalmente hablar de cosa juzgada "erga omnes" tratándose de acciones de titular singular es incurrir, nos parece, en un desenfoque del asunto porque lo que en verdad hay es una carencia de acción de parte de quienes no son dueños de la acción, y por tanto sea la cosa juzgada absoluta o relativa, estarán igualmente impedidos de renovar la cuestión aquellos que no tienen acción para poderla promover.

488. c) TEORÍA DEL VALOR ABSOLUTO DE LA COSA JUZGADA. — Frente a la posición precedente que afirma la autoridad relativa de la cosa juzgada emanada de las sentencias dictadas en juicios de estado, están los autores modernos que con Bonnecase^{200 bis} a la cabeza, sus-

²⁰⁰ Savatier en Planiol y Ripert, *Tratado Práctico*, ed. Habana, t. I, n° 35, p. 27 a).

^{200 bis} Bonnecase J., *op. cit.*, t. I, núms. 270 v ss., ps. 333 y ss.; Savatier R., su nota en "Daloz Périodique", 1920, t. 2, p. 61; *id.*, *Cours de droit civil*, 2ª ed., París, 1947, t. I, n° 406, ps. 205-206; Stolfi. *op. cit.*, t. V, n° 687, p. 441; Bonnier, *Traité des preuves*, 2ª ed. París, 1852, n° 786, p. 730; Chironi G. P. y Abello L., *Trattato di diritto civile italiano, Parte Generale*, Torino, 1904, t. I, ps. 682 y ss.; de Castro y Bravo F., *Derecho Civil de España*, t. III, ps. 100 y ss.; Freitas, Esbozo, arts. 1502 v 1505; Jofré T., *Manual de Procedimientos*, t. III, ps. 325 y ss.; Díaz de Guijarro E., sus notas en "J. A.", t. 45, p. 535 y 1942-II, p. 612; R. Soler, *La cosa juzgada en las cuestiones de estado*, "Re-

testan el valor "erga omnes" de tales sentencias en el carácter indivisible del estado. Por razón de esta característica del estado civil "una persona es francesa o extranjera, un hijo es legítimo o no lo es, tiene por madre a tal o cual persona y no a otra. Por tanto la primera sentencia que se dicte sobre la nacionalidad, la filiación o legitimidad debe hacer fe para todo el mundo. De lo contrario podría dictarse una segunda sentencia, incompatible con la primera y la persona sería a la vez francesa y extranjera, hijo legítimo y natural, o bien tendría el mismo tiempo dos madres diferentes, lo que sería absurdo".²⁰¹

Esta argumentación tan convincente que se apoya en la eliminación del absurdo ha intentado ser neutralizada por Planiol, quien luego del desarrollo transcripto, agrega: "Esta manera de comprender la indivisibilidad del estado reposa sobre un error fácil de refutar. El estado es indivisible; esto quiere decir que cada individuo no puede en sus relaciones con una persona determinada, pasar por hijo legítimo y por hijo no legítimo, por tener tal madre o por no tenerla. Pero la indivisibilidad del estado es perfectamente compatible con el carácter puramente relativo de las pruebas. Puede probarse contra Pedro que el hijo es legítimo sin que esta prueba sea oponible a Pablo. No se trata de dividir el estado sino de distinguir las personas respecto de las cuales se ha logrado acreditarlo".²⁰²

La argumentación del eminente maestro francés, pesa de exagerada sutileza. Las pruebas no son sino los medios tendientes a la demostración de los hechos en que se sustentan los pronunciamientos judiciales. Por tanto, no es posible herir la indivisibilidad del estado resultante de una sentencia, en base a la divisibilidad de las pruebas. En rigor éstas ni son divisibles ni dejan de serlo, son simplemente idóneas o no para acreditar un cierto hecho. Pero, de cualquier modo la calidad de la prueba —que es el elemento secundario e instrumental— no permite sacar conclusión alguna sobre la calidad de la sentencia, que es el factor principal. Hay desproporción en el argumento al sacar una deducción que excede de las virtualidades de la premisa.

Queda así en pie la fuerza emanada de la indivisibilidad del estado. Como dice Bonnacase "o el estado de las personas es indivisible en el sentido de que es uno para todos, o corresponde a una noción meramente arbitraria, que no realiza su fin de individuación social y

vista crítica de jurisprudencia", t. 2, p. 421; Liebman E., *La cosa juzgada en las cuestiones de estado*, "L. L.", t. 16, sec. doctr., p. 49; íd., *Límites a la cosa juzgada en las cuestiones de estado*, "L. L.", t. 19, sec. doctr., p. 1; Bibiloni, "J. A.", nota a los arts. 786 y 787 del *Anteproyecto*; Alsina Hugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I, n° 31, p. 586.

²⁰¹ Planiol M., *op. cit.*, t. I, n° 444, p. 167.

²⁰² Planiol M., *op. cit.*, *loc. cit.*

por tanto, de organización social sanamente comprendida".²⁰³ Podrá discutirse si el estado es indivisible; pero si se lo acepta como indivisible no puede reducirse esa noción a una relación particular entre dos personas según la cual, entre ellas alguien puede ser hijo legítimo y no serlo al propio tiempo, pues esto no hace a la indivisibilidad sino al simple principio de no contradicción según el cual algo no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo la misma formalidad. Lo indivisible del estado significa que determinado estado no puede ser para unos y no ser para otros.

Por ello concluimos, que en virtud del carácter indivisible que aceptamos para el estado la definición que se haga del mismo por una sentencia judicial, tiene valor para todos los interesados.^{203 bis}

489.—La conclusión que hemos aceptado no deja de tener sus riesgos, especialmente por la colusión posible entre las partes para preconstituir un título de estado civil que resulte oponible a todos. Pero estos riesgos pueden ser eludidos o reducidos a una mínima parte, por una adecuada técnica legislativa, que obligue a dar intervención en los juicios de estado a todos los que pueden tener interés en contradecir al accionante, y por una celosa y diligente actuación del Ministerio Fiscal para que la mala fe no aproveche de la inercia de los funcionarios indolentes. Si a ello se agrega que en las cuestiones de orden público como ésta la función judicial ha de ejercerse con un más afinado sentido de la impulsión procesal, en procura de la verdad, es dable concluir que los peligros del valor absoluto de la cosa juzgada en materia de acciones de estado son bastante reducidos, que están compensados con creces por la eliminación del irreparable desconcierto que puede suscitarse en una sucesión cuando se presenta a recibir la herencia alguien que ha sido considerado hijo del difunto en un juicio seguido contra el heredero A y que ha sido desconocido en ese carácter en otro juicio seguido contra el heredero B.

490. d) TEORÍAS INTERMEDIAS.— En el deseo de eludir los inconvenientes que suscitan las teorías anteriormente expuestas, varios autores han ensayado la elaboración de doctrinas intermedias.

Para Cicu cuyo pensamiento se aproxima al de los autores mencionados en el n° 488, han de tenerse en cuenta los efectos reflejos que una sentencia de estado produce sobre las relaciones de parentesco de las personas directamente afectadas por ella. De modo que no es la sentencia la que tiene valor "erga omnes" sino el título del estado a

²⁰³ Bonnecase J., *op. cit.*, t. I, n° 280, p. 350.

^{203 bis} Conf. Fassi Santiago E., su nota en "L. L.", t. 107, p. 90, n° 5.

que se refiere, que resulta convalidado o modificado o eliminado por la sentencia en cuestión. Pero tan no reviste ésta valor absoluto de cosa juzgada que si en una controversia entre padre e hijo se declara la filiación de éste ello no impide a quienes se consideren los verdaderos padres o aun al hijo impugnar la relación de filiación declarada.²⁰⁴

Según Colin y Capitant a las sentencias dictadas sobre el estado, debe atribuirse "ni más ni menos, la misma fuerza, la misma autoridad que a los demás instrumentos probatorios de la filiación admitidos por la ley, como el acta de nacimiento o de reconocimiento. No se trata de que la filiación establecida por una sentencia sea indiscutible. Ningún modo de constitución de una filiación tiene esa virtud. Todos pueden ser discutidos. . . la partida de nacimiento, el reconocimiento, la posesión de estado hacen fe provisionalmente mientras no se establezca lo contrario. . . ¿Por qué no ha de ser lo mismo respecto a las sentencias dictadas en materia de estado?" Para estos autores tales sentencias "no tendrían respecto a tercero autoridad de cosa juzgada en el sentido de que no bastaría invocarlas para imponer silencio a las partes no representadas en el juicio cuyos resultados quisieran impugnar; pero harían fe provisional, y aquél en cuyo favor se hubieren dictado podría utilizarlas con fines distintos de los perseguidos primeramente, sin tener que iniciar cada vez un nuevo juicio".²⁰⁵

Análoga a la explicada es la interesante posición asumida entre nosotros por Busso, quien entiende que "para resolver la cuestión debe distinguirse entre los efectos que pueda surtir la sentencia en cuanto haga cosa juzgada, de aquellos que pueda producir como constitutiva de título. Una cosa es en efecto, que una sentencia declare "erga omnes" el estado controvertido y otra que el estado pueda ser impugnado por otros interesados. En este orden de ideas entendemos —dice Busso— que la sentencia obtenida en juicio entre interesados, crea a favor de aquel cuyo estado está en discusión, un título de estado. Y ese título surte efectos "erga omnes", y puede ser opuesto a toda persona. Pero aquellos interesados respecto de quienes (por no haber intervenido en el juicio) la sentencia no causa cosa juzgada, pueden impugnar ese título por acción conforme y obtener una nueva decisión, y por lo tanto, un nuevo título con iguales efectos que el anterior".²⁰⁶

491. — Finalmente, para Borda, no es posible en esta materia elaborar una teoría unitaria de las acciones de estado. Partiendo de la regla de derecho procesal según la cual la cosa juzgada es relativa, habrá que admitir tantas excepciones como lo impongan la naturaleza

²⁰⁴ Cicu, A., *La Filiatione, en el "Trattato de Vassalli"*, fasc. 1º del vol 3º.

²⁰⁵ Colin y Capitant H., *op. cit.*, t. I, p. 346.

²⁰⁶ Busso E., *op. cit.*, t. II, art. 262, núms. 74 y 75, ps. 514-515.

de la acción de que se trate o los intereses públicos y particulares en juego. Es un problema, que según este autor, debe resolverse con un criterio eminentemente circunstancial, alejado de toda teoría a priori.²⁰⁷

Nos parece que este punto de vista no es adecuado en esta materia, en que se trata de fijar una pauta básica referente al régimen de las acciones de estado. Conviene adoptar criterios flexibles cuando se trata de la apreciación de hechos, porque respecto de ellos la estimación prudencial del juez no puede ser reemplazada eficientemente por un principio legal por previsor que intente serlo. Pero, en un asunto de tanta trascendencia como es el valor absoluto o relativo de la cosa juzgada en materia de acciones de estado, no creemos que sea apropiado dejar librada la solución al empirismo de los magistrados no auxiliados por una directiva que les permita discernir cuándo habrán de apartarse de la regla procesal antes aludida.

492. JURISPRUDENCIA.— Entre nosotros parece prevalecer la tendencia que acuerda valor “erga omnes” a los pronunciamientos dictados sobre el estado de las personas. Las primeras sentencias siguieron la orientación de los autores franceses más afamados y asignaron a la cosa juzgada en estos casos un alcance relativo a las partes del juicio.²⁰⁸ Pero luego varios fallos han afirmado resueltamente la autoridad “erga omnes” de las sentencias dictadas en los juicios de estado, bajo la condición de que estos juicios hayan tramitado con legítimo contradictor.²⁰⁹

²⁰⁷ Borda G. A., *Familia*, 2ª ed., 1959, t. I, n.º 43, p. 41.

²⁰⁸ Cám. Civ. 1ª, “J. A.”, t. 22, p. 881 (pero es de notar que en ese caso la resolución judicial dictada en un juicio sucesorio se había limitado a homologar un acuerdo de partes, por lo que no podía pensarse que tuviera autoridad de cosa juzgada “erga omnes”), *id.*, “J. A.”, t. 29, p. 187; *id.*, “L. L.”, t. 50, p. 979.

²⁰⁹ Cám. Civ. 2ª, “J. A.”, t. 61, p. 218; *id.*, *id.*, t. 63, p. 703; *id.*, *id.*, t. 42, p. 474 (en este juicio se rechazó la excepción de cosa juzgada, pero ello fue porque el pronunciamiento anterior se había dictado en un juicio de filiación natural que había sido una “mera información” —voto del doctor Lagos. Por su parte el doctor C. de Tezanos Pinto, con adhesión de Salvat, dijo: “Las sentencias firmes que resuelven cuestiones constitutivas de estado relativas a las personas, producen en principio efecto respecto de todos, pero a condición que lo sean en litigios seguidos regularmente con parte legítima, cosa de que se ha prescindido en el referido juicio de filiación natural”); Cám. 1ª, La Plata, “J. A.”, 1946-IV, p. 699, con interesante voto del doctor Mena; Cám. Ap. Río Cuarto, “J. A.”, 1942-II, p. 612, con la nota ya mencionada del doctor E. Díaz de Guíjarro

Creemos que esta corriente jurisprudencial merece ser aprobada.

493. LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. — El Anteproyecto Bibiloni introdujo en esta materia importantes novedades en el articulado del Código, resolviendo la cuestión aquí discutida, prácticamente en el sentido que hemos aceptado. El Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954 han seguido las huellas de Bibiloni en esta materia.

En la Parte General del Anteproyecto, Bibiloni dedicó varias disposiciones al tratamiento de la cosa juzgada. Entre ellas cabe destacar el art. 536 de la primera redacción (art. 473 de la 2ª redacción) que dice: "Las sentencias constitutivas producen sus efectos respecto de terceros". Consiguientemente, las sentencias meramente declarativas de estado sólo producen efecto respecto de las partes intervinientes en el juicio (conf. arts. 534, 535 de la 1ª redacción y arts. 481 y 472 de la segunda redacción).

Pero este principio general se quiebra tratándose de las principales acciones de estado tales como la de nulidad de matrimonio (art. 596 del Anteproyecto) y de filiación (art. 786, *íd.*), con la interesante novedad de tener que citarse al pleito sobre filiación a los herederos, ascendientes y descendientes del padre de que se trate.

En suma, el Anteproyecto Bibiloni acuerda valor absoluto a las sentencias de estado en prácticamente todos los supuestos: sentencias constitutivas, sentencias sobre nulidad de matrimonio, sentencias sobre filiación, si bien respecto de estas últimas debe entenderse que el valor "erga omnes" está subordinado a la citación de las personas ya mencionadas. Es un asunto de técnica legislativa apropiada para evitar las colusiones que tanto temen los autores que no asignan a estas sentencias sino un valor puramente relativo. Finalmente puede solicitarse la revocación de la sentencia perjudicial probando la colusión de las partes intervinientes (art. 537, de la primera redacción; art. 474, de la segunda redacción).

El Proyecto de 1936 aceptó las proposiciones de Bibiloni, en sus arts. 301, 302 y 457.

Otro tanto hizo el Anteproyecto de 1954 en sus arts. 303, 304, 446 y 515.

IV.—POSESIÓN DE ESTADO *

494. NOCIÓN.—Hay posesión de estado cuando alguien disfruta de determinado estado de familia, con independencia del título sobre el mismo estado.

Esta noción ha sido obtenida por analogía con la posesión de las cosas. Pues así como hay posesión cuando alguien detenta una cosa en su poder con la intención de comportarse como dueño de ella, y por tanto aprovechar los beneficios que rinde según su naturaleza, en el orden de la familia hay posesión de estado cuando alguien ocupa una determinada situación familiar —de hijo, padre, esposo, etc.— y goza de hecho de las ventajas anexas a la misma soportando igualmente los deberes inherentes a esa situación.

Adviértase que, por lo general, como ocurre también tratándose de las cosas, quien ejerce posesión de estado, tiene también título a ese estado. Es el caso del esposo que ha contraído matrimonio inscripto en el Registro —por eso tiene título— y que cohabita con su mujer, en esa calidad —posesión del estado de marido—. O es el hijo legítimo inscripto en el Registro Civil o extra-matrimonial reconocido por su padre o madre o por ambos —por eso tiene título de hijo—, que recibe de sus padres el trato de tal, conviviendo con ellos —posesión del estado de hijo—. Pero esto, que es lo normal, puede no ser así y aparecer disociados el título de estado y la posesión de estado. Es lo que ocurre con el hijo extra-matrimonial que ha sido reconocido por el padre pero a quien éste ha abandonado llevando una vida al margen de la del hijo. Es también lo que ocurre cuando el padre vive con el hijo extra-matrimonial, o se preocupa por él proveyendo a su educación y subsistencia, pero se abstiene de reconocerlo formalmente. En el primero de estos dos supuestos el hijo tiene título de estado de hijo, pero no posesión de ese estado. En el segundo de los supuestos, el hijo tiene posesión del estado de tal pero carece de título.

* BIBLIOGRAFÍA. Couture E. J., *Sobre la máxima "nomen, tractatus, fama"*, "Rev. D. J. A.", Montevideo, mayo 1938, año XXXVI, nº 5, p. 172; Díaz de Guijarro H., sus notas en "J. A.", t. 73, p. 523 y 1946-II, p. 108; Halperín N., *La posesión de estado y la filiación natural*, en "Rev. Crít. de Jurisprudencia", Bs. As., t. I, p. 238; Ojea J. O., su nota en "J. A.", t. 48, sec. doct., p. 1; Vedia y Mitre M., *Filiación natural y posesión de estado*, en "Rev. Arg. de Ciencias Políticas", t. XIII, p. 37.

495. ELEMENTOS DE LA POSESIÓN DE ESTADO. — Acerca de la apreciación de cuáles son los elementos integrantes de la noción de posesión de estado se ha cumplido una evolución interesante.

1) Para los glosadores y principalmente los canonistas tres eran los elementos integrantes de la posesión de estado: “nomen”, “tractatus” y “fama”.

El “nomen” consistía en el uso por el hijo del apellido del padre o madre.

El “tractatus” aludía al trato de hijo recibido por éste de sus padres o de su padre o madre.

La “fama” señalaba la voz pública con respecto a la paternidad o maternidad del hijo atribuida a tal o cual persona.

Según esta opinión para que el hijo estuviera en posesión del estado de tal, debía tener el apellido del padre o madre, recibir el trato de hijo y serlo según la creencia de la gente.

Esta concepción ha sido actualmente abandonada, pero ha dejado alguna huella en el art. 263 del Código Civil, luego reformado por el art. 114 de la ley 2393.

2) Para Demolombe, a quien sigue entre nosotros Prayones, la posesión de estado se integra con elementos análogos a los de la posesión de las cosas. Y así como ésta para ser eficaz ha de reunir cuatro características: continuidad, publicidad, inequívocidad y buena fe, igualmente se piden estas calificaciones para la posesión de estado.²¹⁰

Pero se ha observado que el estado civil es algo fundamentalmente distinto de las cosas, por lo que no es dable exigir a su respecto lo que puede exigirse para los objetos materiales. Concretamente, la clandestinidad no obsta a la posesión de un determinado estado de familia, ni la discontinuidad puede hacer cesar los efectos de una posesión anterior que es irrevocable, ni en fin la buena fe o creencia sobre la existencia del título de estado ejerce aquí influencia alguna.²¹¹

Por ello esta concepción, con toda razón, no ha hecho camino ni en Francia ni en nuestro país.

3) Tanto la doctrina como la jurisprudencia imperantes asimilan la posesión de estado a un reconocimiento de hecho del parentesco de que se trate, lo que se conocerá por el trato que se hayan dado los parientes. Así el elemento del “tractatus” es el que ha venido a conside-

²¹⁰ Demolombe C., *op. cit.*, t. V, n° 207; Prayones E., *Derecho de Familia*, 2° ed. Bs. As., 1917, ps. 259 y ss.

²¹¹ Busso E., *op. cit.*, t. II, art. 325, núms. 148, 150 y 152, p. 735.

rarse fundamental y revelador del disfrute de determinado estado como para que pueda considerarse que ha mediado posesión del mismo.²¹²

496. APLICABILIDAD DE LA NOCIÓN DE POSESIÓN DE ESTADO. — La noción que estudiamos tiene particular trascendencia en dos situaciones, en las que la posesión de estado aparece como un requisito previo del acceso al título del respectivo estado. En esos supuestos quien pretende constituir su título a un determinado estado no podrá hacerlo si previamente no acredita estar en posesión de ese mismo estado. En este sentido entendemos por título de estado la constancia de un documento auténtico o idóneo para la comprobación legal de la causa constitutiva del respectivo estado: así es título de estado de esposo o esposa, la partida de matrimonio que acredita la celebración del acto que hace acceder a los esposos a ese estado; y también es título del estado de hijo extra-matrimonial el testamento en que el padre hubiese reconocido al hijo, pues de acuerdo al art. 2º de la ley 14.367 el reconocimiento es irrevocable en cualquier forma que se hiciera y consiguientemente el instrumento donde conste el testamento es idóneo legalmente para acreditar el carácter de hijo.²¹³ Es lo que ahora resulta de los arts. 248 y 249 del Cód. Civil, según texto de la ley 23.264,

Los dos casos en que se exige la previa posesión de estado para acceder al título del estado respectivo son: 1) reclamación de su estado por hijo extra-matrimonial, luego del fallecimiento del padre; 2) reclamación del estado de es-

²¹² Lafaille H., *Familia*, Bs. As., 1930, nº 484, ps. 352-353, nota 189; Borda G. A., *Familia*, 2ª ed., t. II, nº 721, p. 83. Conf. Cám. Civ. Sala "C", "L. L.", t. 82, p. 388; Cám. Civ. 1ª "J. A.", t. 63, p. 865; id., id., "L. L.", t. 16, p. 44; Cám. Civ. 2ª, "J. A.", 1943-III, p. 133; id., id., 1942-III, p. 499; id., id., t. 73, p. 832; Sup. Corte Bs. As., "L. L.", t. 61, p. 125; Cám. 1ª, La Plata, "J. A.", t. 1948-III, p. 245; Cám. 2ª, La Plata, "L. L.", t. 63, p. 510; Cám. Ap. Córdoba, "J. A.", 1951-I, p. 916; Cám. Ap. Santa Fe, "R. S. F.", t. 10, p. 104; Cám. Civ. Sala "E", "L. L.", t. 101, p. 683 y t. 106, p. 185; id., Sala "F", "L. L.", t. 101, p. 631; id., Sala "D", "L. L.", t. 101, p. 551; Cám. 2ª Tucumán, "L. L.", t. 109, p. 370.

²¹³ Conf. Lafaille H., *Familia*, Bs. As., 1930, núms. 456 y 472, ps. 341 y 345; Busso E., *op. cit.*, t. II, art. 332, núms. 22 y ss., p. 765; Colombo L. A., *Reconocimiento de hijos naturales*, "L. L.", t. 50, p. 979. Comp. Borda G. A., *Familia*, 2ª ed., t. I, nº 28, ap. c), ps. 32-33.

poso o esposa, mediando nulidad del matrimonio por vicio de forma.

Nos referimos a esos dos casos.

497. a) RECLAMACIÓN DEL ESTADO DE HIJO EXTRA-MATRIMONIAL. — El art. 325 del Código, tal como Vélez lo redactó, no hacía distinción en cuanto a los requisitos para promover la acción de filiación natural, según que el posible padre hubiera fallecido o no. Pero al discutirse la ley de fe de erratas de 1882 el senador Cortés como miembro informante de la comisión, fundó la segunda parte que ahora tiene ese artículo en la necesidad de evitar los escándalos que se habían presentado cuando luego del fallecimiento de la persona se pretendía imputarle un hijo en base a pruebas que los miembros de la familia del difunto no estaban en condiciones de contrarrestar.²¹⁴ De ahí que se aprobara el aludido agregado en los siguientes términos: *“No habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ser ejercido por los hijos durante la vida de sus padres”*.

Con ello ha quedado erigida la posesión de estado como un requisito previo indispensable para tener acceso al título de estado de hijo extra-matrimonial, después del fallecimiento del respectivo progenitor.

No obstante haber merecido algunas críticas doctrinarias el agregado parece prudente y ha sido mantenido por los proyectos de reforma del Código Civil (Anteproyecto Bibiloni, art. 740; Proyecto de 1936, art. 468; Anteproyecto de 1954, art. 534)

Si bien es cierto que la ley 23.264 derogó el art. 325 del Cód. Civil y que el actual art. 254 no exige la posesión de estado como un requisito previo indispensable en el caso de iniciarse la acción por el hijo póstumo, cabe señalar que la importancia de la noción estudiada aparece reflejada en el nuevo texto del art. 256 del Cód. Civil, al decir 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 nexa biológico”*.

En el caso de entablarse una acción de filiación extramatrimonial por el hijo póstumo, la posesión de estado puede ser demostrada de conformidad a las circunstancias que rodean ese especial período de la persona. Por ello se ha sostenido que esa posesión de estado viene a confundirse con la vida en común hecha respecto de la madre, de manera que los actos dirigidos a ella pueden ser aplicados al hijo.^{214 bis}

498. b) RECLAMACIÓN DEL ESTADO DE ESPOSO. — La posesión del estado de esposo, sin título, no da derecho al goce de las prerrogativas correspondientes a ese estado, ni sirve para acreditar la existencia del matrimonio que es la causa del estado matrimonial. Pero cuando

²¹⁴ Ver “Diario de Sesiones del Senado”, año 1879, p. 148.

^{214 bis} C. 2ª Civ. y Com. Córdoba, con nota aprobatoria de Méndez Costa, María Josefa, en “J.A.”, n° 5301, del 6 4 83, fallo n° 32.054.

el matrimonio es nulo por vicio de forma, la posesión de estado es bastante para suplir tales vicios y por tanto para convalidar el matrimonio.

Así lo establece el 2do. párrafo del art. 197 del Cód. Civ. (ley 23.515): *“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. 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 validez”*.

Por tanto, en esa hipótesis, la posesión de estado adquiere enorme importancia ya que acumulada a la constancia de un acto inválido, sirve para convalidar el matrimonio, cubriendo como con un manto las imperfecciones de forma.

- § 5. Prueba de los hechos constitutivos del estado civil. Partidas del Registro Civil y parroquiales. Naturaleza jurídica. Requisitos. Rectificación y nulidad. Prueba supletoria; condiciones necesarias para su protección y medios de prueba. Disposiciones legales sobre la prueba del nacimiento, de la defunción y del matrimonio.

I. — PRUEBA DE LA EXISTENCIA Y DEL ESTADO DE LAS PERSONAS

499. IMPORTANCIA. — La existencia y el estado de las personas son hechos de tanta significación que la ley debía tomarlos en cuenta para precisar la manera de comprobarlos a fin de que la verificación de tales hechos estuviera exenta de riesgos dentro de las posibilidades humanas. Con esa finalidad se ha organizado con todo detalle la prueba del nacimiento y muerte de las personas, como así de otros hechos constitutivos del estado de las personas, tales como el matrimonio, la filiación, la legitimación de los hijos, etc.

Tal el régimen del registro del estado civil de las personas que se conoce vulgarmente por Registro Civil.

500. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. — El Registro Civil tiene un antiguo origen. Según Dionisio de Halicarnaso el primer registro de esa índole fue creado por el rey romano Servio Tulio, quien lo encomendó a un colegio de sacerdotes. En la evolución de ese registro también se cumplió un proceso de secularización, pues Marco Aurelio confió la organización de las inscripciones de nacimientos a ciertos funcionarios:

los "prefecti aerarii" y los "tabularii publici". Justiniano agregó en su *Novela 74* lo relativo al matrimonio.

Con la caída del Imperio Romano de Occidente varias de las funciones que cumplían los funcionarios imperiales debieron ser asumidas por los sacerdotes de la Iglesia Católica, única institución con vigor bastante para resistir el alud de los bárbaros. Todo lo que era la civilización de la época se guareció en el ámbito y bajo la protección de la Iglesia, que suscitó al poco tiempo la adhesión de los conquistadores que paulatinamente se fueron convirtiendo al catolicismo y abjuraron de sus idolatrías y mitos ancestrales.

En lo concerniente al estado de las personas, los curas párrocos vinieron a desempeñar una función trascendental. Porque arruinados y extinguidos los anteriores registros imperiales, la prueba de la existencia y estado civil de las personas se hizo en base a las anotaciones que llevaba cada parroquia acerca de los sacramentos que allí se administraban —bautismo, matrimonio y extremaunción—, así como las referentes a las defunciones puesto que los cementerios estaban a cargo de la Iglesia. El obispo de Nantes Henri le Barbu, reglamentó en 1406 la forma de llevar los libros parroquiales, que contenían aquellas anotaciones, en su diócesis. Luego el Concilio de Trento, en 1536, extendió la reglamentación a toda la Iglesia.

Durante los siglos XVI a XVIII, a medida que se deterioraba la unidad religiosa de Europa, los reyes fueron tomando providencias en esta materia, para cubrir las situaciones de las personas que por no profesar la religión católica, carecían de las constancias referentes a su estado civil, que para la generalidad de la población se tomaba "consuetudinariamente", de los libros parroquiales. Aun en las vísperas de la Revolución Francesa, en 1787, Luis XVI al sancionar la libertad de cultos, organizó un registro civil para disidentes.

501. SECULARIZACIÓN DE LOS REGISTROS.— Con la Revolución Francesa lo que era un régimen excepcional para los disidentes del credo católico, se convirtió en el sistema general para toda la población. A ese paso de un sistema a otro se llama secularización de los registros, porque el Estado extendió su jurisdicción a esa materia, organizando sus propios registros para acreditar el nacimiento y la defunción de las personas independientemente de los que llevaban y continuaron llevando las parroquias. Cuando se estableció el matrimonio civil y sólo se reconoció eficacia civil a la unión formalizada ante el funcionario del Estado, se agregó en el Registro Civil, el libro relativo a los matrimonios.

En este proceso, dejando de lado el impulso de irreligiosidad que le movía, había mucho de aceptable. El Estado no podía despreocuparse acerca del modo de probar hechos tan capitales como el nacimiento de las personas, con las circunstancias de nombre, filiación, etc., o la muer-

te de ellas. Otro tanto cabe decir del matrimonio, institución básica de la organización familiar y por tanto de la organización social. Pero para esto último, es decir para organizar la prueba del matrimonio, no era menester atender contra la conciencia de los católicos, obligándolos a practicar un simulacro de ceremonia ante una oficina pública y destituyendo de todo valor en el orden civil al acto que solamente lo tiene en el fuero interno de aquellos, a saber el matrimonio canónico. Para satisfacer la finalidad que el Estado debe llenar bastaba con subordinar la prueba del matrimonio religioso a la inscripción de este acto en el Registro Civil: tal el régimen vigente en España, Italia, Perú y Brasil.

Desde luego para quienes desearan prescindir del matrimonio religioso por cualquier motivo, p. ej., por pertenecer a otra religión distinta de la católica o no profesar ninguna, siempre podría el Estado organizar su propio matrimonio civil. O dicho de otra manera, el Estado podría reconocer, sin mengua de sus atribuciones, el matrimonio civil, bajo una doble forma de celebración: la canónica y la civil.

Quando la legislación argentina adopte un régimen semejante al que prevalece en los países que marchan a la vanguardia de los pueblos de nuestra estirpe, se habrá superado la odiosidad antirreligiosa de las prescripciones vigentes en esta materia, e instaurado una organización matrimonial fundada en el efectivo respeto por los fueros de conciencia de cada uno.

502. MUNICIPALIZACIÓN DE LOS REGISTROS EN NUESTRO PAÍS. — Hasta la sanción del Código Civil la prueba del estado civil de las personas se efectuaba mediante las *partidas parroquiales*, que eran copias, expedidas por los curas párrocos, de los asientos existentes en los libros de cada parroquia.

En 1833 el gobernador de Buenos Aires, general Viamonte, había creado un registro civil para disidentes, ejemplo que habían seguido otras provincias como Jujuy en 1836 y Santa Fe en 1862. Por su parte Buenos Aires había ampliado la reglamentación vigente, en 1857.

La secularización general de los registros, y por tanto la eliminación para el futuro del valor probatorio de los asientos de los libros parroquiales, en lo concerniente a nacimientos y defunciones, fue establecida por el art. 80 del Código Civil, según el cual se prueba el nacimiento "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..." En cuanto al fallecimiento, según el art. 104 del Código "se prueba como el nacimiento en iguales casos".

Pero Vélez Sársfield no alteró lo relativo al régimen del matrimonio. El único matrimonio válido era el celebrado ante la respectiva Iglesia: así el matrimonio canónico, el matrimonio con autorización de la Iglesia Católica celebrado entre católico y cristiano no católico

(arts. 180 a 182, Cód. Civ.) y el matrimonio sin autorización de la Iglesia Católica que era el contraído entre cristianos no católicos y entre personas que no profesaban el cristianismo, el que era válido siendo celebrado "según las leyes y ritos de la Iglesia a que los contrayentes pertenecieran" (art. 183). Quedaba así sin prever, el matrimonio de quienes careciesen de todá religión, y este vacío fue la principal arma que se esgrimió para destruir el matrimonio religioso sustituyéndolo por el matrimonio civil, que en buena lógica y con buena fe sólo debió crearse para quienes se encontrasen en ese vacío del sistema matrimonial del Código de Vélez.

Coincidiendo con el criterio de éste el art. 179 establecía: "El matrimonio se prueba por la inscripción en los registros de la parroquia de las comuniones a que pertenecieren los casados..."

503. PROVINCIALIZACIÓN DEL REGISTRO CIVIL. — Con la sanción de la ley 2393 quedó eliminado, para el futuro, el matrimonio religioso y sustituido por el matrimonio civil para todos los habitantes cualquiera fuera su credo.

En lo relativo a la prueba del estado civil, esta ley importó una reforma importante, porque sustituyó la jurisdicción sobre los registros civiles que del orden municipal fue pasada al orden provincial. Así lo dispuso el art. 113 de la ley 2393 en los siguientes términos: "*Los Registros públicos que debían ser creados por las municipalidades según el art. 80 de este Código, deberán serlo por las legislaturas respectivas*".

Esta reforma debe ser aprobada, por la conveniencia de centralizar la organización del registro civil, que según pensamos, no hay obstáculo en efectuar bajo la jurisdicción de la Nación. Pero mientras ello se cumple, bueno ha sido encomendar tal organización a cada provincia, para impedir que el registro civil resultara pulverizado en centenares de municipios, muchos de los cuales carecían de posibilidades económicas y aun culturales para llevarlo adecuadamente.

504. CONVENIENCIA DE LA CENTRALIZACIÓN NACIONAL. — Reiteradamente se ha propugnado la centralización del Registro Civil, en la jurisdicción nacional. Ya opinaban en este sentido Machado y Llerena;²¹⁵ así lo proyectó el Poder Ejecutivo en 1883, siendo presidente Roca, como también el doctor Marco Aurelio Avellaneda en 1912. Bibiloni, en su Anteproyecto no llegó a tanto, previendo la existencia de un Registro de inscripciones (de la propiedad, etc.), sin tocar el Registro Civil, con un régimen básico común, entregado en su funcionamiento a la jurisdicción de cada provin-

²¹⁵ B. Llerena, *op. cit.*, t. I, p. 169, n° 1 "in fine"; Machado J. O., *op. cit.*, t. 9, ps. 377 y ss.

cia. La Comisión Reformadora de 1936 dio un paso más, incluyendo en el Registro de inscripciones a lo relativo al estado civil (nacimientos, defunciones, matrimonios), pero siempre encomendando por una ley nacional especial el funcionamiento del Registro a las jurisdicciones locales. El Anteproyecto de 1954 (arts. 329 a 408) llegó hasta la implantación de un Registro Nacional de Inscripciones, de jurisdicción nacional, para lo cual, según entendemos, no hay objeción de orden constitucional porque la función de los registros es de policía de seguridad de los derechos, y no referente a la aplicación del Código Civil para administrar justicia, que es lo que el art. 67, inc. 11, de la Const. Nac. ha reservado a los jueces provinciales. Por tanto, si para la efectiva protección de los derechos, bajo el aspecto que puede lograrse por la inscripción de ciertos hechos en un registro, se requiere que ese registro sea único en el país, no hay obstáculo constitucional para implantarlo, así como se lo ha hecho con respecto al Registro Nacional de las Personas por la ley número 13.482, o al Registro Nacional de la Propiedad Intelectual por la ley nº 11.723.

Arauz Castex y Borda, aprueban explícitamente el temperamento adoptado por el Anteproyecto de 1954²¹⁶ que notoriamente tiene la ventaja de uniformar las normas existentes, y permite conocer la capacidad de las personas e impedir la bigamia con el irreparable daño de quien la sufre, si se trata de la mujer.

Para todo esto puede legislar el Congreso en ejercicio de las facultades que le ha conferido la Constitución Nacional en su art. 67, incs. 16 y 28.

504 bis. POSICIÓN ADOPTADA POR EL DECRETO-LEY 8204/63. — Sin llegar a un punto tan avanzado como el propiciado en el número precedente, el decreto-ley 8204/63 modificado por la ley 18.327, crea un régimen uniforme relativo al registro del estado civil y capacidad de las personas, cuya organización encomienda a los gobiernos locales (art. 2º).

²¹⁶ Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 430, p. 237; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, nº 419, p. 333. Con anterioridad al Anteproyecto de 1954, ya Spota se había expedido a favor de la nacionalización del régimen del registro, aunque la organización administrativa se dejara a las provincias (*op. cit.*, t. I, vol. 3º, números 1079 y ss., ps. 42 y ss.). Igualmente Orgaz A., *op. cit.*, p. 89, nota 3.

Ese cuerpo legal establece las normas básicas a que deben sujetarse los organismos locales en cuanto a libros, inscripciones, constancias de las inscripciones, notas de referencia, etc. Asimismo establece los recaudos bajo los cuales se hará la inscripción de documentos de extraña jurisdicción (arts. 63 a 65), y la modificación de las inscripciones existentes (arts. 71 a 75). Finalmente contempla la inscripción en un libro especial de las declaraciones judiciales de incapacidad, concurso civil o quiebra, las inhibiciones generales y las rehabilitaciones (art. 76).

II.—ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO CIVIL

505. LOS REGISTROS CIVILES PROVINCIALES.—De acuerdo a lo que establecía el art. 113 de la ley 2393, el Registro Civil era de jurisdicción provincial. Cada provincia ha organizado su propio Registro Civil que en lo substancial no se aparta mayormente de lo dispuesto por el Congreso Nacional para la Capital Federal. Luego de la sanción del decreto-ley 8204/63, modificado por la ley 18.327, los Registros locales deben acatar las normas básicas allí contenidas.

Si bien es cierto que la ley 23.515, derogatoria de la ley 2393, no reprodujo el mencionado art. 113, no cabe duda que los registros civiles continúan siendo de jurisdicción provincial, en virtud del régimen estatuido por el decreto-ley 8204/63, que sigue subsistente.

506. REGISTRO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL.—El Registro Civil fue creado en la Capital Federal en el año 1884, por la ley local n° 1565, que estuvo en vigor hasta el 31 de diciembre de 1958. A partir de esta fecha entró a regir la ley 14.586.

III.—PARTIDAS DE REGISTRO CIVIL Y PARROQUIALES

507. NOCIÓN.—Se denominan partidas de registro civil los asientos extendidos en los libros respectivos, con arreglo a la ley, y las copias auténticas de los mismos.

Las partidas parroquiales son igualmente los asientos extendidos en los libros que deben llevar las parroquias, conforme a la legislación canónica, y sus copias.

Estos documentos están mencionados por el art. 979 del Código Civil, que en su inc. 10º dice: “*Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos . . . los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales, o en los registros municipales, y las copias sacadas de esos libros o registros*”.

508. NATURALEZA JURÍDICA.— Como lo expresa el recordado art. 979, las partidas de registro civil son instrumentos públicos. Es cierto que sólo menciona en el inc. 10º a las partidas de matrimonio, pero ello es así porque el artículo sólo se refiere, como dice en su parte inicial, a los instrumentos públicos referentes a actos jurídicos. Naturalmente el nacimiento y la defunción no son actos jurídicos, sino hechos jurídicos, y por eso están allí omitidos los instrumentos referentes a ellos. Por lo demás tales documentos caen en la mención general del art. 979, inc. 2.

En cuanto a las partidas parroquiales de bautismo y de defunción, cabe distinguir según que ellas hayan sido o no otorgadas con anterioridad a la sanción de cada ley provincial de registro civil. Hasta esa época las partidas de bautismo y de defunción tenían el carácter de instrumento público que implícitamente les había conferido el art. 80 del Código Civil al admitir la prueba del nacimiento “por lo que conste de los libros de las parroquias, o por el modo . . .” Como observa Salvat, al establecer el codificador el valor probatorio de esos asientos por el art. 86 con igual criterio al sustentado en el art. 992 para los instrumentos públicos, ha demostrado que les acordaba el carácter de instrumentos públicos, que sin disputa tenían antes de la sanción del Código Civil por imperio de usos y costumbres entonces vigentes que no se podrían desconocer sin violar una clara aplicación del principio interpretativo de irretroactividad de la ley.²¹⁷

En cuanto a las partidas parroquiales posteriores a la creación de los registros civiles, nos parece que han perdido el carácter de instrumentos públicos que antes tenían por cuanto esa calidad le es comunicada al documento por la intervención en el mismo de un funcionario público, investidura que no ostenta el cura párroco de quien emana la partida parroquial.²¹⁸ Con todo cabe anotar que las partidas de matrimonio conservaron aquel carácter hasta el 1º de enero de 1889, fecha en que entró en vigor la ley de matrimonio civil, independientemente de la existencia anterior de algún Registro Civil provincial.

²¹⁷ Salvat, R., *op. cit.*, nº 495, p. 246.

²¹⁸ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 421, p. 336. Salvat no distingue y considera que son instrumentos públicos las partidas parroquiales ya sean anteriores o posteriores a la creación del Registro Civil (*op. cit.*, nº 440, p. 227). En el sentido del texto, Cám. Civ. 2ª, “J. A.”, t. 27, p. 316.

508-1. Lo expuesto por el autor aparece corroborado por lo dispuesto en el art. 24 del decreto-ely 8204/63, modificado por la ley 18.327, al decir que "los testimonios, copias, certificados, libretas de familia o cualesquiera otros documentos expedidos por la Dirección General y/o sus dependencias, que correspondan a inscripciones registradas en sus libros o en sus copias a que se refiere el artículo 5° y que lleven la firma del oficial público y 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".

509. **CONTENIDO DE LAS PARTIDAS.** — Sin perjuicio de las reglas relativas a las partidas de nacimientos, de adopciones, de matrimonios, de reconocimientos y de defunciones en particular, las partidas contienen las siguientes menciones: a) Fecha y datos personales de los comparecientes; b) inscripción de los hechos denunciados u otorgados; c) transcripciones de sentencias u otros actos cumplidos ante otros oficiales públicos; d) las notas marginales referenciales que sirven para vincular los diferentes asientos entre sí.

Está prohibido consignar en la partida ciertas menciones como el nombre del padre o madre de un hijo extramatrimonial que no hubiera reconocido al vástago.

IV. — NULIDAD Y RECTIFICACIÓN DE LAS PARTIDAS

510. **NULIDAD DE LAS PARTIDAS.** — Dado su carácter de instrumentos públicos las partidas de estado civil están sujetas a todas las causas de nulidad que pueden afectar a aquellos instrumentos en general.

En este sentido las partidas pueden ser nulas: a) por ausencia de capacidad en el oficial público otorgante (véase *infra*, núms. 1640 y 1652); b) por ausencia de competencia material o local en el funcionario interviniente (véase *infra*, núms. 1645, 1646 y 1652); c) por inobservancia de las formalidades legales prescriptas.

En cuanto a este último aspecto se distingue entre formalidades substanciales y no substanciales. La partida es nula cuando padece un vicio de forma que se estima substancial, pero no si se trata de una falla subsanable. Por la importancia de los hechos que las partidas de estado civil están llamadas a comprobar y el evidente perjuicio

que se causa a quien no puede contar con la prueba legal del hecho de que se trate (nacimiento, edad de la persona, matrimonio, carácter de la filiación, defunción, etc.), se aprecian con benignidad las irregularidades de forma de que pueda adolecer la partida. Basta que se dude sobre el carácter esencial de la irregularidad para que se estime la falla subsanable.

Se han considerado fallas substanciales de las partidas: 1º) La falta de firmas del oficial público, de los comparecientes o de los testigos indispensables (Conf. art. 11, ley 14.586, y art. 1004, Cód. Civil, por analogía);²¹⁹ 2º) Las partidas obrantes fuera de los libros del Registro, arg. art. 11, ley 14.586.²²⁰

Pero en cambio son fallas subsanables que no provocan la nulidad de la partida: 1º) La ausencia de correlación de los asientos en transgresión de lo dispuesto en el art. 11 de la ley 14.586; 2º) La omisión de las notas marginales referenciales que correspondieran según lo dispuesto en el art. 12 de la ley 14.586 o la falta de firma del respectivo funcionario en esas notas; 3º) la inclusión en la partida de menciones prohibidas por la ley, debiendo en tal caso hacerse lugar a la nulidad parcial de la partida y consiguiente supresión de la parte indebidamente incluida;²²¹ 4º) La mención de hechos circunstanciales falsos en parte no esencial (conf. art. 989, Cód. Civ.); 5º) Las enmiendas, raspaduras, entre líneas y otras alteraciones en partes no esenciales (id. anterior); 6º) La omisión de circunstancias y datos personales de los comparecientes si se pudiera identificar a éstos.

511. ANULABILIDAD DE LAS PARTIDAS. — Las partidas son anulables cuando la falla substancial que presentan es dependiente de la apreciación judicial (véase *infra*, nº 1654).

En tal caso la partida surte pleno efecto probatorio hasta tanto sea destituida de esa virtualidad por la sentencia que la anule (conf. art. 1046).

Son anulables las partidas: 1º) Si fueran tachadas de falsas en el todo o en parte principal; 2º) Si contuvieran enmiendas, palabras

²¹⁹ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 455, p. 253; Borda G. A., *op. cit.*, nº 444, p. 352; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 86, nº 40, p. 521; Salvat R., *op. cit.*, nº 574, p. 273.

²²⁰ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 455, p. 523; Salvat, R., *op. cit.*, nº 576, p. 274; Borda G. A., *op. cit.*, nº 444, p. 352, ap. f); Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 86, nº 45, p. 522.

²²¹ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 107, nº 16.

entre líneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales como la fecha, los nombres, etc., no salvadas al final (conf. art. 989).

512. RECTIFICACIÓN DE LAS PARTIDAS.— Toda vez que la falla de la partida fuere subsanable corresponderá proceder a su rectificación.

La ley 14.586 prevé la rectificación de las partidas por la vía administrativa y por la vía judicial (conf. arts. 66, 69 y 70 de dicha ley).

Nos referiremos, separadamente, a estos dos modos de efectuar la rectificación.

513. a) RECTIFICACIÓN POR VÍA ADMINISTRATIVA.— Procede cuando existen en los asientos *"omisiones o errores materiales... que surgen evidentes del propio texto o de su cotejo con instrumentos públicos"* (art. 69, ley 14.586).

En tales casos la Dirección del Registro Civil, de oficio o a petición de parte interesada puede comprobar la omisión o error material y disponer la rectificación, archivando la documentación que se haya tenido como elemento de convicción (conf. art. 69 mencionado).

Dispuesta la rectificación del asiento *"no podrá darse testimonio o certificado del mismo sin que conste también dicha circunstancia"* (conf. art. 66, ley 14.586).

Esas disposiciones que concordaban con el art. 72 del decreto-ley 8204/63, han quedado completadas con la disposición del art. 15 de la ley 18.248 que contempla un recurso de apelación para ante el tribunal civil de alzada (véase *supra*, nº 451 bis).

514. b) RECTIFICACIÓN POR VÍA JUDICIAL.— Toda vez que sea menester alterar un asiento susceptible de rectificación, si ello excede las atribuciones de la Dirección del Registro Civil, será menester acudir a la vía judicial, dando así origen a un juicio de rectificación de partida (conf. art. 66, ley 14.586).

El juicio de rectificación de partida no debe ser confundido con los juicios de estado que pueden dar lugar también a la rectificación de alguna partida. Se diferencian por su finalidad: mientras el juicio de rectificación tiende simplemente a subsanar una irregularidad obrante en la partida, los juicios de estado persiguen el reconocimiento del estado del accionante o el desconocimiento del estado que se atribuye al demandado.

A veces es muy sutil diferenciar el juicio de rectificación de partida del juicio por cambio de nombre. Cuando la acción se base en el error del funcionario que levantó el acta, el juicio será de rectificación y en los demás supuestos de cambio de nombre.^{221 bis}

515. — *Es juez competente para intervenir en el juicio de rectificación "el del lugar donde se encuentra el asiento original que pretenda rectificarse o el del domicilio del solicitante"* (art. 66, parte 2ª de la ley 14.586).

Consiguientemente el interesado en la rectificación puede optar por el juez de uno u otro lugar.^{221 ter}

No cabe duda que cuando la rectificación aparezca como un incidente de otro juicio, el juez de éste podrá disponer la rectificación con competencia suficiente para ello.²²² La ley 14.586 no ha querido impedir esta solución lógica reiteradamente establecida por los tribunales sino prever la promoción de un juicio independiente de otro.

Lo que antes dijimos está autorizado por el art. 16 *in fine*, de la ley 18.248: "*Las partidas que acreditan la vocación hereditaria podrán rectificarse ante el juez de la sucesión*".

516. — Acerca del *procedimiento* a seguir había muchas vacilaciones antes de la ley 14.586. El art. 88 de la ley 1565 disponía que para la rectificación de las partidas se siguiera el procedimiento del juicio ordinario, lo que era excesivo. De ahí que generalmente, no obstante lo dispuesto en esa ley, se admitiera la solicitud por vía de información sumaria.

En adelante toda cuestión queda superada porque el art. 66, parte final de la ley 14.586 dice: "*El procedimiento será sumario, con intervención de los ministerios públicos*". Esa norma ha sido generalizada para todo el país por el art. 71 del decreto-ley 8204/63. Asimismo, aparece corroborada, innecesariamente, por el art. 18 de la ley 18.248, que hemos transcrito *supra*, n° 451 bis.

^{221 bis} Conf. Busso E., *op. cit.*, art. 80, n° 100, p. 499.

^{221 ter} La Cámara Civil, Sala "A", ha decidido con la firma del autor, que la competencia de los jueces de paz de la Pcia. de Buenos Aires para entender en las inscripciones de nacimientos, y rectificación o aclaración de nombres, no los faculta por su carácter lego para ordenar la rectificación de una partida del Registro Civil de la Capital Federal ("El Derecho", t. 6, fallo n° 3070).

²²² Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 477, p. 354; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 80, núms. 146-147, p. 503; Salvat R., *op. cit.*, n° 582, p. 276; C.S.N., "J. A.", t. 11, p. 449; Cám. Civ. 1ª "L. L.", t. 23, p. 36; Cám. Civ. 2ª, "Gac. del Foro", t. 85, p. 303; Sup. Corte Tucumán, "L. L.", t. 49, p. 37.

517.— Son partes en el juicio de rectificación:

a) Quien tenga interés legítimo en la subsanación de la falla de la partida, y especialmente la persona a que la partida se refiera.²²³

b) El representante de la Dirección del Registro Civil, quien puede iniciar el trámite de rectificación, “para corregir los asientos de los libros del registro del estado civil” (art. 70, ley 14.586).

Cuando el trámite de rectificación haya sido iniciado por un particular, deberá ser oída la Dirección del Registro Civil antes de dictarse sentencia (art. 67, ley 14.586).

c) El Agente Fiscal cuya intervención prevé el art. 66, *in fine* de la ley 14.586, y que se explica porque la rectificación puede tener alguna incidencia en el estado de la persona, siendo entonces obligatoria la intervención del Fiscal, según lo dispuesto en el art. 119, inc. 6º, de la ley 1893, de organización de los tribunales.

El Asesor de Menores no es parte en esta clase de juicios, a menos que se refieran a un incapaz en cuyo caso su intervención está exigida por los principios generales (véase *infra*, núms. 618 y ss.).

518.— Las pruebas a aportarse en el juicio de rectificación no están limitadas. Por tanto son admisibles todos los medios de prueba, si bien por lo general se referirán a testigos y otros documentos tales como otras partidas de estado civil, pasaportes, informes policiales, etc. Un fallo plenario de la Cámara Civil del año 1933 recomendó a los jueces requerir informe policial sobre la identificación de la persona y otros antecedentes que pudieran obstar a la rectificación, a menos de tratarse de juicios sucesorios.²²⁴

519.— Si se admite la rectificación, debe ordenarse la inscripción de la “parte dispositiva de la sentencia y especificarse los asientos rectificadas, con los nombres completos, seccion, tomo, año y número correspondientes” (art. 68, ley 14.586).

V.— PRUEBA SUPLETORIA

520. NOCIÓN.— Cuando hay imposibilidad de producir la prueba legal —por medio de partidas— de los hechos

²²³ Conf. Salvat R., *op. cit.*, nº 583, p. 277; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 30, nº 120, p. 501.

²²⁴ Cám. Civ. en pleno, “J. A.”, t. 68, p. 391.

constitutivos del estado civil, se recurre a la prueba supletoria, que consiste en un procedimiento judicial tendiente a dejar establecido el hecho en cuestión.

521. CONDICIONES DE PROCEDENCIA DE LA PRUEBA SUPLETORIA. — Según el art. 85 del Código, “*no habiendo registros públicos, o por falta de asiento en ellos, o no estando los asientos en la debida forma, puede probarse el día del nacimiento, o por lo menos el mes o el año, por otros documentos o por otros medios de prueba*”.

Quien intente la prueba supletoria debe acreditar primeramente la *procedencia* de la misma, o sea la imposibilidad en que se encuentra para probar el hecho de que se trate, ya por falta de registros, ya por falta de asiento, ya por nulidad de la partida, que entonces no resulta idónea como medio legal de prueba.

a) La *falta de registro* alude a una hipótesis muy particular que sólo sería explicable por la destrucción del respectivo Registro Civil con motivo de guerras, incendios u otros estragos.

b) La *falta de asiento* puede referirse a una omisión en la denuncia del nacimiento, que sería imputable a la persona obligada a efectuar dicha denuncia, o a una falta de los empleados del Registro que podrían haber omitido asentar la denuncia en el libro correspondiente.

c) Si la irregularidad de la partida da lugar a la *nulidad* de ésta, queda ella destituida de su normal valor probatorio. Por tanto, debía abrirse la posibilidad de probar el hecho acerca del cual falta la prueba legal, por otros medios que persuadan al juez de su existencia y ubicación en el lugar y en el tiempo.

522. — La enumeración que contiene el art. 85 del Código Civil sobre las situaciones que dan lugar a la recepción de la prueba supletoria, es de carácter limitativo.²²⁵

De aquí que para habilitar la instancia tendiente a la prueba del hecho sobre el cual falta la prueba legal, deba primeramente demostrarse que el caso está comprendido en algunos de los supuestos de excepción, lo que debe efectuarse en base a informes del Registro Civil

²²⁵ Cám. Civ. 2ª, “Gac. del Foro”, t. 48, p. 296. Contra: Orgaz A., *op. cit.*, p. 108, nº 17.

o de la Curia eclesiástica, según el caso, y no por el dicho de testigos, solamente.²²⁶

523. MEDIOS DE PRUEBA SUPLETORIA.—Habilitada la instancia para producir la prueba supletoria es menester—segundo paso—rendirla eficientemente.

Para ello es dable recurrir a toda clase de medios de prueba, pues tratándose de demostrar simples hechos, como el nacimiento o la defunción, no hay reato alguno. Es cierto que la ley menciona la prueba “por otros documentos”, pero en seguida agrega “o por otros medios de prueba”, o sea los que sean idóneos para persuadir al juez de la verdad del hecho que se desea demostrar.

Entre los medios de prueba más frecuentemente utilizados mencionaremos: 1º) Las partidas parroquiales posteriores a la creación del Registro Civil que, aun desprovistas del carácter de instrumentos públicos que tenían antes, constituyen un elemento de gran convicción por la elevación moral e independencia de las personas a quienes está confiada la formación y custodia de aquellos libros;²²⁷ 2º) El pasaporte extranjero;²²⁸ 3º) Los llamados “papeles de familia” o libreta de familia, que pueden a veces tener cierto valor indiciario;²²⁹ 4º) Los testigos, que son la prueba más frecuente, si bien no la más fidedigna, en general, y que deben ser sometidos al tamiz de las reglas de la sana crítica; 5º) Hasta las presunciones pueden aceptarse con tal que no constituyan la prueba única del hecho que se desea establecer.^{229 bis}

524. PRUEBA SUPLETORIA POR PERICIA MÉDICA.—El art. 87 del Código Civil dispone: “*A falta absoluta de prueba de la edad, por cualquiera de los modos declarados, y cuando su determinación fuere indispensable, se decidirá por la fisonomía, a juicio de facultativos, nombrados por el juez.*”

²²⁶ Cám. Civ. 2ª, “J. A.”, 1942-II, p. 568; íd., íd., t. 42, p. 756; Cám. Civ. 1ª, “J. A.”, t. 63, p. 518.

²²⁷ Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 450, p. 250; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 451, ps. 356-357; Orgaz A., *op. cit.*, p. 109, texto nº 38.

²²⁸ Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 450, p. 250; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 451, p. 357; Cám. Fed., Bahía Blanca, “L. L.”, t. 47, p. 613.

²²⁹ Orgaz A., *op. cit.*, p. 109, nota 37; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 451, p. 357; Busso E., *op. cit.*, art. 85, nº 30, p. 516; Comp. Cám. Civ. 2ª, “J. A.”, t. 559, p. 218.

^{229 bis} Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 451; p. 357.

Se ha pensado que para recurrir a la prueba de la pericia médica debía faltar todo otro medio de prueba.²³⁰ Borda critica acertadamente esta interpretación literal del art. 87 transcripto. No se trata de prohibir al juez que elabore su convicción por todos los medios adecuados para ello. El sentido del precepto es que en ningún supuesto dejará de determinarse la edad siquiera aproximada del sujeto, para lo cual se llegará hasta la pericia médica, a la que siempre podrá recurrirse, aun faltando toda clase de otras pruebas.²³¹

525. PRUEBA SUPLETORIA DEL FALLECIMIENTO. — En los mismos supuestos en que procede la prueba supletoria del nacimiento, también procede la del fallecimiento de la persona (conf. art. 104 del Cód. Civ.).

Para formular la denuncia de una defunción, y poderse labrar el asiento pertinente en los libros del Registro Civil, se requiere certificado médico de defunción o manifestación de 2 testigos de haber visto el cadáver (conf. arts. 55 del decreto-ley 8204/63 y 104 del Código Civil). Consiguientemente la prueba de partidas queda descartada, no sólo en los supuestos del art. 85 aplicables al caso por vía de la remisión que contiene el art. 104, sino también cuando el fallecimiento se ha producido en circunstancias tales que el cadáver no ha podido ser visto, p. ej., quien ha caído en un abismo insondable.

Para estos supuestos el art. 108 del Código establecía la siguiente directiva: *"A falta de los referidos documentos, las pruebas del fallecimiento de las personas podrán ser supliidas por otros en los cuales conste el fallecimiento, o por declaraciones de testigos que sobre él depongán"*.

Los tribunales entendieron, en general, que la prueba supletoria sólo podía considerarse eficiente si los testigos declaraban haber visto el cadáver. Por esta consideración no se consideró probada la muerte de quien había desaparecido del buque en que viajaba,²³² o por haber caído al agua al traspasar de una embarcación a otra.²³³ Luego hubo

²³⁰ Salvat R., *op. cit.*, n° 566, p. 270; Orgaz A., *op. cit.*, p. 110, n° 20, texto y nota 40.

²³¹ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 451, p. 357, nota 607. Conf. Cám. Civ., Sala "D", "L. L.", t. 106, p. 661.

²³² Cám. Fed., "J. A.", t. 59, p. 75.

²³³ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 61, p. 159; Cám. Fed., "J. A.", t. 58, p. 363.

cierta reacción en la jurisprudencia, admitiéndose que aunque el cadáver no se hallara podía tenerse por comprobada la muerte si las circunstancias del caso producían la certeza moral del fallecimiento,²⁸⁴ como en el caso de un desaparecido en el neufragio del rastreador "Fournier", ocurrido en el estrecho de Magallanes,²⁸⁵ o de una aeronave desaparecida en la zona austral.

Esta última jurisprudencia, formada bajo la autoridad de Bibiloni (Anteproyecto, art. 57, primera redacción; art. 54, segunda redacción), ha sido confirmada por la ley 14.394, cuyo art. 33 hizo al art. 108 el siguiente agregado: *"En los casos en que el cadáver de una persona no fuese hallado, el Juez podrá tener por comprobada la muerte y disponer la correspondiente inscripción en el Registro, siempre que la desaparición se hubiese producido en circunstancias tales que la muerte deba ser tenida como cierta. Igual regla se aplicará en los casos en que no fuese posible la identificación del cadáver"*.

Esta regla, que permitirá resolver muchos problemas desgraciados, no puede sino ser aprobada.

VI. — DISPOSICIONES LEGALES SOBRE LA PRUEBA DEL NACIMIENTO, DE LA DEFUNCIÓN Y DEL MATRIMONIO

526. PRUEBA DEL NACIMIENTO DE LOS NACIDOS EN EL PAÍS. — La prueba del nacimiento de las personas nacidas en el país se realiza por medio de *"certificados auténticos extraídos de los asientos de los registros públicos"* (art. 80).

En consecuencia, la partida prueba *"el día del nacimiento, con las circunstancias de lugar, sexo, nombre, apellido, paternidad y maternidad"* (art. 79). Pero no prueba la legitimidad de la filiación resultante de la partida; para acreditar ese punto se requiere la exhibición de la partida del

²⁸⁴ Juzg. Nac. Río Negro, "J. A.", 1955-I, p. 10; Cám. Trab., "J. A.", 1953-IV, p. 397; Cám. 1ª La Plata, "J. A.", 1952-II, p. 455 (caso del Fournier).

²⁸⁵ Caso citado en la nota anterior.

mátrimonio de los padres (conf. art. 246, Cód. Civ., texto la ley 23.264).

Si se trata de hijos extra-matrimoniales la partida de nacimiento de ellos no prueba la filiación a menos que el padre o madre los reconocieran en el mismo acto de la denuncia del nacimiento. Por tanto para justificar la filiación que corresponde a aquellos, ha de agregarse el instrumento donde haya quedado constituido el título a ese estado: asiento del reconocimiento en el Registro Civil (art. 36, ley 14.586), acta judicial de reconocimiento, escritura pública de reconocimiento o sentencia de filiación (art. 247, Cód. Civ., texto según la ley 23.264).

527.— Cuando el nacimiento hubiere ocurrido con anterioridad a la creación del Registro Civil, su prueba se realiza con todas las circunstancias ya indicadas, *“por lo que conste de los libros de las parroquias”* (art. 80).

Las partidas de bautismo perdieron su valor legal como medio de prueba de los nacimientos posteriores a la creación del Registro Civil debido a lo dispuesto en el art. 27 de la ley 1565. Pero no perdieron valor moral y de ahí que tengan tanta importancia como medio de prueba del nacimiento, luego de habilitada la prueba supletoria, en defecto de la prueba por partidas de Registro.

528. PRUEBAS DEL NACIMIENTO OCURRIDO EN ALTA MAR.— Si el nacimiento se produce en alta mar se prueba *“por copias auténticas de los actos que por ocasión de tales accidentes deben hacer los escribanos de los buques de guerra y el capitán o maestro de los mercantes, en las formas que prescriba la respectiva legislación”* (art. 81, Cód. Civ.).

La ley prevé que el nacimiento se produzca en un buque de guerra o en un barco mercante. La primera no es una hipótesis imposible, porque con ocasión de una guerra u otro desastre puede haber necesidad de transportar personas carentes de estado militar y entre ellas mujeres, en un buque de guerra.²⁸⁶ En cuanto a la segunda hipótesis es más frecuente y está contemplada en la ley de navegación 20.094, cuyo art. 123 obliga al capitán a asentar en el Libro Diario de Navegación *“los nacimientos y defunciones que ocurrieran a bordo”*.

²⁸⁶ Orgaz A., *op. cit.*, p. 99, texto nota 17. Comp. Salvat R., n° 497, p. 247, dice que la disposición es inexplicable y única, pero está tomada del *Esbozo de Freitas*, art. 234, inc. 2°.

529. PRUEBA DE LOS NACIMIENTOS OCURRIDOS EN EL EXTRANJERO.— En principio, para probar un nacimiento producido en país extranjero ha de recurrirse a los instrumentos que según la legislación de ese país sean idóneos para acreditar el hecho (conf. art. 83).

Pero si se trata de una persona a la que corresponda la nacionalidad argentina, no obstante el nacimiento en el extranjero, podrá probarse este hecho también “*por los certificados de los registros consulares*” (art. 82).

Por el art. 1º, inc. 2º, de la ley 346, restablecida en su anterior vigencia por la derogación de la ley 14.354, efectuada por el decreto-ley 14.194/56, a su vez modificado por el decreto-ley 13.105/57, “*son argentinos . . . los hijos de argentinos nativos que habiendo nacido en país extranjero optaren por la ciudadanía de origen*”.

A esta categoría un tanto anómala de argentinos “nativos” según la calificación de la ley 14.354 se aplica la posibilidad de probar un nacimiento, edad, etc., con los certificados de los registros consulares mencionados por el art. 82 del Código.

Siempre que deba justificarse el nacimiento con partidas u otros documentos provenientes de autoridades extranjeras, los instrumentos deberán estar legalizados,²³⁷ con lo cual basta para reputarlas válidas sin necesidad de prueba corroborante del derecho extranjero por parte de quien las haga valer, ya que los arts. 82 y 83 nada dicen al respecto.^{237 bis}

Con relación a los nacimientos ocurridos en el extranjero, la prueba supletoria del mismo sólo es admisible cuando se demuestra la imposibilidad de presentar la prueba documental correspondiente y asimismo que la supletoria es admitida en el país de origen para acreditar el hecho.²³⁸

530. PRUEBA DEL NACIMIENTO DE HIJOS DE MILITARES.— Según el art. 84 se prueba el nacimiento “*de los hijos de militares en campaña fuera de la República, o empleados en servicio del ejército, por certificados de los respectivos re-*

²³⁷ Conf. Busso E., *op. cit.*, art. 82, nº 5, p. 511; Salvat R., *op. cit.*, nº 501, p. 248.

^{237 bis} Sup. Corte de Bs. Aires, “J.A.” del 30/3/83, fallo nº 32.049

²³⁸ C.S.N., “J. A.”, 1948-IV, p. 731; Cám. Nac. Esp., “J. A.”, 1954-III,

gistros, como fuesen determinados en los reglamentos militares”.

Se trata de una hipótesis excepcional que comprende a los hijos de militares que nacieron en el extranjero con motivo del servicio prestado por el padre. A los militares se asimilan los empleados civiles en servicio del ejército.

531. PRUEBA DE LA DEFUNCIÓN: CASO GENERAL. — Tratándose de *“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”* (art. 104).

Por tanto son de aplicación para esos supuestos las reglas que hemos estudiado anteriormente (véase *supra*, números 526 a 529)

En virtud de ellas se ha considerado que la muerte de una persona desaparecida en un naufragio no queda probada con un certificado de este hecho expedido por el cónsul del país de la bandera del buque.²³⁹

532. PRUEBA DE LA DEFUNCIÓN EN COMBATE DE LOS MILITARES. — Según el art. 105 se prueba la muerte *“de los militares muertos en combate, respecto de los cuales no hubiese asientos, por lo que conste en el Ministerio de Guerra”*.

Se trata de una prueba de emergencia, que está condicionada a la demostración de la peculiaridad de la situación que ha impedido hacer la denuncia del fallecimiento por las vías ordinarias, tal vez desorganizadas por el mismo hecho militar de la batalla. Pero para que el fallecimiento quede acreditado por las constancias del Ministerio de Guerra (o de Marina o de Aeronáutica, según el caso) ha de ser indudable la identificación del que aparece muerto. Pues toda duda al respecto se resuelve con la eliminación de este régimen excepcional de prueba de la muerte, para hacer lugar al de presunción de fallecimiento luego del transcurso de los plazos legales (véase *infra*, núms. 970 y ss.).²⁴⁰

²³⁹ Cám. Civ. 1^ª, “J. A.”, t. 29, p. 159.

²⁴⁰ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 114, n^º 22.

533. PRUEBA DE LA DEFUNCIÓN EN CONVENTOS, CUARTELES, PRISIONES, FORTALEZAS, HOSPITALES O LAZARETOS.— Estas hipótesis que también previeron el Anteproyecto Bibiloni (art. 103 de la primera redacción) y el Proyecto de 1936 (art. 39, inc. 4º) en verdad no tiene justificación actual. El Anteproyecto de 1954 no la mantiene.

Según el art. 106 del Código, se prueba la muerte *“de los fallecidos en conventos, cuarteles, prisiones, fortalezas, hospitales o lazaretos, por lo que conste de los respectivos asientos, sin perjuicio de las pruebas generales”*.

Como observa Orgaz, será difícil que en estos casos no se haya hecho la denuncia del fallecimiento ante el Registro Civil, puesto que sin ello la inhumación del cadáver no resulta factible según lo establece el art. 59 del decreto-ley 8204/63.²⁴¹

Por lo demás, pesa sobre las autoridades de los establecimientos públicos o privados donde ocurriere un fallecimiento, la obligación legal de hacer la respectiva denuncia (conf. art. 54, inc. 2º del decreto-ley 8204/63). Si tales autoridades omiten el cumplimiento de esa obligación, podrá acudir a la prueba supletoria, como en el caso de omisión de denuncia del particular obligado a efectuarla, sin necesidad de hacer de los asientos que puedan llevarse en aquellos establecimientos, quien sabe con qué recaudos, la prueba legal del fallecimiento en paridad con la prueba de las partidas del Registro Civil.

534. PRUEBA DE LA DEFUNCIÓN DE LOS MILITARES DENTRO DE LA REPÚBLICA.— Según el art. 107 se prueba la muerte *“de los militares dentro de la República o en Campaña, y de la de los empleados en servicio del ejército, por certificados de los respectivos registros de los hospitales o ambulancias”*.

Segovia observa que este precepto debió anteceder al art. 105 con el que tiene íntima relación. El art. 105 contempla la posible muerte en combate, y este otro la que sea consecuencia de la lucha bélica, pero que tiene lugar en los hospitales o ambulancias.

Por tanto no se aplica al tiempo de paz, durante el cual la muerte de los militares queda sujeta al régimen general de prueba del fallecimiento. Esta interpretación que es la que estimamos correcta por no haber razón para mantener un régimen de excepción, para este supuesto, en tiempo de paz, aparece aclarada por el Anteproyecto de 1954, que en su art. 49 habla del deceso ocurrido en acción bélica, sin distinguir según que el fallecimiento se produjera durante la acción, o por causa de ella en el hospital o la ambulancia, inmediatamente después.

²⁴¹ Orgaz A., *op. cit.*, p. 112, nº 23.

Es de observar que la prueba del fallecimiento por el modo previsto en el art. 107 es principal y no supletoria.²⁴²

535. PRUEBA DEL MATRIMONIO. — El matrimonio, como acto jurídico que es, se prueba de conformidad a las reglas vigentes al tiempo de su celebración. Por consiguiente, respecto de nuestro país, hay que distinguir tres momentos: 1) prueba del matrimonio celebrado con anterioridad al 1º de enero de 1871, fecha de vigencia del Código Civil; 2) prueba del matrimonio celebrado después de esa fecha, pero antes del 1º de noviembre de 1889, en que entró en vigor la ley de matrimonio civil; 3) prueba de los matrimonios posteriores a esta fecha.

Nos referimos separadamente a cada una de esas tres hipótesis.

536. 1) MATRIMONIOS ANTERIORES AL CÓDIGO CIVIL. — Se ha entendido que los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil pueden ser probados por cualquier medio de prueba.²⁴³

Con todo en algún caso para aceptar la prueba del matrimonio por un medio distinto de la partida parroquial se exigió la demostración acerca de la imposibilidad de presentar esa partida.²⁴⁴

537. 2) MATRIMONIOS POSTERIORES AL CÓDIGO CIVIL PERO ANTERIORES A LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL. — Su prueba está sometida al art. 179 del Código que instaura un sistema de prelación de las pruebas admisibles: en primer lugar por la partida de la parroquia o de las comuniones a que pertenecieren los casados; en segundo lugar por la posesión de estado si no existiesen registros o no pudiesen presentarse las partidas por haberse celebrado el matrimonio en país distante; finalmente, por cualquier otro género de prueba.

En lo substancial era el mismo régimen probatorio precedente.

²⁴² Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 112, nº 24, texto y nota 42. Este autor llama a la prueba prevista en este artículo "concurrente", Comp. Salvat, *op. cit.*, nº 548 *in fine*, p. 265, para quien es subsidiaria de la prueba por partidas.

²⁴³ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 64, p. 101; Cám. 2ª La Plata, "J. A.", t. 24, p. 658; Cám. Fed. Bahía Blanca, "L. L.", t. 4, p. 584; Sup. Corte Bs. As., "J. A.", t. 2, p. 129.

²⁴⁴ Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 41, p. 438.

538. 3) MATRIMONIOS POSTERIORES A LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL. — Quedan regidos por el art. 96 de la ley 2393 que dice: “Los matrimonios celebrados con posterioridad a la vigencia de esta ley, se probarán con el acta de celebración del matrimonio o su testimonio”.

En estos casos la prueba legal admisible es la partida de Registro Civil, con exclusión de toda otra prueba de ese carácter. Sólo mediando imposibilidad de presentar la partida pertinente, cabe acudir a la prueba supletoria (véase *infra*, nº 540).

Luego de la reforma introducida por la ley 23.515 se han ampliado los medios de prueba, ya que el nuevo art. 197 del Cód. Civ. dispone que “*el matrimonio se prueba con el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado, o con la libreta de familia expedida por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas*”.

539. MATRIMONIOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO. — Aunque no hay previsión expresa sobre el punto, no se duda de que por aplicación de la regla “*locus regit actum*” adoptada por los arts. 12 y 950 del Código Civil, la prueba de estos matrimonios debe hacerse por los medios que sean considerados idóneos por la ley del país donde se hubieren celebrado.²⁴⁵

540. PRUEBA SUPLETORIA DEL MATRIMONIO. — A falta de la prueba legal correspondiente es factible recurrir a otros medios de prueba luego de habilitada la admisibilidad de la prueba supletoria, como en los supuestos ya examinados de prueba supletoria de los nacimientos y las defunciones (véase *supra*, nº 521).

Pero cabe advertir que tratándose del matrimonio el Código contiene un principio menos rígido que en aquellas otras materias. En efecto, el art. 97 de la ley de matrimonio civil expresaba. “*Si hubiere imposibilidad de presentar el acta o su testimonio, se admitirán todos los medios de prueba*”.

De modo que por aplicación de esta directiva, no es indispensable para recurrir a la prueba supletoria ubicar el caso en algunos de

²⁴⁵ Cám. Civ. 1ª, “J. A.”, t. 51, p. 90; Cám. Civ. 2ª, “J. A.”, t. 43, p. 207. Conf. Busso, E., *op. cit.*, art. 96, L. M. C., nº 57, p. 349.

los supuestos de admisibilidad del art. 98 de la misma ley, sino que basta probar conforme a las circunstancias la "imposibilidad" en que se está para presentar la pertinente partida de registro civil.²⁴⁶

Ahora, el art. 197 del Cód. Civ. (ley 23.515) se limita a decir que "*cuando existiese imposibilidad de presentarlos —a los documentos—, podrá probarse la celebración del matrimonio por otros medios, justificando a la vez esa imposibilidad*".

Es así que se ha considerado que existe tal imposibilidad cuando el país en que se celebró el matrimonio se encuentra en guerra.²⁴⁷

Entre los medios de prueba admisibles supletoriamente es muy valioso el referente a la posesión de estado²⁴⁸ que sirve también, como se ha visto (ver *supra*, n° 498) para convalidar el matrimonio que fuese nulo por defectos formales (conf. art. 197, Cód. Civ., ley 23.515).

541. INSCRIPCIÓN DE PARTIDAS EXTRANJERAS. — La inscripción de partidas extranjeras en el Registro Civil tiene para los interesados la gran ventaja de disponer de un medio práctico de acreditar el hecho constitutivo del estado civil de que se trate, por la obtención de certificados expedidos por las autoridades del Registro, que suplen ventajosamente los certificados originarios muchas veces de difícil o imposible renovación por la distancia de los países de procedencia o las circunstancias de guerra u otras similares que puedan afectarlos.

Según el art. 63 del decreto-ley 8204/63, "las inscripciones de documentos de extraña jurisdicción, se registrarán consignando los datos esenciales que ellos contengan procurando en lo posible insertar, según corresponda, aquellos enumerados en los arts. 32, 48 y 56 de la presente ley. No se registrará ningún documento que no se halle debidamente legalizado por autoridad competente".

²⁴⁶ Cám. Civ. 1°, "J. A.", t. 44, p. 553; Cám. Civ. 2°, "J. A.", t. 37, p. 334; Cám. Civ., Sala "D", "L. L.", 102, p. 364. Sin embargo, otros fallos han conceptualizado que la enunciación de los supuestos de imposibilidad está taxativamente realizada por el art. 98 de la Ley de Matr. Civil: Cám. Civil 2° "J. A.", t. 21, p. 248. Nosotros pensamos con Busso (*op. cit.*, t. II, p. 360, n° 98) que la enunciación del citado art. 98 es ejemplificativa.

²⁴⁷ Cám. Civ. 1°, "J. A.", 1944-IV, p. 41; Cám. 2° La Plata, "L. L.", t. 32, p. 221.

²⁴⁸ Cám. Civ. 2°, "J. A.", t. 62, p. 124.

Con respecto a la inscripción de matrimonios extranjeros, el art. 65 del decreto-ley 8204/63 dispone: "Podrán registrarse las certificaciones de matrimonios celebrados en otros países, siempre que se ajusten a las disposiciones legales en vigor, tanto en lo que respecta a sus formalidades extrínsecas como a su validez intrínseca. Este registro sólo se hará por orden de juez competente previa vista a la Dirección General".

De este modo, ha quedado consagrada como criterio legal la doctrina sentada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en pleno, acerca de la inteligencia de los arts. 21, 45, 52 y 64 de la ley 14.586 (véase "L.L.", t. 100, p. 187). Ello está justificado porque la inscripción de matrimonios extranjeros implica la apreciación de cuestiones muy delicadas y serias que es lógico dejar reservadas a la jurisdicción de las autoridades judiciales.

§ 6. Regímenes de identificación y ley 17.671 sobre Registro Nacional de las Personas: normas básicas.

542. LEY 17.671: IDENTIFICACIÓN, REGISTRO Y CLASIFICACIÓN DEL POTENCIAL HUMANO NACIONAL. — Con la ley 17.671 se procura la *identificación* de las personas visibles o naturales o domiciliadas en el país, y de los argentinos domiciliados en el extranjero (conf. art. 1º de dicha ley), registrándose "sus antecedentes de mayor importancia desde el nacimiento y a través de las distintas etapas de la vida, los que se mantendrán permanentemente actualizados" (art. 2).

A cada persona se le abre "un legajo de identificación con un número fijo exclusivo e inmutable. . . Dicho legajo se irá formando, desde el nacimiento. . . y en el mismo se acumularán todos los antecedentes personales de mayor importancia que configuran su actividad en las distintas etapas de la vida" (art. 7).

El Registro Nacional de las Personas, que es el organismo administrativo al que se encomienda la aplicación de la ley

mencionada, así como ~~la~~ clasificación y procesamiento de la información relacionada con ese potencial humano” (art. 2º ley 17.671), “expedirá con carácter exclusivo, los documentos nacionales de identidad” (art. 11) y podrá extender “testimonios o certificados de la información que disponga. Tales testimonios de las actas y sus legajos valdrán para todos los efectos legales” (art. 12 de dicha ley).

“La presentación del documento nacional de identidad expedido por el Registro Nacional de las Personas, será obligatoria en todas las circunstancias en que sea necesario probar la identidad de las personas comprendidas en esta ley, sin que pueda ser suplido por ningún otro documento de identidad, cualquiera fuere su naturaleza y origen” (art. 13 ley 17.671).

Finalmente se imponen multas a quienes omitan dar cambios de domicilio o no cumplan con la obligación de identificar y actualizar en tiempo los documentos nacionales de identidad con respecto a sus hijos menores, obligación que se extiende a los tutores, representantes legales, etc. (conf. art. 35 ley 17.671). En cuanto a los “ciudadanos varones que no cumplan con la actualización de los 18 años durante el año que correspondiere, para obtener el documento nacional de identidad serán considerados infractores a esta ley” (art. 36 de la misma) y recargados con la prestación de servicio militar por el término de un mes a un año, además del tiempo que les corresponda. “Los naturalizados que omitieran la identificación como argentinos en el plazo acordado por la ley, perderán la ciudadanía y no podrán adquirirla” (art. 37 ley nº 17.671).

Con la sanción de esta ley se espera lograr no sólo la perfecta identificación de todos los habitantes de nuestro país, sino la acumulación de la información apropiada sobre las cualidades del potencial humano existente, para que todo ello redunde en el aprovechamiento de todas las capacidades disponibles para el bien de la comunidad.

543-557. *Suprimidos en la presente edición.*

CAPÍTULO V

CAPACIDAD

§ 1. Capacidad: concepto. Estado y capacidad. Incapacidad de hecho y de derecho; absoluta y relativa. El régimen de inhabilitación o semicapacidad en el derecho moderno. Conveniencia de su introducción en el país. Anteproyecto de 1954. Ley 17.711.

I.— LA CAPACIDAD EN GENERAL

558. CAPACIDAD: CONCEPTO.— Se llama “capacidad” a la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas.¹

Esta aptitud es la calidad saliente de la personalidad jurídica a tal punto que con razón se ha dicho que no puede faltar en los individuos de una manera absoluta porque tal carencia de capacidad sería contradictoria de la personalidad que el derecho moderno predica de todos ellos. Con todo, tampoco puede existir en ninguno plena e intacta: siempre la capacidad de derecho es una cuestión de grado, un oscilar entre ambos extremos sin alcanzar ninguno.²

Diverso del concepto expresado que corresponde a la *capacidad de derecho* es el de *capacidad de hecho*, o sea la

¹ Conf. Orgaz, quien define a la capacidad como la aptitud que tiene la persona para ser titular de derechos y deberes (*op. cit.*, p. 173, n° 1). Para Arauz Castex es la aptitud de la persona para adquirir derechos (*op. cit.*, t. I, n° 462, p. 257). Íd. Borda, que agrega “y contraer obligaciones” (*op. cit.*, t. I, n° 454, p. 360).

² Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 177.

aptitud de las personas naturales para actuar por sí mismas en la vida civil.

Sea que se trate de una u otra clase de capacidad, es siempre una aptitud del sujeto destinada a actuarse, es decir, a pasar de la potencia al acto. Y se refiere también siempre al campo de lo lícito, porque nadie tiene aptitud reconocida por el derecho para ejecutar actos ilícitos. Por tanto las reglas referentes a la capacidad están siempre ordenadas a la realización de actos lícitos y resultan extrañas a la materia de los actos ilícitos.³

559. TERMINOLOGÍA. — Conviene desde ya, conocer la terminología que se usa en esta materia. Es muy frecuente que la capacidad de derecho sea denominada, de "goce", por oposición a la capacidad de "ejercicio" como también se llama a la capacidad de hecho; o también "jurídica" propiamente dicha en oposición a la capacidad de "obrar". Los autores italianos suelen denominar a aquélla "titularidad", término que es muy expresivo para definir lo característico de la capacidad de derecho.

560. NATURALEZA. — Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, la capacidad es un atributo inherente a la personalidad. Se ha dicho con razón que es el más típico atributo de las personas: el que sirve precisamente para definir las como tales, desde el ángulo del derecho, porque es el único atributo que no sólo hace a la naturaleza sino también a la esencia de la personalidad.⁴ O sea, no se trata de una calidad que conviene o se conforma a la noción de persona del derecho, sino que integra consubstancialmente esa misma noción.

561. CARACTERES. — La capacidad además de los caracteres comunes a todos los atributos de la persona (véase *supra*, n° 391), tiene caracteres típicos que son los siguientes:

³ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 462, p. 257.

⁴ Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 463, p. 257.

a) Es susceptible de grados, como ya se ha visto. Se la puede tener en mayor o menor extensión, aunque no se la podrá dejar de tener en una cierta medida. Pero supuesta la "personalidad" de todos los hombres, conviene en orden al bien común un trato diferencial de la "capacidad" de cada cual que admite innumerables modulaciones, conforme a la situación en que las personas se encuentren. Obsérvese que la desigualdad de capacidad entre los hombres no afecta la igualdad ante la ley que asegura el art. 16 de la Constitución Nacional, siempre que la discriminación sea razonable y alcance paritariamente a quienes se encuentran en las mismas condiciones.⁵

b) Es reputado principio general, con fuerza para favorecer a todos los no exceptuados. De ahí que sentado el principio básico como lo hacen los arts. 52 y 53 del Código Civil ya queda agotado cuanto hay que decir respecto de la capacidad. El derecho se interesa sobre todo por las excepciones, y son ellas las que llenan los articulados de los códigos.

c) Las "incapacidades", como limitaciones excepcionales de la capacidad, emanan siempre de la ley y son de interpretación estricta. Configuran una regulación de orden público que está más allá de la autonomía de la voluntad de los particulares que no pueden dejarlas sin efecto. Tampoco puede renunciarse a la capacidad, porque ha sido instituida tanto en mira al individuo cuanto a la sociedad (conf. artículos 19 y 21, Cód. Civ.).

562. CAPACIDAD Y PODER. — La capacidad se diferencia del poder en cuanto aquélla es una aptitud del sujeto para adquirir derechos para él mismo, en tanto que el poder es una facultad que se tiene para la gestión de derechos ajenos. Decir que alguien tiene capacidad equivale afirmar que tiene aptitud para adquirir ciertos derechos (capacidad de derecho) o que la tiene para ejercer por sí mismo sus derechos (capacidad de hecho). En cambio, afirmar de alguien que tiene poder es decir que está autorizado para obrar de manera que sus actos le sean imputados a la persona por la cual obra y a la que representa: v.gr., el padre tiene poder —que se llama nada menos "patria potestad", o poder del padre— para administrar los bienes de sus hijos y consiguientemente para formalizar los contratos que para ello sea menester,

⁵ C.S.N., Fallos, t. 132, pa. 198 y ss.; íd., íd., t. 138, p. 313; etc. Véase Linares Quintana S. V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, 1956, t. 3, n^o 1928 y 1929, pa. 435 y ss.; Linares Juan F., *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Bs. As., 1944, pa. 152-153.

de tal manera que por esos contratos queda beneficiado y obligado el hijo por cuya cuenta ha obrado quien tenía poder para hacerlo.

* Otras veces el poder se concede facultativamente —y no por imperio de la ley como en el ejemplo anterior— y entonces se está en presencia de un contrato de mandato, y de una representación voluntaria proveniente del mismo.

563. CAPACIDAD Y ESTADO.—Capacidad y estado son, ambos, atributos de la persona, pero se distinguen por el criterio de calificación que importan.

La idea de capacidad suscita la de facultad que a la persona le es reconocida o negada. Pero el estado es más complejo porque es una posición que la persona ocupa dentro del grupo familiar, un emplazamiento al que corresponde una serie de normas que asignan al sujeto facultamientos e incapacidades, derechos y deberes.⁶

Si el estado influye sobre la capacidad —v.gr., menor emancipado— no ocurre así a la inversa, como ya hemos explicado *supra*, en el n° 476, adonde remitimos para mayores esclarecimientos.

563 bis. CAPACIDAD DE HECHO E IMPUTABILIDAD.—Son nociones que tienen algún punto de contacto entre sí, aunque no se confunden. Mientras la capacidad de hecho denota una aptitud que la ley confiere al sujeto para actuar válidamente en derecho, la imputabilidad alude a una aptitud natural de los hombres en virtud de la cual son autores de los actos que realizan. La ausencia de capacidad se refleja en la invalidez de los actos jurídicos que el incapaz ha celebrado, que la ley califica como *nulos*. En cambio la ausencia de imputabilidad impide que el agente pueda ser reputado autor de la actividad que ha obrado: de ahí que si ha causado un daño a otro, él no es responsable; y si ha obrado aparentemente un acto jurídico, *comprobada* esa ausencia de imputabilidad, tal acto se anula, por lo que se dice que es *anulable* (conf. art. 1045, cláusula 1°).

No obstante algún punto de contacto hay entre esas nociones en cuanto la capacidad supone que el sujeto es de ordinario imputable, y por tanto autor de la actividad que realiza: de ahí que se le retire esa capacidad cuando falla habitualmente la imputabilidad (véase *infra*, núms. 703 y 703 bis). Así, la capacidad se apoya en el discernimiento.⁷

⁶ Conf. Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 52, núms. 11 y 12, ps. 407-408.

⁷ Conf. López Olacerizui J. M., en Salvañ, *Parte General*, ed. del cincuentenario, t. I, n° 700-A, p. 595, XIII. Véase *infra*, n° 763.

II. — INCAPACIDAD DE HECHO Y DE DERECHO

564. IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN. — Es esta una división fundamental de la incapacidad.

La incapacidad alude a una ausencia de capacidad del sujeto. Pero tal carencia puede referirse a una u otra de las virtualidades que corresponden a la noción de capacidad, como ya se ha visto. Puede faltar la aptitud para ser titular de determinada relación jurídica, y entonces se padece una *incapacidad de derecho*. O puede carecerse de la aptitud para ejercer por sí mismo los derechos que se tienen, tal la *incapacidad de hecho*.

Cuando se veda al abogado que pueda convertirse en dueño de las cosas de su cliente (conf. art. 1361, inc. 6º) se le impone una incapacidad de derecho para adquirir tales cosas, en resguardo del buen manejo de los intereses ajenos cuya defensa se le ha encomendado. Cuando se impide al menor de edad la gestión de su patrimonio, que se le confiere a un representante legal —el padre o madre y en defecto de ellos, el tutor— se le impone una incapacidad de hecho en protección del mismo titular de los bienes que sería perjudicado por el ejercicio que hiciese por sí mismo de sus derechos en razón de su propia inmadurez.

565. DISTINTOS ENFOQUES. — Las nociones explicadas con la ilustración de los ejemplos suministrados, muestran el doble enfoque bajo el cual se miran una y otra especie de capacidad o incapacidad.

La capacidad de derecho (o incapacidad) mira al aspecto *estático* del derecho o constitución de la relación jurídica a que se refiere.

La capacidad o incapacidad de hecho enfoca, en cambio, el aspecto *dinámico* del derecho o de la relación jurídica tal como ha quedado constituida. Supone la constitución de un derecho y mira el despliegue de su normal y lógico ejercicio.

566. CARACTERES DIFERENCIALES DE UNA Y OTRA CAPACIDAD. — Fijados los conceptos de una y otra incapacidad, estamos en condiciones de verificar sus caracteres diferenciales, luego de haber mostrado sus caracteres comunes en el nº 561.

Las incapacidades de derecho y de hecho difieren: a) en cuanto al fundamento de su institución; b) en cuanto a la posibilidad de remediarlas; c) en cuanto al sentido de la prohibición que comportan; d) en cuanto al rigor de la sanción que recae sobre los actos de los

incapaces; e) en cuanto a su subdivisión por categorías; f) en cuanto al criterio determinante de la elección de la ley aplicable.

Pasamos a examinar esos puntos.

567. a) DIVERSO FUNDAMENTO.—La razón de ser de una y otra incapacidad es muy diferente.

La incapacidad de hecho se instituye, en razón de una insuficiencia psicológica del sujeto para el pleno ejercicio de sus derechos.

Pero si la razón de ser de la incapacidad de hecho reside en una insuficiencia del sujeto, una vez impuesta la incapacidad "adquiere un cierto carácter abstracto y se independiza de la razón que la motivó".⁸ De ahí que un menor de edad, no obstante su precocidad y talento, queda en situación de incapaz y un mayor de edad, pese a su rusticidad y atraso es apto para todos los actos de la vida civil, aun cuando comparativamente el primero pueda estar, en verdad, en mejor situación que el segundo para el manejo de sus asuntos. Es que la capacidad es institución que funciona a través de tipos rígidos que introducen una gran seguridad en las relaciones jurídicas, no obstante que en algún supuesto pueda traer algún resultado injusto: es el fin no querido por la ley, de que hablara Ihering

La incapacidad de derecho se sustenta, generalmente, en razones de orden moral. Con su institución que impide que alguien sea titular de un derecho determinado, se espera mantener las relaciones humanas en un nivel moralmente más saludable que si se permitiera lo que está prohibido. Cuando se veda al mandatario adquirir bienes de su mandante (conf. art. 1361, inc. 4º), o al confesor recibir por testamento bienes del testador a quien atendió en su última enfermedad (conf. art. 3739), se lo hace para alejar tentaciones y con ello riesgos de claudicaciones morales. Pero como se ha observado, la incapacidad, luego de instituida por la ley, adquiere un carácter abstracto y se desentiende de las circunstancias reales de tal o cual persona. Pudiera ser que el mandatario hubiese pagado un precio más que satisfactorio. Tal vez el confesor del difunto sea un santo varón a quien el causante ha dejado un legado para que lo distribuya según su criterio entre los menesterosos a quienes acostumbra socorrer. Con prescindencia de esas particularidades concretas uno y otro son incapaces de derecho y, por tanto, ineptos para adquirir bienes por medio de actos que resultan nulos por ese motivo (véase *infra*, nº 1930).⁹

⁸ Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 468, p. 260, ap. b). Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 188.

⁹ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 469, p. 262, ap. b).

568. b) **DIVERSO REMEDIO.**—La incapacidad de hecho se surge por la institución de un representante que remedia la inferioridad en que se encontraba el sujeto (conf. art. 58). Inversamente la incapacidad de derecho no es susceptible de remedio, pues sería contradictorio de la prohibición legal que se previera algún modo de eludirla.

569. c) **DIVERSO SENTIDO DE SU INSTITUCIÓN.**—La incapacidad de hecho se establece para amparar al sujeto sobre quien recae: es una medida de protección que se ha instituido para poner al titular de los bienes a cubierto de los inescrupulosos que quisieran aprovechar de su insuficiente madurez.

La incapacidad de derecho, en cambio, se instituye no para favorecer al incapaz, sino contra él, y para prevenir incorrecciones que pudieran intentarse si no existiese reato alguno.

570. d) **DIVERSO RIGOR DE LA SANCIÓN DE NULIDAD.**—Una y otra incapacidad dan lugar a la nulidad del acto jurídico obrado en contravención de la ley. En general siempre la nulidad acompaña a toda incapacidad; es como su contrapartida, porque es la reacción de la ley contra los que la contravienen (conf. art. 1040).

Pero la nulidad funciona con un rigor muy distinto cuando la ley reacciona respecto de una incapacidad de hecho o de derecho.

Frente a una incapacidad de hecho la ley reacciona benignamente e impone al acto obrado una nulidad relativa, que sólo puede ser articulada por el incapaz (conf. arts. 1048, 1049 y art. 1164).

Por el contrario, frente a una incapacidad de derecho, en principio, la ley reacciona rigurosamente, imponiéndole al acto obrado en contravención la sanción de nulidad absoluta, que es la más intensa aniquilación al alcance del legislador.

571. e) **FUNCIONAMIENTO POR CATEGORÍAS.**—Las incapacidades de hecho pueden ser sistematizadas en dos categorías: las absolutas y las relativas.

Las incapacidades de derecho no pueden ser absolutas porque importarían con ese alcance una destitución para el sujeto del carácter de "persona", al resultarle prohibido ser titular de cualesquiera relaciones jurídicas. Por lo demás, por su misma particularidad las incapacidades de derecho no llegan a integrar una categoría genérica, ni puede darse un elenco completo de ellas, sino que están diseminadas en toda la extensión del Código e impuestas con motivo de cada institución sobre la que se legisla: el matrimonio, el parentesco, la patria potestad, la tutela, la compraventa, la donación, la herencia, etc.

572. f) **DIVERSA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE.**—Las incapacidades de hecho se rigen por la ley del domicilio de la persona (conf. arts. 6º, 7º y 948, Cód. Civ.). En cambio las incapacidades de derecho se sujetan a la ley territorial (conf. arts. 8º, 9º, 10 y 949, Cód. Civ.).

II.— INCAPACIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

573. **FORMALIDAD DE ESTA CLASIFICACIÓN.**—Bajo el punto de vista del *grado de incapacidad*, se distinguen las incapacidades en absolutas y relativas.

574. **INCAPACIDAD ABSOLUTA.**—Es la que no tiene excepción v.gr., la de la persona por nacer que en el orden de su incapacidad —de hecho porque se refiere al ejercicio por sí de los derechos— no admite excepción alguna.

Refiriéndose esta clasificación a la privación completa de capacidad no puede predicarse sino respecto de la capacidad de hecho, porque la incapacidad de derecho absoluta aniquila la misma personalidad, e importaría la muerte civil (véase *infra*, nº 958).

Por el contrario, la incapacidad de hecho puede ser absoluta sin aniquilación de la personalidad, porque el sujeto afectado por ella no desaparece como ente de derecho, ni se modifica su aptitud para adquirir derechos. Lo único que ocurre es que exactamente para proteger su misma persona, se lo sustituye en el ejercicio de sus derechos —de todos sus derechos— por otro que obra en nombre y por cuenta del incapaz, que así se sigue beneficiando por la actividad del gestor.

Con todo, hay situaciones, en que por la propia naturaleza de las cosas el incapaz queda sin poder ejercer ciertos derechos ni por intermedio de su representante: es lo que ocurre con los actos llamados “personalísimos” que por su propia índole no pueden efectuarse por intermedio de representante, v.gr., el testamento. A este respecto el representante está impedido para obrar por cuenta de su representado y por tanto el incapaz, no puede realizarlo ni por sí —desde que es incapaz— ni por intermedio de su representante, por razón de la índole personalísima del acto.

575. **INCAPACIDAD RELATIVA.**—La incapacidad es relativa cuando tiene excepciones.

En rigor la incapacidad relativa sólo puede predicarse

respecto de la capacidad de hecho, porque supone por definición una condición básica de incapacidad y excepciones parciales a esa condición general de la persona: así los menores adultos (conf. nuevo art. 55 del Cód. Civ.).

En cambio tratándose de la capacidad de derecho, no puede hablarse de incapaces relativos, porque no existen los sujetos que sean básicamente incapaces de derecho y sólo capaces por excepción. Cuando se habla de esta clase de capacidad, la incapacidad relativa no puede ser referida a las personas en general sino a cierta clase de actos o tal otra, respecto de los cuales concurren algunas incapacidades de derecho que alcanzan a ciertas personas.

En este sentido se ha dicho bien, que no hay "incapaces de derecho", sino personas que padecen "incapacidad de derecho" con relación a ciertos actos. Así el padre o el tutor, no son incapaces de derecho—no integran un género de personas que puedan ser calificadas de esa manera— sino que uno y otro están impedidos para adquirir los bienes de su hijo o pupilo respectivamente.¹⁰

En suma las incapacidades de derecho, son prohibiciones legales para la realización de ciertos actos como las que recaen sobre ciertas cosas. La diferencia es que estas últimas se establecen por razón del objeto, v.gr., la venta de una cosa fuera del comercio, mientras aquellas otras son prohibiciones establecidas en mira a la condición de la persona.

Por las consideraciones efectuadas es que no puede hacerse un elenco de incapaces de derecho, como sí puede hacerse, y lo hace la sistematización de nuestro Código, de los incapaces de hecho (conf. arts. 54 y 55, Cód. Civ.).

IV. — EL RÉGIMEN DE INHABILITACIÓN EN EL DERECHO MODERNO

576. NOCIÓN. — El régimen de inhabilitación, o de semicapacidad, es el medio técnico escogido por el derecho contemporáneo para suplir las deficiencias psíquicas que adolecen ciertas personas médicamente normales, cuando esos defectos pueden traducirse en perjuicios patrimoniales para el sujeto y consiguientemente para su familia. También fun-

¹⁰ Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n^o 475, p. 264.

ciona como remedio, en el orden jurídico, de ciertos hábitos viciosos que pueden conducir a la miseria.

El fin de la institución es, sobre todo, el amparo de la familia de los deficientes y viciosos.

577. IDEA QUE PRESIDE ESTE RÉGIMEN. — La inhabilitación constituye la realización ordenada de la idea de asistencia (véase *infra*, nº 610) que es especialmente apropiada para los casos en que el sujeto, si bien dotado de discernimiento para la generalidad de sus actos ostenta fallas indudables en algunos aspectos. De ahí que sea suficiente someter al inhabilitado al contralor de otra persona sólo en esos aspectos determinados, v.gr., actos de trascendencia económica que pueden incidir desfavorablemente en el patrimonio, para los que se requiere la conformidad del organismo que ejerce el contralor, ya sea el juez, o el consejo de familia, o el consejo legal, o el curador según las legislaciones y los supuestos de inhabilitación.

578. FUNCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN DE INHABILITACIÓN. — Quedan encuadradas en este régimen las personas que siendo capaces para la generalidad de los actos, con todo, no pueden efectuar válidamente ciertos actos determinados sin la conformidad del organismo de contralor que se les ha establecido el cual varía de una legislación a otra.

El "inhabilitado" no es un incapaz. Conserva su capacidad para todos los actos de la vida civil que no sean exceptuados y, por tanto está ubicado en una condición básica de capacidad, como todas las personas. La novedad consiste en que para proteger al propio sujeto, y aún más a su familia de la falta de completo control de su actividad se le veda la realización por sí mismo de ciertos actos especialmente riesgosos, que a veces la ley enumera, y otras deja incluidos en el concepto de "actos que exceden la administración ordinaria" (art. 427, Cód. Civ. italiano).

579. COMPARACIÓN CON LA HABILITACIÓN DE EDAD. — La inhabilitación presenta cierta *analogía de contraste* con la habilitación de edad, sobre la cual legisla la casi totalidad de las legislaciones extranjeras. La *habilitación de edad* se aplica a los menores que han alcanzado cierta edad para eliminar su incapacidad, confiriéndoles una capacidad restringida similar a la de los menores emancipados por el matrimonio. La *inhabilitación* tiene un mismo sentido tutelar que se concreta no en una ampliación, sino en una restricción de capacidad, y se aplica a aquellas personas capaces por razón de la edad que por diversas causas conviene retraer a una situación de incapacidad con relación a ciertos actos determinados.

Sin duda, la inhabilitación y la habilitación de edad son instituciones de signo contrario, puesto que la primera disminuye y la segunda acrecienta la capacidad anterior del sujeto afectado por esas instituciones. Pero ambas dejan a éste en una situación gobernada por el juego de principios técnicos equivalentes: capacidad como regla, e incapacidad excepcional para actos determinados indicados por la ley.

580. CAUSAS DE INHABILITACIÓN.— En las legislaciones extranjeras tales como los códigos suizo, francés, italiano, peruano y venezolano son pasibles de inhabilitación los semialienados (enfermos mentales menos graves de los códigos francés e italiano), los pródigos, los ebrios consuetudinarios, los toxicómanos, los depravados, los sordomudos y ciegos de nacimiento, si se “exponen a sí mismos o a su familia a graves perjuicios económicos” (art. 415, cláusula 2ª, Cód. italiano).

En nuestro Anteproyecto de 1954 (art. 94) pueden ser inhabilitados: 1º “Los que por prodigalidad, embriaguez habitual, uso de estupefacientes o grave desarreglo de conducta expusieron a su familia a caer en la indigencia”; 2º) “Los sordomudos y los ciegos que no hubieren recibido una educación suficiente y los enfermos y débiles mentales que el juez estime aptos para dirigir sus acciones en la vida ordinaria si del ejercicio de su plena capacidad pudiese resultarles presumiblemente algún daño”.

Es siempre una protección dirigida principalmente a la familia del inhabilitado para impedir a éste que cause el mal de aquellos a quienes debe protección y amparo.

580 bis. LEY 17.711. — Una de las más felices innovaciones de la ley 17.711 es la constituida por la incorporación del régimen de inhabilitación de los ebrios habituales, drogadictos, disminuidos mentales y pródigos.

Dice el art. 152 bis del Cód. Civil, a este respecto que:

Podrá inhabilitarse judicialmente:

1º) *A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.*

2º) *A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el art. 141 de este Código, el Juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar 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 de su patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviese cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiese dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.*

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador, los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

El nuevo instituto reconoce como antecedentes, los Códigos italiano (art. 415 y 427), suizo (arts. 370 y 395) y venezolano (arts. 409 y 411); el anteproyecto de Cód. Civil argentino de 1954 (arts. 94 a 97); la ponencia conjunta del Dr. Borda y del autor de esta obra presentada al Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil^{10 bis 1} y el despacho de la Comisión respectiva.^{10 bis 1}

Por lo que hemos dicho (*supra*, núms. 576-580), la inclusión del nuevo art. 152 bis importa un notorio progreso con respecto a la situación precedente.

No obstante, es posible apuntar algunas observaciones. Por lo pronto, el precepto aludido omite proteger a los sordomudos y ciegos de nacimiento sin instrucción, que eran contemplados en varios de los antecedentes mencionados.^{10 bis 2}

Algo más importante: el art. 152 bis no define cuál es la condición básica del inhabilitado, si de incapacidad o de capacidad. Por un lado se le impide disponer de sus bienes por actos entre vivos; por otro, se le permite la realización de actos de administración. Pero, ¿cuál es la norma básica?, ¿qué pasa con los actos que no entran en esas categorías, o respecto de los cuales se duda si son de disposición o de administración? Nuevamente la imperfección técnica puede oscurecer la interpretación apropiada. En verdad, los dos párrafos finales debieron refundirse en uno solo que pudo decir: "Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos ni otorgar por sí solos los actos de administración que les prohibiera la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso".^{10 bis 3}

^{10 bis 1} Puede verse con la respectiva fundamentación en Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1962, t. II, p. 729-733.

^{10 bis 2} Puede consultarse en la obra citada en la nota anterior, t. II, ps. 736-737.

Este despacho no fue considerado por el Congreso por falta de tiempo, pero no es dudoso que habría sido aprobado de acuerdo a la orientación que los congresistas, en su mayoría, mostraron en los debates.

^{10 bis 3} Así el Código italiano (art. 415) y el Anteproyecto de 1954 (art. 94, inc. 2º).

^{10 bis 3} El Anteproyecto de 1954 (art. 96) sólo consignaba los actos que el inhabilitado no podía efectuar sin la conformidad expresa de su curador. No mencionaba los que podía realizar, porque ellos caían en el principio general de capacidad. Era lo que correspondía.

De igual manera estaba concebida la ponencia conjunta que presentamos con el doctor Borda al Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil.

Tampoco está previsto lo que habrá de ocurrir si el curador se niega a dar su consentimiento: como no es concebible que todo termine ahí, pues ello convertiría al curador en un dictador de la actuación del inhabilitado, hay que concluir que en ese supuesto es viable la autorización judicial, como también cuando el curador estuviere impedido por alguna circunstancia para dar su conformidad.^{10 bis 4}

Si el inhabilitado otorga un acto prohibido, sin la conformidad del curador, ha de entenderse que ese acto es nulo (conf. art. 1042 frases primera y última, Cód. Civil) y de nulidad relativa porque la invalidez se instituye para asegurar la protección del inhabilitado y no para sancionarlo (conf. arts. 1048 y 1049 Cód. Civil). Ambas calificaciones son consignadas expresamente en el art. 97 del Anteproyecto de 1954 y en la ponencia conjunta que presentamos con el Dr. Borda al Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil.

Aunque el art. 152 bis no prevé la inscripción de la sentencia de inhabilitación en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas, corresponde proceder a ella (conf. art. 76, inc. f, decreto-ley 8204/63 y art. 633, Cod. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Esa inscripción tiene máxima importancia, porque sólo a partir de ese momento la inhabilitación es oponible a los terceros que no la hubieren conocido.^{10 bis 5}

Finalmente, nos parece inconveniente la extrema flexibilidad del contenido de la inhabilitación a que autoriza la parte final del art. 152 bis, según "las circunstancias del caso". La incapacidad es asunto que ha de regularse a través de categorías uniformes que comunican a las relaciones jurídicas la necesaria seguridad. En función de las circunstancias del caso, el arbitrio judicial a que da pábulos la directiva aludida, podrá crear inhabilitaciones "sui generis", para dar en arrendamiento, o para dar en aparcería, o para la venta de las crías de un establecimiento rural, o para la venta de la leche que se produce en un tambo, etcétera, lo que puede suscitar un verdadero mosaico de principios que deben ser claros y seguros. Esa extrema flexibilización del régimen de la inhabilitación puede llevarlo a su fracaso, por la imposibilidad de hacer conocer a los terceros todos los matices que puedan presentar las restricciones de capacidad peculiares a cada inhabilitado.^{10 bis 6}

^{10 bis 4} En este sentido el Anteproyecto de 1954 (art. 96, parte final); la ponencia conjunta que presentamos con el doctor Borda, ya aludida, y el despacho de la comisión respectiva (véase Tercer Congreso..., t. II, ps. 730-736).

^{10 bis 5} El Anteproyecto de 1954 establecía en su art. 98: "Las declaraciones de interdicción e inhabilitación surtirán efecto a partir de la ejecutoria del acto respectivo, pero no podrán oponerse a los terceros de buena fe sino desde su publicación en el registro correspondiente".

Conf. en el sentido del texto, Raffo Benegas P. y Sassot R., en "J. A.", Doctrina-1969, p. 554.

^{10 bis 6} En el Anteproyecto de 1954 se contemplaban, a este respecto, dos pautas posibles. Una, era la normal del régimen de inhabilitación y se refería a la

580 ter. RÉGIMEN PROCESAL DE INHABILITACIÓN. — Según el artículo 152 bis “se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación”.

De ahí resulta:

a) Que las *personas autorizadas para iniciar el juicio* son las mencionadas en el art. 144 (véase *infra*, núms. 744 y ss.), con la limitación que indica el mismo art. 152 bis, si se trata de pródigos (*infra*, nº 585).

b) Que la *seguridad* de la denuncia debe ser abonada por *certificados médicos* referentes al déficit del denunciado, salvo que se trate de pródigos. Luego ya en el curso del trámite, y con igual salvedad, es indispensable el examen médico (véase *infra*, núms. 742 y 755).

c) Que corresponde dar *traslado* al denunciado del pedido de su inhabilitación, puesto que él no es incapaz ni dejará de serlo aunque progresa la demanda. Por ello no creemos necesario el nombramiento de curador “ad-litem”, pero procedería el que se pidiera para asistir al demandado con relación a algún acto determinado cuya realización quedara en suspenso durante el juicio.¹¹ El aludido traslado debe correrse por el plazo de cinco días (conf. art. 150, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

d) La apertura a *prueba* del juicio debe hacerse por el término de treinta días (conf. art. 626, inc. 2º, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

e) Finalmente, entendemos que tramitada una causa por *insania*, podría el juez, aun de oficio, decretar la *inhabilitación del denunciado*, si se persuade que éste sin ser demente está comprendido en los defi-

prohibición, salvo la conformidad expresa del curador, referente a la enajenación o gravamen de bienes, a las adquisiciones a título oneroso, a la concesión de préstamos o contracción de obligaciones, a la inversión de bienes más allá de las necesidades de la administración corriente, a la recepción de pagos si no correspondieran a la simple administración de los bienes, en fin, a la celebración de transacción o actuación en juicio que no versara sobre acciones personalísimas (art. 96).

Una segunda pauta, era todavía más limitativa para el inhabilitado pues la sentencia podía prohibirle la realización por sí solo de actos de simple administración o la recepción de pagos de cualquier índole (art. 96, inc. 7º). Pero de esa dualidad no se salía. En cambio, la discrecionalidad judicial “según las circunstancias del caso”, autorizada por el art. 152 bis, puede multiplicar los “tipos” de inhabilitación indefinidamente.

¹¹ No es dudosa la posibilidad de trabar embargos o inhibiciones durante la secuela del juicio, para evitar que el remedio de la inhabilitación pueda resultar tardío (conf. Raffo Benegas y Sassot R., “J. A.”, Doctrina-1969, p. 553).

citarios del art. 152 bis. Es una solución que cuenta con anuencia doctrinaria y hasta la previsión de un código de forma.¹²

580 quarter. COD PROC CIV Y COM DE LA NACIÓN, LEY 22.434 — Transcribiremos en lo pertinente, las previsiones incorporadas por la ley 22.434, que se apartan de las directivas expuestas precedentemente.

1º) Será juez competente el del domicilio del presunto inhabilitado, o en su defecto, el de su residencia (art. 5º, inc. 8º).

2º) Las disposiciones sobre declaración de demencia, regirán en lo pertinente, respecto de los supuestos previstos por los incs. 1º y 2º del art. 152 bis. Podrán accionar quienes de acuerdo con el Código Civil, pueden pedir la declaración de demencia (art. 637 bis).

3º) En el caso de los pródigos, la causa tramitará por proceso sumario (art. 637 ter).

4º) Todas las cuestiones que se susciten entre el inhabilitado y el curador se sustanciarán por el trámite de los incidentes, con intervención del asesor de menores e incapaces (art. 637 quinter). Esta intervención resulta improcedente, porque los inhabilitados son básicamente capaces, no tienen ni precisan de un representante legal y por ende la del Ministerio Pupilar.

V.—LA INCAPACITACIÓN DEL PRÓDIGO

581. LA PRODICALIDAD.* — Es una causa de inhabilitación o de interdicción, según el criterio de la mayoría de las legislaciones extranjeras.

Conforme al criterio clásico, el "pródigo" es el que disipa locamente sus bienes.

En el *derecho romano*, quienes disipaban los bienes familiares eran sometidos a interdicción quedando bajo la tutela legítima de sus parientes civiles. Su situación en la época clásica se asemejaba a la de los insanos.

En el *derecho moderno* se advierten tres posiciones acerca del tratamiento del pródigo: 1) La tesis individualista, que ignora la prodigalidad como factor de influencia

¹² Conf. Cód. Proced. Pcia. Bs. As., art. 627 y ahora art. 633 de la Nación (ley 22.434); Raffo Benegas y Sassot R., "J. A.", Doctrina-1969, p. 553.

Igual solución propicia el art. 94 del Anteproyecto de 1954. En cambio no es viable la solución opuesta de declarar demente a un demandado por inhabilitación, porque lo más no está comprendido en lo menos, no pudiendo el juez declarar una demencia de oficio (*infra*, nº 706).

* BIBLIOGRAFÍA: Spota A. G., *Tratado de derecho civil*, t. I, vol. 3º, páginas 545-569.

sobre la capacidad de las personas; 2) La teoría de la interdicción, que considera al pródigo como un insano y lo somete al mismo régimen de incapacidad; 3) La teoría de la inhabilitación, que considera al pródigo capaz, salvo respecto de ciertos actos determinados.

Nos referimos a estas posturas y al fundamento en que se apoyan:

582. 1) TESIS INDIVIDUALISTA. — Para esta postura la prodigalidad es irrelevante. Se aduce en su favor que cada cual es libre para usar de sus bienes según su gusto; que la ley sólo debe intervenir en la actividad particular cuando hay algún interés público en juego, lo que no ocurre —se dice— en los supuestos de prodigalidad; finalmente, que no hay criterio sobre lo que es gasto abusivo, por lo que con su admisión se abriría la puerta a la arbitrariedad.¹³

Estas consideraciones no son convincentes. Ya nadie admite que el dueño de los bienes pueda hacer de ellos lo que le venga en gana, pues tal afirmación desconoce la función social de la propiedad. El hombre es un miembro de la comunidad en que vive, especialmente de la comunidad familiar. Tiene por ese hecho un conjunto de deberes de los que no puede desentenderse. Tampoco es exacto que no concurre en el caso ningún interés público, lo cual puede sólo aceptarse respecto de quien carece de familia, pues la sociedad no queda indiferente ante la suerte de esta célula primaria suya que es el núcleo familiar. Finalmente, la inseguridad que podría derivar de la ausencia de un criterio definido para medir la prodigalidad es asunto de técnica legislativa que puede resolverse apropiadamente como lo ha hecho el Código peruano al permitir la incapacitación por prodigalidad sólo cuando se justifica una dilapidación ya consumada de la tercera parte del patrimonio (art. 576).

Siguen la tendencia individualista los códigos uruguayo (arts. 431 y 432), boliviano (art. 358), mejicano (art. 450), de Luisiana (art. 413) y el derecho inglés. Es de notar que el Código mejicano, se ubica en esta línea por su despreocupación por la suerte de la familia, en razón de prejuicios de origen marxista. El Código de Vélez que seguía esa orientación ha sido apartado de ella por la ley 17.711.

583. 2) TEORÍA DE LA INTERDICCIÓN. — Según esta tendencia que sigue el rumbo del derecho romano, el pródigo es declarado inca-

¹³ Consideraciones de Vélez Sársfield en la nota a su art. 54, que toma de Freitas, *Esbozo*, nota al art. 40.

z y sujeto a tutela o curatela. Sin embargo, la declaración no lo priva de la autoridad marital o paterna, ni atribuye al tutor o curador facultades sobre la persona del pródigo.

Para el Código alemán el pródigo queda equiparado al menor que ha cumplido 7 años, es decir, que tiene una capacidad restringida a los actos favorables, pero carece de ella para los actos gravosos para su patrimonio (art. 6^º, inc. 2^º, y arts. 112 a 114).

Siguen también esta tendencia: los códigos suizo (art. 370), español (arts. 200, inc. 3^º y 221), chileno (arts. 342 y 442), colombiano (art. 432 y 531), peruano (art. 555, inc. 4^º, y arts. 576 a 586), brasileño (art. 6^º, inc. 3^º, y art. 459) y ley noruega del 28 de noviembre de 1895, art. 1^º.

584. 3) TEORÍA DE LA INHABILITACIÓN.— Es una composición de las dos posiciones anteriores, pues no se despreocupa del comportamiento patrimonial del sujeto cabeza de familia —en lo que se asemeja a la teoría precedente— ni rebaja a éste a la denigrante situación de estar sustituido por un extraño en la administración de sus bienes, en lo que se aleja de esa teoría y se aproxima a la primera de las posturas expuestas.

Sobre el fundamento y funcionamiento del sistema de inhabilitación remitimos a lo explicado anteriormente (véase núms. 576/579).

Esta tendencia está representada por los códigos francés (art. 513), italiano (art. 415), venezolano (art. 409) y nuevo código portugués (art. 152). Entre nosotros se ubica francamente en este rumbo el Anteproyecto de 1954 (arts. 94 y 97) y el legislador de 1968 a través de la ley 17.711.

585. LEY 17.711.— Según hemos expresado (véase *supra*, n^º 580 bis), el nuevo art. 152 bis establece la inhabilitación del pródigo en los términos que hemos transcripto en ese lugar.

Acerca de la admisión de este instituto cuadra señalar que el derecho contemporáneo muestra una pronunciadísima tendencia en ese sentido, con lo que viene a entroncar nuevamente con el derecho tradicional, superada la etapa exageradamente individualista del siglo pasado.

Esta es una institución que la reciente reforma concibe como un amparo de la familia, sociedad natural y básica del Estado. Por ello es que la acción para recabar este tipo de inhabilitación pertenece exclusivamente al cónyuge, a los

ascendientes y a los descendientes del pródigo. Es un requisito de la acción la previa dilapidación por parte del pródigo de "una parte importante de su patrimonio". En el Anteproyecto de 1954 (art. 95), siguiendo en esto al Código peruano (art. 576), para eliminar toda posible arbitrariedad judicial acerca de lo que pudiera juzgarse gasto abusivo o irrazonable, se prefirió tasar la disipación de bienes en una tercera parte del total. Cuando esto llegaba a ocurrir se incurría en prodigalidad, quedando desde entonces abierta para los miembros de la familia y la posibilidad de obtener la inhabilitación del pródigo y de resguardar la mayor parte de su haber.

Es de notar que la incapacidad del pródigo sólo existe para los actos de contenido patrimonial que se efectuaren entre vivos. Por consiguiente no se extiende a la órbita del derecho de familia, ni altera la capacidad para disponer por testamento. También conserva el pródigo capacidad para promover acciones personalísimas (divorcio, filiación, etc.), para aceptar donaciones y toda clase de liberalidades, y en principio, para celebrar actos de la administración ordinaria. Tampoco es dudosa la aptitud para efectuar actos conservatorios.

- § 2. Enumeración de los incapaces de hecho. Otros supuestos de incapacidad no legislados en el Código. Incapacidad de derechos: distintos casos. Incapacidades para contratar (art. 1160). Naturaleza jurídica. El caso de los fallidos y de los religiosos profesos.

I. — ENUMERACIÓN LEGAL DE LOS INCAPACES DE HECHO

586. CLASIFICACIÓN DE LOS INCAPACES DE HECHO. — Los incapaces de hecho, conforme a la sistematización adoptada por nuestro Código, pueden ser distribuidos en dos

categorías: 1) los que padecen una incapacidad absoluta, y 2) los que sólo sufren una incapacidad relativa.

Nos ocuparemos, seguidamente, de unos y de otros.

587. ENUMERACIÓN DE PERSONAS ABSOLUTAMENTE INCAPACES. — El Código las enumera en el art. 54, concebido así: “*Tienen incapacidad absoluta: 1º) las personas por nacer; 2º) los menores impúberes; 3º) los dementes; 4º) los sordomudos que no saben darse a entender por escrito*”.

Todos los enumerados presentan la característica común consistente en la carencia de la aptitud para ejercer por sí mismos sus derechos. Esa carencia es completa, y por ello su incapacidad absoluta, como dice el Código.

De la condición de cada uno de estos incapaces nos ocuparemos en el lugar a ellos dedicado: de las personas por nacer hemos tratado en los núms. 330-344 considerando lo concerniente a su personalidad, y volveremos sobre ellas en los núms. 636-640 a fin de estudiar su incapacidad y la manera de suplirla. De los menores impúberes nos ocuparemos en los núms. 641 y siguientes. De los dementes trataremos en los núms. 701 y siguientes. Los sordomudos aquí aludidos son estudiados en los núms. 783 y siguientes.

587 bis. DEROGACIÓN DEL INC. 5º DEL ART. 54. — La ley 17.711 ha derogado el inc. 5º del art. 54, según el cual tenían incapacidad absoluta “los ausentes declarados tales en juicio”.

La mención de esos ausentes respondía al criterio de Freitas, quien computaba como incapaces a los imposibilitados físicamente para obrar en razón de su alejamiento del lugar donde se exigía estar para el ejercicio de los derechos (véase nota al art. 41 del Esboço).

Empero esta calificación era más que dudosa, porque la persona declarada ausente podía actuar válidamente en el lugar donde se encontrara, lo cual es demostrativo de que no se trataba de un verdadero incapaz. Por ello, ha hecho bien el legislador al eliminar el inc. 5º aludido, como ya lo habíamos hecho nosotros en el Anteproyecto de Código Ci-

vil de 1954, art. 31. La ausencia de declaración legal de incapacidad de tales personas, no impide que se pueda llegar a la declaración de ausencia de la persona cuando sea in-
nester designarle un curador a sus bienes a fin de que provea
al cuidado de éstos (conf. art. 15 y ss. de la ley 14.394; véase
infra, núms. 796 a 806).

588. ENUMERACIÓN DE PERSONAS RELATIVAMENTE INCAPACES. — La ley 17.711 ha dado al art. 55 una nueva redacción que dice así: “*Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan a otorgar*”.

Los incapaces de esta categoría se caracterizan por estar ubicados en una condición básica de incapacidad —por eso son incapaces—. Pero esa condición de incapacidad no es absoluta sino que admite excepciones, y por ello se denomina relativa.

De los incapaces que integran esta categoría que son los menores adultos trataremos en los núms. 648 y siguientes.

589. INEXISTENCIA DE OTROS INCAPACES DE HECHO. — Fuera de las personas enunciadas en los arts. 54 y 55 del Código Civil no hay otros incapaces de hecho.^{18 bis}

Hay sí otros supuestos particulares de incapacidad de hecho, pero son limitados a actos determinados sin afectar la condición de capacidad genérica del sujeto: así el menor emancipado padece algunas incapacidades de hecho (véase *infra*, núms. 668 y ss.) pero ellas no alteran su situación básica de capacidad, por lo que no se lo puede definir como un incapaz, aunque soporte algunas incapacidades de hecho: es el caso también de las incapacidades impuestas a los penados aludidos por el art. 12 del Código Penal.

590. CRÍTICA A LA DOBLE CATEGORÍA DE INCAPACES DE HECHO. — La diferenciación de incapaces, según que la incapacidad sea absoluta o relativa, ha sido criticada por Borda, quien observa que no es exacto

^{18 bis} Conf. Cám. Civil, Sala “F”, con voto de la doctora Argúas, “El Derecho”, t. 6, p. 314, fallo 3229; íd., íd., con voto del doctor Collazo, “El Derecho”, t. 9, fallo 5030.

que los llamados "absolutamente incapaces" carezcan de toda capacidad: los menores impúberes que han cumplido 10 años son capaces para adquirir la posesión de las cosas (art. 2392); las mujeres pueden contraer matrimonio antes de los 14 años si estuviesen embarazadas (conf. art. 14, ley 14.394); los dementes —según Borda— pueden testar en intervalos lúcidos, en fin, todos esos declarados absolutamente incapaces viajan en vehículos de transporte público y pagan el boleto, adquieren entradas en cinematógrafos y otros espectáculos públicos, y compran mercaderías con dinero al contado.¹⁴

Dejando de lado la supuesta aptitud de los dementes interdictos para otorgar testamento en intervalos de lucidez que, según pensamos, no existe,¹⁵ compartimos la crítica precedente a la doble categoría de incapaces de hecho.

No hay interés alguno en mantener esa sistematización —y esto es lo fundamental— si la estructura y el funcionamiento de ambas categorías responden a idénticos principios. En cuanto a la estructura, ambas categorías se refieren a sujetos que por regla general son incapaces: no interesa, pues, establecer si tal regla tiene excepciones respecto de alguno y de otros no (ya se ha visto que también las tiene), pues aquí se está considerando a los incapaces, en cuanto tales, es decir, en cuanto impedidos para la realización genérica de actos jurídicos y a ese respecto los incapaces de una u otra categoría se encuentran en la misma situación. En cuanto al funcionamiento de la incapacidad tampoco difiere en una u otra categoría, pues siempre el acto obrado en violación de la incapacidad es nulo y de nulidad relativa, sea el agente absoluta o relativamente incapaz.¹⁶

La diferenciación de las dos categorías de incapaces fue tomada por Vélez Sársfield del *Esbozo* de Freitas (arts. 41 y 42 y sus notas), pero es totalmente ajena a la doctrina y legislación europeas.

Bibiloni mantuvo en su Anteproyecto (arts. 43 y 44 de la primera redacción, arts. 40 y 41 de la segunda) la doble clasificación del Código, pero el Proyecto de 1936, especialmente por la gravitación de Salvat y Lafaille, la eliminó. Por nuestra parte, mantuvimos esa supresión en el Anteproyecto de 1954 (art. 31) declarando incapaces simplemente a las personas por nacer, los menores, salvo respecto a los actos para los que estuviesen facultados, y las personas sujetas a interdicción.

¹⁴ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 459 y 460, ps. 363 y ss.

¹⁵ Ver *infra* n° 768 y notas 118 y 119 al mismo.

¹⁶ El asunto del carácter relativo de la nulidad de los actos obrados por incapaces de hecho de incapacidad absoluta ha sido abordado por nosotros en varios estudios anteriores. Véase *infra* n° 1971-2002.

II. — OTROS SUPUESTOS DE INCAPACIDAD NO LEGISLADOS EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ

591. ENUNCIACIÓN. — Nuestro Código no había mencionado como incapaces a varios otros que son considerados en ese carácter en numerosos códigos extranjeros, tales como los pródigos, los semi-aliénados, los ebrios consuetudinarios, los toxicómanos, los depravados, los ciegos de nacimiento y los indios. Con respecto a varios de ellos la ley 17.711 ha colmado ese vacío.

Dejando de lado a los pródigos, de quienes nos hemos ocupado en los núms. 581 y ss., daremos una noción de los demás incapaces que no eran reconocidos tales por el primitivo Código.

592. SEMIALIENADOS. — No es clara la delimitación de las personas enfermas y sanas mentalmente. Entre ellas hay una amplia zona fronteriza en la que quedan ubicadas muchas personas que, no obstante no padecer una enfermedad mental precisa, acusan deficiencias psíquicas variadas que sugieren la conveniencia de tratarlas conforme a un régimen jurídico especial para que no queden sometidas a la condición de las personas normales, puesto que en rigor no lo son, ni tampoco tratadas como insanos, ya que desde luego no padecen una enfermedad mental típica.

Para resolver esta cuestión se ha creado una categoría especial de interdictos o de inhabilitados, según la técnica de incapacitación utilizada, en la que quedan incluidos los “débiles mentales” —personas con cierto déficit mental sin llegar a la imbecilidad u oligofrenia—, los “toxicómanos” que han llegado a tal situación por el abuso de estupefacientes, los “ebrios consuetudinarios” que carecen de voluntad para dejar la bebida y bajo la acción de ella se comportan como enajenados, los “locos morales” que presentan al lado de una lucidez mental suficiente o a veces muy desarrollada una ausencia de sentido moral, y los “depravados” por graves desarreglos de conducta.

A varias de estas personas alude el Anteproyecto de 1954 en los siguientes términos: “Art. 94. Podrán ser inhabilitados judicialmente: 1º) los que por prodigalidad, embriaguez habitual, uso de estupefacientes o grave desarreglo de conducta, expusieran a su familia a caer en la indigencia; 2º) . . . los enfermos y débiles mentales que el juez estime aptos para dirigir sus acciones en la vida ordinaria, si del ejer-

cicio de su plena capacidad pudiese resultarles presumiblemente algún daño”.

En esa mención aparecen en el inc. 1º aquellos que han llegado a tal situación por un desarreglo de conducta que les es imputable, tal vez con la excepción de los pródigos; y en el inc. 2º los propiamente “semialienados”.

En cuanto a los primeros, obsérvese que el comportamiento privado, aunque gravemente desarreglado desde el punto de vista moral, si no se refleja ruinosamente en el ambiente familiar, queda reservado al juicio de Dios y exento de la autoridad de los magistrados, según la prudente pauta constitucional (art. 19, Cons. Nac.). Pero otra cosa ocurre cuando la propia actividad del sujeto provoca el peligro de la miseria para los seres de cuya debilidad aquél debe ser amparo y sostén.

La fórmula “caer en la indigencia” proviene del Código alemán.¹⁷ El Código suizo usa la expresión análoga “tomber dans le besoin” (art. 395). El Código italiano alude a “graves perjuicios económicos” frase que nos resulta exageradamente vaga.

La ley 17.711 ha previsto la posible inhabilitación de los “ebrios consuetudinarios”, “toxicómanos” y “disminuidos mentales”, cuando estén expuestos a dañarse mediante el ejercicio de su plena capacidad. Por ello les impide disponer de sus bienes sin la conformidad del curador (*supra* nº 580 bis).

593. LOS CIEGOS. — Cuando la ceguera es congénita, la adaptabilidad del sujeto a la vida de relación y a las posibilidades de la plena capacidad jurídica deben depender de la recepción de una educación especializada que supla la carencia de ese sentido tan importante para el hombre. Por ello si el punto ha sido descuidado conviene retraer al sujeto a un régimen de semi-incapacidad establecido en protección suya.

La situación del sordomudo debe ser la misma (ver *infra*, nº 790).

De estos deficientes trata el Anteproyecto de 1954 en los siguientes términos: “Art. 94. Podrán ser inhabilitados judicialmente: 1º) . . . ; 2º) Los sordomudos y los ciegos que no hubiesen recibido una educación suficiente . . . si del ejercicio de su plena capacidad pudiese resultarles presumiblemente algún daño”.

Es de notar que la ley 17.711 no contempló la posible inhabilitación de estas personas.

¹⁷ Traducción de Alejo García Moreno, art. 6º.

594. LOS INDIOS. — En América, algunos países han contemplado a los indios para someterlos a un sistema de protección que se traduce en un cercenamiento de su capacidad.

El Código Civil brasileño (art. 6º, inc. IV) declara “incapaces relativamente a ciertos actos o al modo de ejercerlos, a . . . los selvícolas, los que quedarán sujetos al régimen tutelar establecido en las leyes y reglamentos especiales, que cesará a medida que fueren adaptándose a la civilización del país”. Un decreto de 1936 reglamentó esta disposición.

En Chile una ley del año 1930 estableció la incapacidad relativa para vender sus tierras de los aborígenes que conserven las costumbres, el idioma y los nombres de su raza y que aleguen la posesión de tierras en determinada zona, cesando la incapacidad respecto a los individuos que cumplieran las exigencias mínimas de la ley de instrucción primaria. Este régimen fue abrogado por una ley del año 1940.

En nuestro país, no pesa sobre los indios incapacidad específica alguna ni podría haberla, desde que toda discriminación racial está impedida por el art. 16 de la Const. Nac. Es cierto que subsisten algunas comunidades indígenas, y que a veces sus individuos sobre todo cuando se alejan del lugar de origen, son explotados por razón de su ignorancia, miseria y vicios. La solución de ese problema está en el cumplimiento de la consigna constitucional que manda como programa, no sólo de salvación espiritual, sino también de civilización y cultura, que se promueva la conversión de los indios al catolicismo (conf. art. 67, inc. 15 Const. Nac.). Es asunto de educación en todos los planos humanos.

III. — INCAPACIDAD DE DERECHO: DISTINTOS CASOS

595. DISPERSIÓN DE SUPUESTOS. — Ya se dijo que no era factible suministrar un elenco de incapaces de derecho, porque en verdad no hay quienes puedan ser jurídicamente calificados de esa manera (véase *supra*, nº 571). Hay, sí, supuestos de incapacidad de derecho dispersos a todo lo largo del articulado del Código, que han de ser estudiados con motivo de cada institución en que aparecen, puesto que constituyen un aspecto de la regulación de la institución a que se refieren.

No obstante, a título de ejemplo, enunciaremos algunos de esos supuestos de incapacidad de derecho.

596. A) INCAPACIDAD PARA CONTRATAR. — El art. 1160 menciona algunas de estas incapacidades de derecho a que estamos aludiendo. En lo que nos interesa su texto dice así: *“No pueden contratar . . . los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas, o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, o contrataren por sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordatos con sus acreedores”*.

Nos vamos a referir en particular a cada una de esas menciones.

597. 1) INCAPACIDADES PARA CONTRATAR CON PERSONAS DETERMINADAS. — Es el caso de los esposos que están excluidos de contratar entre sí cuando se trata de contratos que suponen un interés divergente entre las partes (compra-venta, art. 1358; cesión de derechos, art. 1441; permuta, art. 1490) o el desplazamiento de bienes entre ellos, por razón de renunciaciones (art. 1218) o donaciones (art. 1807, inc. 1º). En cambio pueden sí celebrar contratos sin divergencias de intereses como el mandato, el comodato o el depósito.

Igualmente están impedidos para celebrar contratos entre sí los **padres con sus hijos menores y los tutores con sus pupilos** (arts. 279 y 450, inc. 3º).

598. 2) INCAPACIDADES PARA CONTRATAR RESPECTO DE COSAS ESPECIALES. — La prohibición con relación a ciertas cosas, puede provenir de la calidad de la persona o de la calidad de la cosa. Sólo hay incapacidad de derecho cuando la prohibición se establece en razón de la persona: v.gr., la prohibición de comprar el mandatario los bienes del mandante o el albacea los bienes de la testamentaria (conf. art. 1361, incs. 3º y 4º).

En cambio la prohibición de contratar respecto de ciertas cosas, por razón de las cosas, no constituye una incapacidad de derecho, sino simplemente una prohibición de objeto, v.gr., el contrato sobre herencia futura (conf. art. 1175).

599. 3) INCAPACIDADES PARA CELEBRAR DETERMINADOS CONTRATOS. — Observa Segovia que la frase del art. 1160 que alude a la pro-

hibición de contratar establecida en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, es sobreabundante y se superpone sobre las estudiadas en los dos números anteriores. Parecería que cualquier prohibición lo será para contratar con tales personas (incapacidad examinada en el n° 597) o respecto de tales cosas (incapacidad estudiada en el n° 598), de modo que según Segovia, esta previsión estaría de más. Pero aquellas posibilidades no agotan las que pueden darse, por lo que la previsión contempla un supuesto posible diverso de los anteriores: así los sacerdotes que no pueden ser fiadores, en general (artículo 2011, inc. 6°).

600. 4) RELIGIOSOS PROFESOS. — Son religiosos profesos los individuos de uno u otro sexo que han ingresado a una congregación u orden, haciendo votos de obediencia, pobreza y castidad (conf. cánones 488 y 572 y ss.).

Se discute acerca de la naturaleza de la incapacidad impuesta por el art. 1160. Para Segovia y Llerena, que recogen la opinión de Freitas, se trata de una incapacidad de hecho.¹⁸ Para la doctrina dominante, en cambio, se trata de una incapacidad de derecho.¹⁹ Entendemos que es la posición acertada.

La incapacidad de los religiosos profesos se extiende no sólo a los contratos, sino también a la patria potestad (art. 306, inc. 2°), a la tutela (art. 398, inc. 16), a la calidad de testigo en instrumento público (art. 990), a la fianza (art. 2011, inc. 6°) y al ejercicio del comercio (arts. 9°, parte segunda, y 22, inc. 2°, del Cód. de Comercio).

Según previene el art. 1160 esta incapacidad cesa: cuando se trata de compras al contado de cosas muebles, o cuando el profeso obra a nombre de su convento. Es claro que esta última disposición no importa una cesación de su incapacidad de derecho, porque la adquisición de los respectivos derechos en esa hipótesis no se hace a favor del religioso profeso sino a favor de la congregación u orden a la que pertenece.

¹⁸ Segovia L., *op. cit.*, t. I, art. 54, nota 1, p. 24; Llerena B., *op. cit.*, t. I, p. 140, n° 3; Freitas, *Esbozo*, arts. 42, inc. 3, 44, inc. 5° y 132 y ss.

¹⁹ Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 488 y ss., pá. 274 y ss.; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 606, p. 454; Orgaz, A., *op. cit.*, p. 193; Lafaille, H., *Curso de Contratos*, t. I, n° 253, p. 151; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3¹, n° 606, p. 67 y ss.; Salvat R., *op. cit.*, n° 702, p. 321. Cám. Civ. 1°, "L.L.", t. 21, ps. 839 y ss., *id.*, "J.A.", t. 46, p. 183.

Por tanto ha de concluirse que la incapacidad de contratar, sólo cede cuando se trata de la compra al contado de cosas muebles.

601. — La incapacidad de derecho a que nos estamos refiriendo es un rastro de la muerte civil que antiguamente acompañaba a la profesión religiosa.

Se consideraba una manera de coadyuvar en el orden civil a la excelsa finalidad pretendida por el religioso en su vida de perfección.

En la actualidad, salvo el mantenimiento de la prohibición del ejercicio de comercio a quien vista el traje talar (conf. art. 22, inc. 2º, Cód. de Comercio), por el menoscabo que tal actividad traería a la dignidad sacerdotal, no se ha considerado conveniente mantener la incapacidad para contratar establecida en el Código Civil.

Por ello los proyectos de reforma del Código suprimen esa incapacidad salvo la inhabilidad para ser tutor, que se explica por la incompatibilidad de estado (Anteproyecto Bibiloni, art. 320, 2ª redacción; Proyecto de 1936, art. 525, inc. 15; Anteproyecto de 1954, artículo 589, inc. 11). Por la misma razón la profesión religiosa debía poner término a la patria potestad, se trate de la profesión del hijo o del padre (Anteproyecto Bibiloni, art. 801, 2ª redacción; Proyecto de 1936, art. 412, inc. 2º; Anteproyecto de 1954, art. 569, inc. 2º).

602. 5) **COMERCIANTES FALLIDOS.**— Según el art. 1160 *“No pueden contratar . . . los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordatos con sus acreedores”*.

Esta disposición proviene de Freitas, quien incluía a los fallidos entre los incapaces de hecho conjuntamente con los menores adultos, las mujeres casadas y los religiosos profesos (art. 42, del *Esbozo*). Freitas les proveía de representantes en los designados por el Código de Comercio (art. 44) y señalaba el comienzo (art. 132) y la cesación de la incapacidad (art. 133) que era independiente de la rehabilitación del fallido (art. 134).

Entre nosotros la opinión de Freitas sobre la índole de la incapacidad que aparenta imponerle este precepto al fallido, es seguida por Segovia y Llerena.²⁰

²⁰ Segovia L., *op. cit.*, t. I, art. 54, nota 1, p. 24; Llerena B., *op. cit.*, t. I, p. 140; nº 3; Freitas, *Esbozo*, arts. 42, inc. 3, 44, inc. 5º, y 132 y ss.

Para Salvat, en cambio se trata de una incapacidad de derecho.²¹

Pero la opinión dominante (Lafaille. Orgaz, Arauz Castex, Jofré, Parry, Yadarola, y en Francia, Baudry-Lacantinerie y Planiol) ve con razón en esta aparente inhabilidad del fallido para contratar sobre los bienes de la masa, no una "incapacidad" sino un mero efecto del "desapoderamiento" que implica el estado de falencia.²²

Concordando con estas opiniones, anotamos que no se trata de un supuesto de incapacidad, sino de "inoponibilidad" del acto a la masa de acreedores, similar a la que ocurre tratándose de los actos de enajenación sujetos a la acción pauliana o revocatoria (véase *infra*, nº 1845). De modo que los contratos del fallido son válidos aunque no pueden serles opuestos a los acreedores del concurso; pero si éstos son desinteresados, o simplemente si el fallido es rehabilitado, el contrato precedente puede hacerse efectivo, porque era válido, sobre el saldo de los bienes que queden después de satisfechos los acreedores y sobre los nuevos bienes que ingresen al patrimonio del ex fallido, sin que pueda ser atacado por otros interesados. Es claro que si se hubiera tratado de una incapacidad de derecho cualquier interesado ulterior podría impugnar el acto.

603. B) INCAPACIDAD PARA SER TUTORES.—Otras incapacidades de derecho parece mencionar el art. 398 que en una amplia lista indica quiénes no pueden ser tutores. Pero observa Busso, a nuestro juicio con razón, que no hay allí un supuesto de incapacidad de derecho, que lógicamente alude a la realización de actos jurídicos, sino supuestos de idoneidad para el desempeño de una función o cargo. La distinción es importante, pues si se tratara de una incapacidad de derecho lo obrado por el tutor inhábil sería nulo. En cambio, de acuerdo al enfoque expresado, la carencia de idoneidad del sujeto para ser tutor, no obsta a la validez de lo obrado por él, si pese a ello fue designado por el juez para esa función.²³

²¹ Salvat R., *op. cit.*, nº 702, p. 321. Conf. Cám. Civ. 2ª, "J.A.", t. 50, p. 163; *id.*, "J. A.", 1949-IV, p. 114.

²² Lafaille H., *Curso de Contratos*, t. I, nº 254, p. 152; Orgaz A., *op. cit.*, p. 195; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 495, p. 276; Jofré T., su nota en "J. A.", t. 11, p. 367; Parry R., *El concurso civil de acreedores*, Bs. As., 2ª ed., párr. 59; Yadarola M., *El problema dogmático de la falencia*, "Bol. Fac. Derecho", Córdoba, t. 7, ps. 312 y ss. Conf. Cám., Civ. Sala "D", 30 setiembre 1964, "J. A.", 1964-VI, fallo nº 9506.

²³ Busso E., *op. cit.*, t. II, art. 398, núms. 45-46, p. 964.

604. C) INCAPACIDADES PARA CONTRAER MATRIMONIO. — Aun cuando no es corriente denominar incapacidades de derecho a los impedimentos que obstan a la celebración del matrimonio, no parece dudoso que tienen esa naturaleza cuando la prohibición se establece en mira a la calidad de la persona impedida para contraer la unión.

Por consiguiente tienen incapacidad de derecho para contraer matrimonio: a) los parientes en grado prohibido, entre sí (art. 166, incs. 1º, 2º, 3º y 4º, Cód. Civ., según ley 23.515); b) quien está ligado por un matrimonio subsistente (art. 166, inc. 6º); c) quien carece de la edad suficiente (art. 166, inc. 5º); d) el autor voluntario o cómplice de homicidio de uno de los cónyuges, respecto del otro (art. 166, inc. 7º); e) los privados permanente o transitoriamente de razón, por cualquier causa que fuere (art. 166, inc. 8º); f) los sordomudos cuando no sepan manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera (art. 166, inc. 9º); g) los afectados de enfermedades venéreas, en período de contagio (art. 13 "in fine", ley 12.331).

Estas incapacidades dan lugar, cuando no son respetadas, a la nulidad del matrimonio celebrado en contravención de ellas, salvo la última mencionada que conforme a nuestro criterio configura un impedimento impediante y no dirimente.²⁴

Si bien la ley establece, al respecto, que "no podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedades venéreas en período de contagio" (art. 13, ley 12.351), la prohibición se vincula con el certificado médico prenupcial obligatorio para los varones (íd., íd.,) y que la ley 16.668 ha hecho igualmente obligatorio para las mujeres. De tal manera, el oficial público deberá abstenerse de casar a quien resulte enfermo en tales condiciones, según el respectivo certificado. Ahora bien si se omite el requisito del certificado, no por ello el matri-

²⁴ En derecho canónico se distinguen los impedimentos matrimoniales en dirimientes que hacen al matrimonio inválido, e impediendes que lo hacen ilícito. En derecho civil la terminología tiene un sentido algo diverso: el impedimento dirimente es causa de nulidad, en tanto que el impedimento impediante no invalida el matrimonio, pero quien lo contrae conociendo el impedimento es pasible de una sanción, v. gr., la viuda que contrae nupcias antes de los 10 meses de disuelto el matrimonio anterior perderá los legados hechos por el difunto a su favor (conf. arts. 93 y 94, ley 2393). Este es un caso de impedimento impediante.

monio es nulo porque el elemento faltante es accidental,²⁶ y la ley ha establecido la sanción de la multa que se impone en ese supuesto al oficial público (conf. art. 16, ley 12.331). Por tanto el matrimonio celebrado en tales condiciones es válido por estar encuadrado en el art. 18, última parte, del Código Civil.

Si llegamos a esa conclusión cuando el matrimonio se ha celebrado sin la exigencia del certificado prenupcial, idéntica solución cuadra seguir si el certificado es falso o ha sido adulterado, pues tal falla no puede provocar en el acto matrimonial una sanción mayor que la que corresponde a la ausencia total del certificado, sin perjuicio de la sanción que pueda imponerse en uno u otro caso a los autores y partícipes del delito de contagio venéreo.²⁶

604 bis. SUPRESIÓN DEL IMPEDIMENTO MATRIMONIAL DE LEPROA. — La ley 17.711 ha eliminado la incapacidad de los leprosos para contraer matrimonio que establecía el art. 17 de la ley 11.359. Es una reforma digna de encomio.^{26 bis}

605. IMPEDIDOS DE HECHO. — A veces el sujeto presenta cierto defecto físico que no es factor determinante de incapacidad de derecho del mismo, sino simplemente impedimento de hecho que obsta a la celebración de ciertos actos, que suponen por su naturaleza la calidad faltante. Se dan así supuestos, no de incapacidad de derecho, sino de imposibilidad de hecho, como en los siguientes casos: el analfabeto no puede otorgar instrumento privado, propiamente dicho, de acuerdo al art. 1012 del Código Civ. (véase *infra*, n° 1588), ni testamento cerrado (conf. art. 3665) u ológrafo (arg. art. 3639); el sordo no puede testar por acto público puesto que no puede oír la lectura

²⁶ Conf. Busso E., *op. cit.*, t. II, art. 9, Ley M. Civil, n° 96 esp., nota 1, p. 51; Díaz de Guijarro E., en su nota en "J. A.", t. 56, p. 70; Sup. Corte Tucumán, "J. A.", 1944-II, p. 324.

²⁶ La doctrina no ha relacionado el impedimento con el certificado prenupcial, y ha concluido que aquél funciona automáticamente, de manera de provocar la nulidad del matrimonio celebrado en contravención: Borda G. A., *Familia*, t. I, n° 82, p. 84; Díaz de Guijarro E., *El impedimento matrimonial de enfermedad*, Bs. As., 1944, n° 139; Frías J., *El matrimonio, sus impedimentos y nulidades*, Córdoba, 1941, p. 178; Busso E., *op. cit.*, t. II, art. 9°, Ley M. Civil, n° 104. Nosotros pensamos que esta opinión no interpreta adecuadamente la situación y es tanto más inconveniente, cuanto que los progresos médicos han acrecentado notablemente las posibilidades de curación de las enfermedades venéreas. En sentido divergente con los autores citados, entiende Spota que no es inválido el matrimonio celebrado por enfermos en estado contagioso (véase su *Tratado de Derecho Civil*, vol. 11, n° 34, ps. 212 y ss.).

^{26 bis} Nos hemos referido a esta reforma en nuestra obra *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, p. 350 y ss. adonde remitimos al lector. Comp

que es una formalidad indispensable (conf. arts. 3651 y 3658); el ciego no puede ser testigo en instrumento público (art. 990) ni ser tutor (art. 398, inc. 2º); el mudo tampoco puede ser tutor (id.); el impotente no puede celebrar matrimonio válido (art. 220, inc. 3º, Cód. Civ., ley 23.515).²⁷

§ 3. Protección legal de los incapaces. Sistemas: representación, asistancia. El Ministerio Pupilar. El Patronato.

I.—PROTECCIÓN LEGAL DE LOS INCAPACES

606. ORGANIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN LEGAL. — La incapacidad de hecho es instituida por la ley para proteger a las personas que se ven afectadas por ella.

Pero la institución de la incapacidad no agota la protección brindada a tales personas sino que para que resulte efectiva es completada por otras medidas legales, a saber: 1) la nulidad de los actos obrados en transgresión de la incapacidad establecida; 2) la institución de una representación adecuada, a fin de suplir la incapacidad e igualar al sujeto con los demás, capaces; 3) la intervención de un organismo especial dedicado a la protección de los incapaces, el Ministerio de Menores; 4) en ciertos casos el ejercicio del Patronato de Menores, a cargo especialmente de los jueces.

Como medios complementarios del amparo legal pueden mencionarse la suspensión de la prescripción a favor de los incapaces no representados, y la apropiación por éstos de los bienes consumidos y que por tal motivo no pudieran restituir luego de la declaración de la nulidad del acto en virtud del cual hubiesen obtenido tales bienes.

No obstante la amplitud de la protección legal, ella ha dejado de lado otros modos por los cuales se amparaba a los incapaces, anteriormente, tales como el beneficio de "restitución «in integrum»" y las hipotecas legales a su favor sobre los bienes de sus representantes.

Vidal Taquini C. H., *Derogación del impedimento de enfermedad por lepra*, en "L. L.", t. 131, p. 1523; Lagomarsino C. A. R., *El matrimonio en la reciente reforma del Código Civil*, en "L. L.", t. 131, p. 1215.

²⁷ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 197.

Tal el cuadro general de la protección dispensada por la ley á favor de los incapaces. Pasaremos al estudio pormenorizado de los medios de protección indicados.

II. — SISTEMAS DE PROTECCIÓN. REPRESENTACIÓN, ASISTENCIA

607. NOCIÓN. — A fin de remediar la incapacidad de hecho de las personas y por exigencia del principio de igualdad ante la ley de todas ellas, es menester escogitar algún resorte por el cual quede suplida esa incapacidad. En derecho se conocen dos modos principales, mediante los cuales se provee a ese remedio: 1) la representación, y 2) la asistencia.

608. I) REPRESENTACIÓN. — La representación tiene lugar cuando se designa una persona para que sustituya al incapaz en el ejercicio de los derechos de éste, y realice los actos para los cuales el titular está legalmente impedido.

El representante actúa por su sola iniciativa y sin concurso de la voluntad del incapaz, quien bajo este sistema queda en la más completa pasividad, siendo reemplazado por aquél en el manejo de sus intereses.

609. CARACTERES DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS INCAPACES. — La representación de los incapaces presenta los siguientes caracteres:

1) Es *legal*, porque proviene de la ley (conf. arts. 56 y 58) y no de la voluntad del incapaz. Las representaciones se distinguen en legales y voluntarias, siendo las primeras las originadas en la determinación de la ley y las segundas en la elección del representado, v.gr., la que ostenta el mandatario (conf. art. 1869).

2) Es *necesaria*, porque no puede prescindirse de ella. Lógicamente en el sistema de la representación, su institución constituye la clave del mismo y es inherente a él. El carácter necesario del representante legal de los incapaces, está consignado expresamente por el Código en el art. 56.

3) *Es dual y conjunta*, en nuestro derecho. Esto significa que está conferida a dos representantes, en cada caso, que son el representante legal individual —padre, tutor, curador— y el representante promiscuo, que lo es indiscriminadamente de todos los incapaces: el Ministerio de Menores. La representación es conjunta, en cuanto se inviste no indistinta y separadamente por ambos representantes, sino conjuntamente por ellos. Pero como luego aclararemos (véase *infra*, nº 621) la situación no es de paridad entre ambos representantes.

4) *Es controlada*, en cuanto está sujeta a la aprobación judicial, ya cuando se trata de actos que son inválidos sin ella, ya cuando se trata de la finalización de la gestión del representante.

610. II) SISTEMA DE ASISTENCIA. — Por este sistema el incapaz no es sustituido por otro en el ejercicio de sus derechos, sino llamado conjuntamente con otro al desempeño de ese ejercicio. Mientras que la representación prescinde de la voluntad del sujeto representado, la asistencia da lugar a una actividad compleja cuyo elemento voluntario está integrado por la voluntad del titular de los derechos ejercidos, completada por la voluntad de la persona que desempeña la función de contralor.

La idea de la asistencia ya aparece en Roma con la “*tutoris auctoritas*” y con la “*cura minorum*”. En el derecho moderno ha tenido un amplio desarrollo por ser especialmente apropiada tratándose de incapaces dotados de discernimiento. El Código francés contiene varias aplicaciones del sistema de la asistencia: así el consejo legal en conjunción con los enfermos mentales menos graves (art. 499) y con los pródigos (arts. 513 y 514); el curador en conjunción con el menor emancipado. También se usa la noción de la asistencia respecto no de los incapaces, sino de los representantes de éstos, como ocurre en Francia con el consejo de familia respecto del tutor.

Entre nosotros se remedia la incapacidad de hecho, por la vía de la asistencia en los supuestos de inhabilitación creados por la ley 17.711 (véase *supra*, nº 580 bis); cuando el menor emancipado precisa para obrar la venia judicial (conf. art. 135); en los casos en que el menor adulto puede obrar por sí con la conformidad paterna (artículo 275); etc.

En el sistema de la asistencia, cuando quien ejerce la función de contralor se niega a dar su anuencia al incapaz, siempre puede éste acudir a la vía judicial para obtener la venia supletoria del juez, v.gr., el

menor que desea contraer matrimonio o enrolarse en el ejército (conf. art. 10, ley de M. Civil y arts. 275 y 282, respectivamente).

611. UTILIZACIÓN CONJUNTA DE AMBOS SISTEMAS. — Es frecuente el funcionamiento conjunto de ambos sistemas —representación y asistencia—, en el remedio de la incapacidad de hecho.

Por lo pronto tal es lo que ocurre, como hemos de ver *infra*, n° 621, respecto de la intervención del Ministerio de Menores cuya función principal es de asistencia del representante individual del incapaz. Sólo cuando éste es omiso en el ejercicio de su función representativa, puede el Ministerio Pupilar actuar supletoriamente en ese mismo carácter de representante para impedir la frustración de un derecho, v. gr., interponiendo un recurso de apelación o interrumpiendo una prescripción, etc.

Pero además, hay conjunción de representación y asistencia, en todos los variados supuestos de actuación de los representantes con previa autorización judicial (arts. 297, 298 y 443), pues entonces la asistencia es desempeñada por el juez.

III. — FUNCIONAMIENTO DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL

612. QUIÉNES INVISTEN LA REPRESENTACIÓN INDIVIDUAL. — La representación necesaria de los incapaces prevista en el art. 56 del Código, queda instituida para cada categoría de ellos, según lo dispuesto por el nuevo art. 57 en la siguiente forma: "*Son representantes de los incapaces:*

"1º) *De las personas por nacer, sus padres y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre;*

"2º) *De los menores no emancipados, sus padres o tutores;*

"3º) *De los dementes o sordomudos, los curadores que se les nombre*".

613. OBSERVACIONES. — El nuevo art. 57 transcrito da lugar a varias observaciones.

Por lo pronto, en cuanto a las *personas por nacer* su representación incumbe, en primer término, al padre; si éste falta, por desconocimiento, ausencia o muerte, o si es incapaz, la representación compete a la madre; en tercer lugar, por incapacidad de la madre —que no puede faltar— la representación pasa a los curadores que se les nombre.

En cuanto a los *menores*, ellos son representados en primer término por los padres y en defecto o por incapacidad de éstos, por los tutores, como resulta del orden que ha dado a la enunciación la ley 17.711.

En cuanto a los *dementes o sordomudos*, el precepto ha subsanado un principio erróneo. Según el texto primitivo parecía que siempre su representación correspondiese a los padres y sólo por falta o incapacidad de éstos a los respectivos curadores, y sin embargo no era así. Pues si los dementes o sordomudos habían cumplido 14 años y por tanto habían pasado a la categoría de menores adultos, ya era necesario someterlos a la curatela que se proveía a favor del “padre o la madre” (conf. art. 478, texto según la ley 23.264). Ni aun cuando los dementes o sordomudos continuaran todavía siendo menores impúberes era cierto lo que decía el artículo en el sentido de que sus representantes eran sus padres, ya que en cuanto menores impúberes no podían ser declarados dementes o sordomudos, pues sabido es que no procede acumular una nueva incapacidad absoluta sobre un incapaz absoluto (conf. arts. 145 y 157). Ello ha sido arreglado por la ley 17.711 que ha puesto las cosas en el lugar adecuado.

En cuanto a los *ausentes declarados tales en juicio*, a que aludía el texto primitivo, cuando el cuidado de los bienes de ellos lo exigiere, será menester solicitar la designación de un curador a sus bienes, en los términos de los arts. 15 y ss. de la ley 14.394. Lo que significa que nunca la representación de tales incapaces corresponderá a los padres en cuanto tales, sino a los curadores que les nombre el juez según el criterio expresado en el art. 19 de la mencionada ley.

Finalmente, la ley 17.711 ha eliminado de la lista de representantes, al marido que ha dejado de serlo con respecto a su mujer, no sólo porque ésta ya no es incapaz (nuevo art. 1º, ley 11.357), sino porque se le prohíbe a aquél actuar como mandatario de su cónyuge (nuevo art. 1276), sin mandato.

614. SUSTITUCIÓN EVENTUAL DE LOS REPRESENTANTES LEGALES.
—Según el art. 61 del Código, “cuando los intereses de los incapaces en cualquier acto judicial o extra-judicial, 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”.

Es una obligación del representante que se encuentra en conflicto de intereses con su representado hacer la denuncia de la situación para que se provea a éste del tutor o curador especial correspondiente. Si omitiendo esa obligación el representante continuara en el ejercicio de su función, los actos que cumpliera estarían viciados de nulidad.²⁸

El tutor o curador especial sólo puede intervenir en el negocio o gestión para la que ha sido designado, debiendo interpretarse las facultades conferidas en forma restrictiva.²⁹ Por tanto la designación de tutor especial no afecta la patria potestad que ejercen los padres en los demás asuntos.³⁰

La denominación de tutor especial se reserva para el representante de un menor de edad (conf. art. 397, Cód. Civ.). Con relación a los demás incapaces, sus representantes se llaman curadores.

615. EXTENSIÓN DE LA REPRESENTACIÓN. — En principio la representación de los incapaces se extiende a todos los actos no exceptuados de la incapacidad. Así resulta del art. 62, que dice: *“La representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil que no fueren exceptuados en este Código”*.

En consecuencia quedan al margen de tal representación, los actos para los cuales los incapaces, no obstante su condición general de tales, estuviesen especialmente facultados, y que por ello mismo le estaría restada su realización a los representantes, por ser inconcebible que el legislador haya atribuido la válida realización de un mismo acto jurídico a dos personas diferentes.

616. ACTOS PERSONALÍSIMOS. — Independientemente de la excepción a que se ha aludido en el n° 615 —actos facultados— quedan igualmente exceptuados de la representación genérica que invisten los representantes, los llamados *actos personalísimos* que son aquellos que por su naturaleza sólo están librados a la discrecional voluntad del autor del

²⁸ Cám. Civ. 2ª, “J. A.”, t. 20, p. 790.

²⁹ Cám. Civ. 1ª, “J. A.”, t. 47, p. 832; Cám. Civ. 2ª, “J. A.”, t. 34, p. 186; Cám. Ap. Rosario, “J. A.”, t. 38, p. 552.

³⁰ Cám. Civ. 2ª, “J. A.”, t. 34, p. 186.

acto, de manera que se entienden ajenos al cometido de aquellos representantes.⁸¹

Actos de esta índole son: el matrimonio, el reconocimiento de filiación, el testamento, la acción de divorcio, la revocación de donación por ingratitud del donatario, etc.

Por consiguiente si los incapaces resultaran también serlo para esa clase de actos, v.gr., el reconocimiento de una filiación antes de los 14 años (conf. art. 286) o el otorgamiento de testamento antes de los 18 años (art. 3614) dichos actos no podrían ser celebrados por nadie: ni por el incapaz en razón de serlo para ese acto —los actos personalísimos, por lo general, tienen un régimen peculiar de capacidad—, ni por el representante legal por no extenderse la representación a esa clase de actos.

617. REPRESENTACIÓN PROMISCUA. — Además de la representación individual con que el Código ha provisto a los incapaces, les ha instituido a éstos una representación colectiva o promiscua, a cargo de un organismo creado especialmente para atender al cuidado de los intereses de aquéllos.

Tal representación promiscua está instituida por el art. 59, que dice así: *“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”*.

De esta representación que cubre, en cuanto a la calidad de los actos a celebrarse, todos los encomendados al representante legal individual, trataremos en el apartado siguiente.

⁸¹ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 474, p. 373.

IV.— EL MINISTERIO DE MENORES *

618. NOCIÓN.— El Ministerio de Menores es el organismo estatal de protección de los incapaces, que suple en nuestro país a otras instituciones extranjeras, como el consejo de familia o el consejo legal de la legislación francesa.

619. ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN.— El Ministerio de Menores es una institución peculiar del país, originada en una ordenanza del año 1814 dictada por el Director Supremo Gervasio Posadas, que creaba el cargo de Defensor General de Menores, para cuidar de huérfanos y pupilos. Las atribuciones del organismo fueron ampliadas por un decreto de Rivadavia, de 1821, y por otro decreto del Gobernador Viamonte, en 1829, hasta su reglamentación más o menos definitiva acogida por Vélez Sársfield en los arts. 59 y 491 del Código Civil independientemente de muchas otras disposiciones que aluden a la intervención incidental del Ministerio Pupilar.

620. CARÁCTER DE LA INSTITUCIÓN.— Prevista la existencia del Ministerio de Menores por el Código Civil que es ley en todo el territorio nacional, la institución del Ministerio de Menores constituye un rodaje indispensable de la aplicación del Código Civil. Pero correspondiendo la aplicación de este código a las autoridades provinciales (conf. art. 67, inc. 11, Cons. Nac.) éstas debían proveer a la organización administrativa de la institución y costear su mantenimiento en la respectiva jurisdicción

Por consiguiente dos son los aspectos a considerar, con relación al Ministerio de Menores: uno se refiere al contenido de la función que le incumbe en la protección de los incapaces —necesidad de su intervención, alcance de la misma, naturaleza de su función, sanción por omisión de su intervención— y es asunto propio del derecho civil, que en seguida consideraremos. Otro aspecto tiene sentido procesal y se refiere a la organización de la institución en cada jurisdicción local y a los modos en que se ha previsto su actuación: esto es asunto ajeno al derecho civil, por lo que remitimos para su examen a las leyes de organización de los tribunales y a su respectivo comentario.

* BIBLIOGRAFÍA: Ayarragaray C. A., *El Ministerio Público*, Bs. As., 1938; Araya J. L., *La función del Ministerio Pupilar*, "Rev. Col. Abogados", Rosario, t. 9, ps. 37 y ss.; Alsina H., *Tratado de Derecho Procesal*, t. I, ps. 514 y ss.; Garriga R., *El Ministerio Público*, Bs. As.

621. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL MINISTERIO DE MENORES. — El Código Civil parece definir las funciones del Ministerio de Menores como de carácter *representativo*. Así dice el art. 59 ya transcrito, que “los incapaces son promiscuamente representados” por ese organismo. Pero si de la simple enunciación general se pasa a los detalles que precisan el carácter de su intervención —véanse los arts. 491 y ss.— se advierte que aquellas funciones más que representativas son de *asistencia y contralor*, sin perjuicio de asumir también carácter representativo para suplir —por tanto subsidiariamente— la omisa actuación de los representantes legales individuales, como lo expresa el art. 493, cláusula 3ª: “El Ministerio de Menores... puede deducir las acciones que corresponden a los tutores o curadores, cuando éstos no lo hiciesen”.³²

622. ENUNCIACIÓN DE FUNCIONES. — Lo expuesto precedentemente surge del análisis de las funciones encomendadas por el Código Civil al Ministerio de Menores.

623. — Revisten el carácter de funciones de *asistencia y vigilancia* de los representantes legales de los incapaces, las siguientes:

a) “*Debe pedir el nombramiento de tutores o curadores de los menores o incapaces que no lo tengan*” (art. 491, frase 1ª). Es decir que ni aún en ausencia de tales representantes individuales, procede a asumir las funciones típicamente representativas de éstos, limitándose a velar para que se les instituya la representación faltante.

b) “*El nombramiento de los tutores y curadores, como el discernimiento de la tutela y curatela, debe hacerse con conocimiento del defensor de menores quien podrá deducir la oposición que encuentre justa, por no convenir los tutores o curadores al gobierno de la persona y bienes de los menores o incapaces*” (art. 492). Se trata de una nítida función de asistencia y vigilancia en el proceso de designación de los representantes legales cuando ello es de atribución judicial.

c) “*El Ministerio de Menores debe intervenir en todo acto o pleito sobre la tutela o curatela, o sobre el cumplimiento de las obli-*

³² Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 204, nº 21; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 467, p. 367; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 59, nº 35, p. 433.

gaciones de los tutores o curadores" (art. 493, cláusula 1^ª). Igualmente es ésta una función de vigilancia de los representantes individuales.

d) *"Debe también intervenir en los inventarios de los bienes de los menores e incapaces, y en las enajenaciones o contratos que conviene hacer"* (art. 493, cláusula 2^ª). Típica función de asistencia: el Ministerio de Menores no asume la iniciativa que se sobreentiende corresponde al representante individual, pero concurre necesariamente con su intervención a esos actos.³³

e) *"Puede pedir la remoción de los tutores o curadores por su mala administración, y ejecutar todos los actos que correspondan al cuidado que le encarga la ley, de velar en el gobierno que los tutores y curadores ejerzan sobre la persona y bienes de los menores e incapaces"* (art. 493, cláusula final). Aquí se ve con toda claridad que la función específica del Ministerio de Menores no es de representación sino de vigilancia de los representantes, pues aclara que el gobierno de las personas y bienes de los incapaces compete a esos representantes, pero el Ministerio tiene una superintendencia o cuidado sobre el desempeño de ellos, debiendo "velar" al respecto.

f) En fin, sintetizando todo lo concerniente a la actuación del Ministerio de Menores dice el art. 59 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. . ."* Se trata de una previsión amplia que determina la necesidad de intervención del Ministerio de Menores, en todo asunto, en el que debe concurrir con su opinión y para controlar la actuación de quienes tienen el manejo de las cosas de los incapaces. No hay pues, se ha dicho, procuración o delegación, sino asistencia y control.³⁴

624. — Pero excepcionalmente, y siempre por razones de urgencia, ante la ausencia de representantes individuales o por omisión de éstos, puede asumir el Ministerio de Menores la *representación directa* de los incapaces.

Ello ocurre en los siguientes supuestos:

a) *"Aun antes de ser éstos (los tutores o curadores) nombrados puede pedir también si fuese necesario, que se aseguren sus bienes, y se pongan los menores o incapaces en una casa decente"* (art. 491, frase 2^ª). Se trata de una autorización estrictamente excepcional —si

³³ Cám. 1^ª La Plata, "J. A.", t. 18, p. 367.

³⁴ Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 59, n^º 35, p. 433.

fuese necesario—, limitada a la seguridad de los bienes y de las personas: casi una función de policía.

b) *“Puede deducir las acciones que correspondan a los tutores o curadores, cuando éstos no lo hiciesen”*. Para prevenir el daño del incapaz y ante la incuria del representante individual, el Ministerio de Menores puede promover las acciones judiciales, según entendemos, que pudieran perjudicarse por una dilación, pues si hay tiempo para ello debe comenzarse por la remoción de los representantes ineptos o indolentes. Por otra parte si la deducción de la acción puede postergarse sin perjuicio de los intereses del incapaz, debe hacerse así, para que el representante a quien compete el gobierno de la persona y bienes del incapaz sea quien decida la oportunidad y conveniencia de la iniciación del juicio. Entre las acciones que típicamente no admiten demora, están las destinadas a interrumpir una prescripción.

c) *Puede denunciar la existencia de una persona por nacer* (conf. art. 66, inc. 3º), lo que significa asumir el carácter de parte en el proceso a nombre del incapaz, hasta tanto se provea a éste de representante.

d) Puede pedir la declaración de demencia (art. 144, inc. 3º) actuación que tiene un alcance análogo al señalado en el punto anterior. En este sentido se ha decidido que el Ministerio de Menores puede hacer tal solicitud cuando por cualquier medio llegue a su conocimiento que un alienado necesita su auxilio³⁵ como también que puede hacer suya una denuncia desistida o efectuada por quien no tenía facultades para ello.³⁶

e) Puede pedir al padre alimentos para el hijo (art. 272).

f) También se ha entendido que supliendo la acción de los representantes del incapaz podría oponerse al matrimonio que éste intentase mediando algún impedimento (conf. art. 21, inc. 4º, ley M. Civil) o deducir la nulidad del matrimonio ya celebrado, en los casos y bajo las condiciones establecidas en el art. 84 de la misma ley.³⁷

625-626. DISCUSIÓN SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO DE MENORES RESPECTO DE HIJOS BAJO PATRIA POTESTAD. — Se ha controvertido si cuando se trata de los bienes y la persona de los hijos sujetos a la patria potestad, ha de intervenir el Ministerio de Menores como

³⁵ Cám. Civ., 1ª, “J. A.”, t. 48, p. 839.

³⁶ Cám. Civ. 1ª, “J.A.”, t. 37, p. 975. Comp. Cám. 1ª La Plata, “L. L.”, t. 12, p. 1016.

³⁷ Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 59, nº 132, p. 443.

en los supuestos corrientes de incapaces o si cabe entender que allí cesa la representación promiscua del organismo

Al respecto se han emitido dos opiniones:

a) Para una tendencia, representada por Machado, Segovia, Lafaille, Orgaz, Borda y Arauz Castex, procede también en este caso la intervención del Ministerio de Menores. Esta posición se sustenta, en la ausencia de razón suficiente para distinguir esta situación de las demás, y en la acentuación de la vigilancia de los representantes de incapaces, que se advierte en la evolución legislativa, por parte del Estado.³⁸⁻³⁹ También se agrega que la experiencia demuestra los daños irreparables que pueden sufrir los hijos por el ejercicio incontrolado de los poderes paternos.⁴⁰

b) Para otra opinión, mantenida por Llerena, Salvat, Hugo Alsina y R. L. Fernández, hay elementos de convicción en el mismo Código que llevan a excluir la intervención del Ministerio de Menores, en esta hipótesis: 1º) la correlación de los arts. 57 y 59 que obliga a entender a éste en función de aquél, que no mencionaba a los padres en el inc. 2º; 2º) la opinión del senador Paz que se opuso, con motivo de la discusión de la ley de fe de erratas, al agregado de los padres en el mentado inc. 2º del art. 57 para así eludir la intervención del Ministerio de Menores a su respecto; 3º) siguiéndose este mismo orden de ideas, se explica la omisión de los padres en el art. 60 —que sólo contempla al marido como exceptuado— por la confusión que habría originado esa mención en los casos de actos de los padres sujetos a la autorización judicial, respecto de los cuales se habría podido pensar en razón de una inclusión de ellos en el art. 60 que estaban en esa hipótesis exentos del contralor del Ministerio de Menores.⁴¹

c) Por nuestra parte pensamos que las razones manifestadas precedentemente no son decisivas, y que ante los términos tan categóricos del art. 59 del Código Civil no es posible eludir una intervención que está mandada para todo asunto judicial o extrajudicial, etc. Con todo, consideramos

^{38,39} Machado J. O., *op. cit.*, t. I, coment. art. 59; Segovia L., *op. cit.*, t. I, art. nota 5, p. 26; Lafaille H., *Familia*, nº 606, p. 433; Orgaz A., *op. cit.*, p. 203, texto y nota 59; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 473, p. 371; Arauz Castex M., *op. cit.*, nº 519, p. 290.

⁴⁰ Borda G. A., *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴¹ Llerena B., *op. cit.*, t. I, p. 145, nº 3; Salvat R., *op. cit.*, nº 715, ps. 328-329; Alsina H., *Tratado de Derecho Procesal*, t. I, p. 529; Fernández R. L., su nota en "J. A.", t. 63, p. 446; Galli E., su nota en "Revista Notarial de La Plata", año XXIII, nº 274, p. 5084.

que cuando se trata de un acto que el padre ejerce, no como representante del hijo, sino en virtud de poderes propios, v. gr., cuando se trata del empleo de rentas que integran el usufructo que le corresponde sobre los bienes del hijo no procede la intervención del Ministerio de Menores. Con esta aclaración adherimos a la opinión doctrinaria dominante.⁴²

d) La *jurisprudencia* parece inclinarse a la posición señalada con la letra b) habiendo generalmente resuelto que los menores bajo patria potestad no se encuentran sometidos a la representación promiscua del Ministerio de Menores, salvo cuando los poderes de los padres se encontraren limitados y sometidos al contralor judicial.⁴³ Algunos otros fallos han acompañado la postura de la doctrina dominante.⁴⁴

627. CRITERIO DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO DE MENORES. — En los supuestos de intervención del Ministerio de Menores los funcionarios que lo representan no deben necesariamente plegarse a la postura más favorable a los intereses patrimoniales del incapaz sino dictaminar conforme a derecho aun en contra de las pretensiones sustentadas por el representante individual del incapaz. En un valioso dictamen, el entonces Asesor de Menores doctor Tomás D. Casares, desarrolló convincentemente ese punto de vista, sosteniendo que cómo el fin no justifica los medios, nunca podía sobreponerse un interés pecuniario a los dictados de la justicia, que manda dar a cada uno lo suyo, aunque esto se cumpliera menoscabando el beneficio patrimonial, no legítimo por contrario a la justicia, del incapaz.⁴⁵

Por consideraciones análogas a las expuestas, se ha considerado

⁴² Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 519, p. 291.

⁴³ Cám. Civ. 2°, "L. L.", t. 5, p. 756; *id.*, "J. A.", t. 33, p. 1110; Sup. Santiago del Estero, "J. A.", 1955-III, p. 168; Cám. Ap. Bahía Blanca, "J. A.", 1955-I, p. 87; Cám. Fed. Bahía Blanca, "J. A.", 1942-IV, p. 209; Sup. Corte Bs. As., "J. A.", t. 35, p. 761; Cám. 1° La Plata, "J. A.", t. 70, p. 121; Cám. 2° La Plata, "J. A.", 1946-I, p. 130; Cám. Ap. San Nicolás, "J. A.", t. 33, p. 968; Cám. Ap. Rosario, "L. L.", t. 35, p. 28; S. C. Mendoza, "J. A.", t. 46, p. 796; Cám. 2° Mendoza, "J. A.", 1950-IV, sec. doctr., p. 6.

⁴⁴ Cám. Civ. en pleno si bien incidentalmente, "J. A.", t. 43, p. 1141; Cám. Civ. 1°, "J. A.", 1942-I, p. 899; Cám. Nac. Bahía Blanca, "L. L.", t. 69, p. 107; Sup. Corte Bs. As., "L. L.", t. 47, p. 752; Cám. Civ. Sala B, "L. L.", t. 93, p. 404; *id.*, Sala "E", "L. L.", t. 98, p. 653; "J. A.", 1960-II, p. 193.

⁴⁵ Dictamen del doctor T. D. Casares en "J. A.", t. 44, p. 640. Conf. Sala "D", "L. L.", t. 66, p. 643; Cám. Civ. 1°, "J. A.", t. 44, p. 640; *id.*, *id.*, t. 42, p. 111; Cám. Civ. 2°, "Gac. del Foro", t. 123, p. 332.

que no es necesaria la intervención de dos asesores de menores cuando existen dos incapaces con interés contrapuesto entre sí.⁴⁶

628. OMISIÓN DE LA INTERVENCIÓN PERTINENTE DEL MINISTERIO DE MENORES. — La omisión de la intervención del Ministerio de Menores es sancionada con la nulidad de lo obrado bajo esa forma.⁴⁷

Así lo impone taxativamente el art. 59 "in fine" del Código al prescribir la intervención del Ministerio de Menores "*so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación*", y lo reitera el art. 494 en términos igualmente tajantes: "*Son nulos todos los actos y contratos en que se interesen las personas o bienes de los menores e incapaces, si en ellos no hubiese intervenido el Ministerio de Menores*".

En cuanto al carácter de la nulidad aunque no sin discrepancias⁴⁸ la doctrina y la jurisprudencia entienden, con razón, que se trata de una nulidad relativa,⁴⁹ por lo que el Asesor de Menores puede confirmar expresa o tácitamente lo actuado sin su intervención,⁵⁰ como también el propio incapaz luego de cesada la incapacidad.⁵¹ Más aún: si el Asesor de Menores pide la nulidad, no es forzoso que la declare el Juez, pues aquél no es el árbitro de la decisión, cuando el representante legal por su parte insiste en la confirmación del acto. Pero si al pedido de nulidad del Asesor de Menores, se pliega el representante individual del incapaz, ya no podrá dejar el juez de de-

⁴⁶ Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 6, p. 639; Cám. Ap. Rosario, "J. T. Santa Fe", t. 10, p. 359.

⁴⁷ No hay discrepancias al respecto, en doctrina.

⁴⁸ Minoritariamente piensa Machado que la nulidad por omisión de la intervención del Ministerio de Menores, es absoluta (t. I, p. 123). Conf. Cám. Fed. Paraná, "Jur. Trib. Nac.", p. 1737; Cám. Fed. La Plata, "L. L.", t. 36, p. 377; Cám. Paz Capial, "J. A.", t. 58, p. 962.

⁴⁹ Orgas A., *op. cit.*, p. 205; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 469, p. 369; Llerena B., *op. cit.*, t. II, ps. 369 y ss., n° 4; Alsina, *Tr. Der. Processal*, t. I, p. 520, ap. f); Fernández R. L., su nota en "J. A.", t. 63, p. 446. Conf. Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 33, p. 181; Cám. Ap. Rosario, "J. A.", t. 11, p. 420; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 41, p. 323; Sup. Trib. Santa Fe, en pleno, "L. L.", t. 17, p. 833.

⁵⁰ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 70, p. 849; Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 57, p. 774; Cám. Nac. La Plata, "L. L.", t. 77, p. 235; Sup. Corte Bs. As., "L. L.", t. 20, p. 43.

⁵¹ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 39, p. 111; Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 36, p. 264; Cám. Com. "J. A.", 1942-I, p. 396.

clarar la nulidad, aunque subjetivamente piense que lo obrado no perjudica al incapaz. Ello es así por tratarse de una nulidad propiamente dicha —“acto nulo”— cuya invalidez es independiente del pronunciamiento judicial (véase *infra*, n.º 1965) y que no puede dejar de ser declarada puesto que las personas a quienes está confiado el gobierno de la persona y bienes del incapaz y velar por el cuidado de éste concuerdan en pedir la nulidad.⁵²

Por tratarse de una nulidad relativa, la nulidad a que nos estamos refiriendo no puede ser declarada de oficio por el juez.⁵³

V. — EL PATRONATO

629. NOCIÓN. — El patronato es la denominación que recibe el régimen por el cual el Estado provee directamente a la protección de los menores disponiendo de ellos, en sustitución de los padres, cuando ocurre la pérdida o suspensión de la patria potestad o pérdida de su ejercicio (arts. 307 a 310 del Cód. Civil reformado por la ley 23.264).^{53 bis}

630. FINALIDAD. — El Patronato se ejercerá atendiendo a la salud, seguridad, educación moral e intelectual del menor proveyendo a su tutela sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 390 y 391 del Código Civil (art. 3.º “in fine” del decreto-ley 5286/57).

631. FUNCIONARIOS QUE LO EJERCEN. — El Patronato del Estado Nacional o Provincial se ejercerá por medio de los jueces nacionales o provinciales en concurrencia con la Dirección General de la Minoridad y la Familia y del Ministerio Público de Menores en jurisdicción nacional y de este último en jurisdicción provincial o de ambos, en las provincias que se acojan a los beneficios de ese decreto-ley (art. 3.º del decreto-ley 5286/57).

La ley 15.244 creó el Consejo Nacional de Protección de Menores “que tiene a su cargo las funciones que incumben al Estado en orden a la protección de la minoridad, con arreglo a lo que dispone la pre-

⁵² En desacuerdo con esta opinión: Orgaz A., *op. cit.*, p. 206.

⁵³ Contra Orgaz A., *op. cit.*, p. 206.

^{53 bis} Se ha decidido que los menores emancipados están al margen de la ley 10.903 (Cám. Crim. y Corr. en pleno, “L. L.”, t. 106, p. 969) lo que en el orden civil es indiscutible.

sente ley y sin perjuicio de las facultades que en la materia corresponden al Poder Judicial" (art. 1º).

Ese Consejo, según la misma ley, "reemplazará y continuará las funciones del Consejo Nacional del Menor" (art. 21).

A su vez la ley 18.120 sustituyó en la ley 15.244 los términos "Consejo Nacional de Protección de Menores" por "Servicio Nacional de la Minoridad". Pero este organismo siguió cambiando de nombre, pues ahora se llama "Dirección General de la Minoridad y la Familia", según el decreto 3687/69.

Los detalles de este sistema supletorio de la patria potestad son estudiados en el Derecho de Familia.

VI. — ELIMINACIÓN DE PRIVILEGIOS EN FAVOR DE LOS INCAPACES

632. PRINCIPIO LEGAL. — En el sistema de protección de los incapaces organizado por el codificador se ha prescindido justificadamente de los privilegios y beneficios de que gozaban en anteriores legislaciones.

Al respecto dice el art. 58: "*Este Código protege a los incapaces, pero dándoles la representación que en él se determina y sin que se les conceda el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio*".

Antiguamente los incapaces eran favorecidos con el beneficio de "restitutio in integrum" y con las hipotecas legales sobre los bienes de los representantes. Eran remedios que no obstante la intención con que eran instituidos, resultaban perjudiciales, en definitiva, para los propios incapaces, porque los adquirentes de bienes de éstos quedaban perpetuamente sujetos al riesgo de que ulteriormente se anulase la operación aun celebrada regularmente, si se juzgaba que el acto había sido lesivo para los intereses del incapaz, y lógicamente semejante peligro ahuyentaba posibles interesados en la compra de esos bienes que por ello quedaban prácticamente fuera del comercio. Por otra parte la existencia de hipotecas legales sobre los bienes de los representantes de los incapaces que importaban una garantía privilegiada en favor de éstos para hacer efectivo cualquier crédito que tuvieran ~~contra~~ aquéllos por el resultado de su administración, redundaba en ~~menoscabo~~ de la seguridad jurídica por la eventualidad de que el adquirente de cualquier inmueble debiese soportar la subasta del mismo para satisfacer las

deudas del vendedor con algún hijo o pupilo suyo o con su esposa. Esto hacía que las personas solventes trataran de eludir su desempeño como tutores por las trabas de orden patrimonial que la situación les reportaba.

Con excelente criterio Vélez Sársfield adoptó la opinión de Freitas (*Esbozo*, art. 43 y su nota) suprimiendo ese beneficio y otros privilegios pues "más vale a los incapaces una buena administración de sus bienes que todos los privilegios con que han querido ampararlos las leyes".⁵⁴

Como dice Freitas en su recordada nota la exclusión de los beneficios o privilegios que quedan vedados tiende "a disipar un prejuicio de nuestro pueblo, que en favor de los menores piensa haber siempre una excepción sagrada, capaz de matar todos los derechos".⁵⁵

633. **SUBSISTENCIA DE VENTAJAS EXCEPCIONALES.** — No obstante lo expresado en el art. 58 aparecían en el sistema del Código dos ventajas adicionales que favorecían a los incapaces: 1) la suspensión de la prescripción contra ellos; y 2) la apropiación que se les confiere de lo recibido en virtud de un acto nulo en razón de su incapacidad, y que no pudieran restituir a la contraparte, por no subsistir en su patrimonio, los bienes respectivos.

634. 1) **SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.** — Esta ventaja excepcional estaba contemplada por el antiguo art. 3966 que sentaba un principio sumamente criticado por la doctrina. La ley 17711 ha reducido la franquicia a sus justos términos.

Como el estudio del art. 3966 es efectuado por nosotros más adelante (véase *infra*, n° 2116), remitimos a ese lugar.

635. 2) **APROPIACIÓN DE LO RECIBIDO EN VIRTUD DEL ACTO NULO POR INCAPACIDAD, SI ESTÁ IMPOSIBILITADO DE RESTITUIR.** — Esta hipótesis a la inversa de la anterior está ampliamente justificada. Como tratamos del art. 1165 que contiene ese beneficio a favor de los incapaces dentro del capítulo de las nulidades, remitimos al mismo (véase *infra*, n° 2018).

635 bis. **CASOS ESPECIALES DE INTERNACIÓN DE PERSONAS COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN: ART. 482.** — A este respecto, la ley 17.711 introduce al art. 482 del Código Civil importantes agregados que dicen así: "Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al Juez de las personas que por padecer enferme-

⁵⁴ Nota de Vélez Sársfield al art. 58.

⁵⁵ Freitas, A. T. de *Código Civil*, Bs. As., 1909, t. I, p. 46, nota al art. 43.

dades mentales o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos pudieran dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación sólo podrá ordenarse previo dictamen del médico oficial”.

“A pedido de las personas enumeradas en el art. 144 el Juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcoholistas crónicos y toxicómanos que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aun evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos.

Esta disposición contempla la situación de personas no incapacitadas que pese a ello puedan poner en peligro “su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública” (art. cit.) por razón de “padecer enfermedades mentales o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos” (mismo art.).

Llegado el caso, las autoridades policiales pueden actuar de oficio y disponer la internación del sujeto. Empero, en resguardo de la libertad de éste, sólo procede la internación “previo dictamen del médico oficial” (art. cit.) y de ella deberá darse “inmediata cuenta al Juez” (mismo art.). Se trata de una medida urgente pero no arbitraria, pues, la actividad de la Policía queda controlada por la intervención judicial.

Fuera de esa hipótesis que atiende especialmente al bien público, está la otra posibilidad que mira al bien privado del enfermo. Los parientes de éste y quienes menciona el art. 144 (véase *infra*, núms. 744 y ss.) pueden solicitar al juez su internación para el tratamiento adecuado de la enfermedad. Como se supone que el propio enfermo no está en condiciones de decidir sobre su curación se autoriza a sus más allegados para que lo hagan, bajo ciertos recaudos, a saber: 1º) tramitación de una información sumaria que acredite el estado del enfermo; 2º) designación de un defensor oficial que controle el tiempo de la internación para que ésta no se prolongue más del lapso que sea necesario para intentar la curación, o aún para que sea evitada esa internación si ello es posible; 3º) sentencia judicial que pueda disponer la internación del enfermo.^{55 bis}

635 ter. INTERNACIÓN Y EGRESO DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD MENTAL: LEY 22.914 — Con la finalidad de proteger la libertad individual en aquellas situaciones en la que ésta fácilmente se pueda ver comprometida y aun lesionada, se sancionó la ley 22.914 por la

^{55 bis} Sobre la internación de enfermos mentales, alcoholistas, etc., véase Fantoni Bruno A., *Los semialienados en la legislación argentina*, en “J. A.”, 1968-V, sec. doct., p. 834.

La cual se regula la internación de personas en establecimientos de salud mental, públicos o privados, y de alcohólicos crónicos y toxicómanos en establecimientos adecuados, también públicos o privados.

El nuevo ordenamiento establece en su art. 1º que sólo se admitirán los siguientes casos de internación: a) por orden judicial; b) a pedido del propio interesado o su representante legal; c) por disposición de la autoridad policial en los supuestos y con los recaudos establecidos en el segundo párrafo del art. 482 del Cód. Civil; d) en caso de urgencia, a pedido de las personas enumeradas en los incs. 1º a 4º del art. 144 del Cód. Civil.

Se precisan los requisitos a cumplirse en cada supuesto (arts. 2º, 3º, 4º y 5º), previéndose un examen médico inmediato del internado, así como la inmediata comunicación de la internación al Ministerio de Menores e Incapaces, y a los parientes del internado u otras personas que éste indique (art. 6º).

La intervención judicial es constante, ya que se dispone el impulso de oficio de las actuaciones pertinentes (arts. 9º y 11º) y el deber de inspeccionar los lugares de internación (art. 10º); como así también se definen imperativamente las funciones del Ministerio de Menores e Incapaces (art. 12º).

Se autoriza de modo expreso las visitas del representante legal o del defensor de la persona internada (art. 8º).

Están determinados los deberes de los directores de los establecimientos de internación, en cada una de las situaciones regladas, y su responsabilidad en caso de incumplimiento total o parcial a esos deberes (art. 13º).

Así como se procura salvaguardar la libertad en la internación, también se contemplan las medidas pertinentes para que el egreso opere tan pronto corresponda, sólo limitado por las necesidades terapéuticas y la seguridad del paciente y la de los terceros (arts. 3º, 4º, 5º, 11º y 12º, inc. c).

Finalmente, la ley admite la posibilidad de constituir un centro de observación para recibir a las personas cuya internación se inicie con intervención de la autoridad policial (art. 14º).

§ 4. Personas por nacer. Modo de suplir su incapacidad. Facultades del su representante. Cesación de la representación.*

636. PERSONAS POR NACER. — Son las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno (art. 63).

* **BIBLIOGRAFÍA:** Buteler J., *Las personas por nacer*, en "Boletín Inst. Derecho Civil", Córdoba, julio-dic., 1952, ps. 104 y ss.; Salas Eicart, *Situación del hijo que está por nacer*, Santiago de Chile, 1943; Sébag L., *La condition juridique des personnes et des personnes morales avant leur naissance*, París, 1938.

637. CARÁCTER DE LA INCAPACIDAD. — Las personas por nacer son personas absolutamente incapaces, de hecho (conf. art. 54; inc. 1º).

En cuanto a su capacidad de derecho ha sido estudiada en el lugar adecuado de esta obra (véase *supra* nº 330 344).

638. MODO DE SUPLIR LA INCAPACIDAD. — Toda vez que la persona por nacer tenga que entrar en la posesión de bienes que haya adquirido, por cualquier título, quien esté investido como representante suyo, deberá cumplir en nombre del incapaz los actos jurídicos o materiales correspondientes.

Como hemos visto ostenta la representación de la persona por nacer, su padre, y en caso de falta o incapacidad de éste, su madre. Si también ésta estuviese impedida por razón de incapacidad, para el desempeño de la función, será menester denunciar el caso para que se provea al incapaz de un curador (conf. arts. 57, inc. 1º y 264).

639. FACULTADES DEL REPRESENTANTE. — El Código ha omitido considerar cuáles son las facultades que tiene, en el desempeño de su función, el representante de la persona por nacer.

Pensamos que cabe distinguir según que la representación del incapaz sea ejercida por los padres o por un curador.

Si se trata de la representación ejercida por los padres, no hay motivo razonable para pensar que sus facultades puedan diferir de las que tienen tratándose de los hijos impúberes. Por ello consideramos que tales facultades son las que corresponden a los padres, en razón de la patria potestad, sobre sus hijos de corta edad. Igualmente los padres gozan del usufructo sobre los bienes de sus hijos por nacer (conf. art. 264, Cód. Civ.).

Si en cambio se trata de un curador, como el título del Código Civil relativo a la curatela se refiere notoriamente a los insanos o sordomudos (véase arts. 469, 481, 482 y 483), entendemos que deben ser aplicadas en lo pertinente las disposiciones referentes a los curadores de bienes (arts. 485 y ss.).⁵⁶

Por el carácter provisional de la representación que detenta el curador éste debe ser considerado como un depositario de los bienes

⁵⁶ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, ps. 274-275.

del incapaz, con facultades limitadas a las estrictamente indispensables para el cuidado de dichos bienes hasta el día del nacimiento del concebido. Pues este hecho despejará la incertidumbre de la situación para dar lugar a la representación de los menores impúberes, si la criatura naciere con vida, o para dar por terminados retroactivamente los derechos aparentemente adquiridos, si el concebido naciere muerto (véase *supra*, nº 329).

De acuerdo al art. 488 los curadores de bienes están sujetos a todas las trabas de los tutores o curadores y sólo podrán ejercer actos administrativos de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas. Por lo demás a los curadores de bienes corresponde el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus representados; y las personas que tengan créditos contra los bienes, podrán hacerlos valer contra los respectivos curadores (art. 489).

640. CESACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN. — Según el art. 69 “cesará la representación de las personas por nacer el día del parto, si el hijo nace con vida, y comenzará entonces la de los menores, o antes del parto cuando hubiere terminado el mayor plazo de duración del embarazo, según las disposiciones de este Código”.

Concluida la representación del concebido, el representante de éste dará cuenta de su gestión a quienes resulten titulares de los bienes administrados, a menos que aquél sea el padre o madre del incapaz y deba continuar en el desempeño de la administración a nombre de su hijo, por el carácter de éste de menor impúber.

§ 5. Los menores impúberes y adultos. Actos que pueden realizar los menores.

I. — CONDICIÓN DE CAPACIDAD DE LOS MENORES *

641. NOCIÓN. — Según el nuevo art. 126: “Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintún años”.

* BIBLIOGRAFÍA: Lozano G., *Régimen jurídico social de la minoridad*, Buenos Aires, 1944; Llambías J. J., *La legislación civil de los menores y su reforma*. “Rev. Fac. Derecho Bs. As.”, nov.-dic. 1951, ps. 1455 y ss.; Antoni J., *El tema de la edad y la capacidad*, “Rev. Inst. Derecho Civil de Tucumán”, 1948, t. 1, ps. 9 y ss.

Es la edad adoptada por casi todas las legislaciones extranjeras ^{56 bis} y que también determinarían los proyectos nacionales de reforma. ^{56 ter} No hay motivo para apartarse de esa edad pues nuestro medio no presenta particularidades al respecto. Y como en esta materia interesa buscar la uniformidad para eludir los inconvenientes que la diversa capacidad en razón de la edad origina, con motivo de viajes, residencias temporarias en el extranjero, etc., la reforma realizada es inojetable.

Con anterioridad a la reforma de la ley 17711, el primitivo art. 126 determinaba la mayoría de edad a los 22 años.

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

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

643. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. DERECHO ROMANO.—En Roma la situación de capacidad de los menores pasó por grandes cambios

^{56 bis} Códigos italiano (art. 2), nuevo portugués (art. 130), chino (art. 12), español (art. 320, modificado por la ley del 15 de diciembre de 1943, antes era 23 años), francés (art. 388), austriaco (art. 21, modificado por la ley del 6 de febrero de 1919, antes era 24 años), colombiano (art. 34), venezolano (art. 419), peruano (art. 2), mejicano (art. 6466), brasileño (art. 9), uruguayo (art. 280) y chileno (art. 266, inc. 3º, modificado por la ley del 11 de octubre de 1945, antes era de 25 años).

Algunos países han optado por otras edades: Holanda, 23 años (Cód. Civil, art. 385), Dinamarca, 25 años (Ley danesa citada por Gangi, *Personne Fisiche o persone giuridiche*, Milano, 1946, p. 77, nº 55).

^{56 ter} Anteproyecto Bibiloni, art. 112 de la primera redacción y art. 114 de la segunda redacción; Proyecto de 1936, art. 42; Anteproyecto de 1954, art. 73. Sin embargo el Anteproyecto De Gásperi mantiene la mayoría de edad en los 22 años.

en función de las variaciones operadas en las costumbres, las condiciones económicas y culturales, etc.

Al final de la época clásica, los menores estaban distribuidos en tres categorías:

a) "*Infantia*". Abarcaba desde el nacimiento hasta los 7 años. Los infantes, es decir los que "*fari non possunt*", que no podían hablar por su escaso desarrollo mental, a diferencia del "*mutus*" que no podía hacerlo en razón de un vicio orgánico, carecían de capacidad para cualquier acto, por simple que fuera su naturaleza y aun cuando sólo deparase ventajas para el menor. El fundamento de la prohibición radicaba en la ineptitud del sujeto para usar de las formas verbales "*ad solemnitatem*" que debían revestir los actos jurídicos, pues según Savigny, los romanos no querían envilecer los actos jurídicos haciendo repetir a un niño palabras que no comprendiese.⁵⁷

b) Los "*infantia majores*" o "*pubertati proximi*" eran los menores que habiendo cumplido los 7 años no habían llegado a la edad de la pubertad, que luego de determinarse por la "*inspectio corporis*" como sostenían los savinianos, se fijó en los 14 años para el varón y los 12 años para la mujer. Así lo estableció Justiniano aceptando el punto de vista de los proculyanos.

Los menores que se encontraban en esta etapa eran considerados capaces sólo para los actos que les reportaban ventajas sin contraprestación de su parte.

c) Los "*púberes*" que a partir de la edad señalada de 14 años para el varón y de 12 años para la mujer, hasta los 25 años, eran en principio capaces para toda clase de actos, pero estaban sometidos a una curatela especial para la celebración de ciertos actos gravosos (*cura minorum*), y aprovechaban del beneficio de "*in integrum restitutio*". Durante esta etapa el sujeto era considerado básicamente capaz, siempre que en ciertos actos su voluntad estuviera integrada por el "*consensus*" del curador: era un régimen de asistencia que no excluía sin embargo la representación del curador en otros supuestos.⁵⁸

Esas situaciones de incapacidad podían cesar con la "*venia aetatis*" que el Emperador otorgaba a los mayores de 20 ó 18 años, según el sexo, que demostraran su aptitud para administrar sus bienes.

El sistema romano brevemente descrito pasó a la antigua legislación española, especialmente a las Partidas.⁵⁹

⁵⁷ Savigny F. C. de, *Sistema de derecho romano actual*, t. II, párr. 106.

⁵⁸ Girard P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 7ª edic., pa. 245-246.

⁵⁹ Partida IV, título 16, ley 4, y Partida VI, título 16, leyes 1, 12, 13 y 21.

644. DERECHO MODERNO. — En nuestro tiempo se observan dos tendencias acerca de la regulación de la capacidad de los menores.

a) Una “*primera tendencia*” sigue enrolada en la diferenciación de etapas del derecho romano. Así el Código alemán determina dos categorías de menores, según que hayan-o no cumplidos los 7 años. Los menores de esa edad son absolutamente incapaces, para toda clase de actos, aun aquellos que sólo reportan beneficio (art. 104, inc. 1º y art. 828). Los menores que han excedido los 7 años tienen capacidad para realizar actos beneficiosos que no los sometan a obligación alguna (arts. 106 y 107).

Los Códigos brasileño y peruano, siguen el mismo sistema del Código alemán pero elevan la edad divisoria de las dos categorías de menores a los 16 años.⁶⁰

b) La “*segunda tendencia*” integrada principalmente por los Códigos español, francés, suizo, italiano y venezolano, exhibe mayor ductilidad, ya que no establece categorías rígidas de menores. Todos son conceptuados incapaces, salvo para los actos precisamente indicados que pueden efectuar en función de edades variables.

645. RÉGIMEN DEL CÓDIGO. — El Código clasifica a los menores en dos categorías, los “impúberes” y los “adultos”.

Dice el nuevo art. 127: “*Son menores impúberes los que aún no tuviesen la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los veintiún años cumplidos*”.

II. — CONDICIÓN DE CAPACIDAD DEL MENOR IMPÚBER

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

Sin embargo, no es esa la realidad jurídica, porque ya por el juego de otras disposiciones del Código, ya por el imperio del derecho consuetudinario, resultan facultados para la celebración de algunos actos jurídicos que si bien escasos en su número quiebran el carácter absoluto de su incapacidad.

⁶⁰ Código del Brasil, art. 3º y 6º; Código del Perú, art. 9 y 10.

Por tanto, cabe concluir que los menores impúberes son básicamente incapaces y excepcionalmente capaces cuando concurre en el ordenamiento jurídico algún facultamiento en su favor para actuar en la vida del derecho.

647. ACTOS QUE PUEDEN REALIZAR LOS MENORES IMPÚBERES. — Por excepción a la regla de incapacidad, los menores impúberes pueden actuar válidamente en los siguientes casos:

1) Pueden desde los 10 años adquirir, por sí mismos, la posesión de las cosas (art. 2393). Por tanto, la tradición que se hiciese a un menor de esa edad sería válida y la posesión consecuente idónea para prescribir el menor el dominio u otro derecho real desde entonces (conf. art. 2977, Cód. Civ.).^{60 bis}

2) Puede contratar suministros que le sean de urgente necesidad, si está ausente de la casa paterna (conf. art. 269).

3) Puede, con autorización paterna ejercer oficio, profesión o industria desde los 12 años de edad (conf. art. 275 "in fine" y art. 1º de la ley 11.317 que exige para el empleo de los menores que éstos tengan por lo menos 12 años y hayan completado su instrucción mínima obligatoria).

4) Puede hacer compras de poco monto, viajar en medios de transporte público pagando el viaje, adquirir entradas de espectáculos públicos, y otros actos semejantes, cuya realización queda autorizada por la fuerza de la costumbre, que es un medio legítimo de expresión jurídica.⁶¹

Con relación a las previsiones legales indicadas bajo 2) y 3) la generalidad de la doctrina entiende que esos facultamientos son sólo a favor de los menores adultos. Nosotros pensamos que la letra de las disposiciones legales no distingue y que no hay razón para distinguir.⁶²

III. — CONDICIÓN DE CAPACIDAD DEL MENOR ADULTO

648. GRADO DE INCAPACIDAD. — El antiguo art. 55, inc. 1º, decía: "*Son incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos: los menores adultos. . .*"

^{60 bis} Conf. Cám. Civ., Sala "F", con voto del doctor Demaría, "L. L.", t. 100, p. 715.

⁶¹ Conf. Borda, *op. cit.*, t. I, nº 489, p. 385, ap. h). En cuanto al valor de la costumbre como medio legítimo de expresión jurídica, véase *supra*, nº 68.

⁶² Véase *infra*, nº 651-653.

Según la redacción del precepto pareciera que estos menores eran incapaces sólo respecto de actos determinados y por consiguiente básicamente capaces para la generalidad de los actos no mencionados.

Sin embargo la realidad jurídica no era esa. La doctrina general de los autores concordaba en que aquella redacción no revelaba la efectiva situación de genérica incapacidad de los menores adultos.⁶³

Por tanto, también los menores adultos eran incapaces por regla general y sólo excepcionalmente capaces respecto de los actos determinados para los cuales estuviesen facultados. Allí donde la ley callaba funcionaba su incapacidad.

649. CONSIDERACIÓN. — Los argumentos suministrados para fundar la conclusión sentada, precedentemente, eran los siguientes:

1º) La incapacidad de los menores no cesa sino por la mayoría de edad o la emancipación de acuerdo al art. 128.⁶⁴ Pero, los adultos no estaban en esa situación; ergo... seguían siendo incapaces.

2º) En la regulación de la administración de los bienes de menores, a cargo de sus padres o tutores, la ley no distingue entre los menores impúberes y adultos, en cuanto a las facultades de su representante (así arts. 264, 274, 293, 377, 411 etc.), lo cual induce la incapacidad general también del menor adulto. "De lo contrario el Código hubiera hecho las distinciones necesarias, pues no es concebible que dejara frente a frente sin deslindar ni reglamentar en forma alguna, dos administraciones independientes sobre los mismos bienes: la del padre o tutor derivada de las disposiciones expresas que acabamos de citar, y la de los menores adultos, fundada en una capacidad general, que por nuestra parte no les reconocemos".⁶⁵

3º) La reforma introducida por la ley de fe de erratas al art. 274, también se aduce para fundar esta opinión. La redacción primitiva decía: "Los padres, sin intervención alguna de sus hijos impúberes..."

⁶³ Salvat R., *op. cit.*, nº 736, ps. 337-8; Orgaz A., *op. cit.*, p. 291-292; Borda G. A., *op. cit.*, nº 482, p. 380; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 527, p. 295; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 55, nº 5, p. 416; Colmo A., en "Revista Jurídica y de Ciencias Sociales", setiembre-oct. 1919, p. 25; Lafaille M., *Cursus de Contratos*, t. I, nº 248, p. 148. Comp. Spota A. G., *op. cit.*, t. 31, nº 657, p. 236.

⁶⁴ Salvat R., *op. cit.*, nº 736, 1º, p. 337.

⁶⁵ Salvat R., *op. cit.*, nº 736, 2º, p. 337; conf. Orgaz A., *op. cit.*, ps. 291-292, nº 11.

La reforma cambió *impúberes* por *menores*, porque según el senador Paz, autor de la enmienda, la patria potestad se ejerce mientras los individuos sean menores de edad, salvo el caso de la emancipación. Siendo esto así, el menor adulto es un incapaz para la generalidad de los actos, pues lo contrario sería incompatible con la subsistencia de la patria potestad, a su respecto.⁶⁶

4º) Son nulos los actos otorgados por los menores impúberes (art. 1041) o adultos (art. 1042). La nulidad genérica de los actos del menor adulto sería inconcebible, si el menor adulto fuera realmente capaz de celebrar todos los actos que no le fuesen expresamente prohibidos.⁶⁷

5º) No cabe duda que el menor que se emancipa pasa a una situación de capacidad superior a la que tenía anteriormente, consistente en una habilitación para todos los actos de la vida civil (art. 133) con las excepciones mentadas por los arts. 134 y 135. Ahora bien, estas excepciones no alcanzan al menor emancipado y no al menor adulto, son demostrativas de la ausencia de una regla general de capacidad del menor adulto, pues no podría pensarse que el menor se emancipa para quedar en una situación peor. Luego, la tal regla general de capacidad del menor adulto, es absurda.^{67 bis}

6º) Todavía es dable agregar que si fuera exacto el principio literal del antiguo art. 55, el codificador se hubiese preocupado por señalar los actos prohibidos a los menores adultos. Pero como en el Código hay facultamientos particulares a favor de los menores adultos, y no prohibiciones singulares para ellos, esto es la más cabal demostración de que tales menores eran por regla general incapaces.⁶⁸

649. bis. LEY 17.711. — La ley 17.711 ha ratificado la macisa elaboración doctrinaria expuesta, ajustando a ella el tenor del nuevo artículo 55: “Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar”. Con esa redacción queda en claro el principio de incapacidad que gobierna a esos menores.

650. ACTOS QUE PUEDEN REALIZAR LOS MENORES ADULTOS. — Como es de suponer a favor del menor adulto concurren mayores facultamientos que los concedidos al menor impúber, pero es de notar que esas posibilidades de obrar,

⁶⁶ Salvat R., *op. cit.*, nº 736, 3º, p. 337.

⁶⁷ Salvat R., *op. cit.*, nº 736, 4º, ps. 337 y 338.

^{67 bis} Salvat R., *op. cit.*, nº 736, 5º, p. 338.

⁶⁸ Conf. Cám. 1ª Santiago del Estero, “L. L.”, t. 109, p. 304.

no se vinculan a la situación de adulto sino al cumplimiento de edades variables que la ley fija en cada caso.

Los facultamientos expresados son los siguientes:

1) Pueden contraer matrimonio los varones a los 18 años y las mujeres a los 16 (art. 166, inc. 5º, Cód. Civ., ley 23.515).

2) Pueden enrolarse en el ejército y entrar en comunidades religiosas desde la edad que se fija en las respectivas reglamentaciones (art. 275).

3) Pueden ejercer el comercio desde los 18 años (art. 10 y 11, Cód. de Comercio).

Los facultamientos anteriores están supeditados a la conformidad de los padres, salvo la venia supletoria del juez. De los casos enunciados en 2), ahora no se requiere la autorización de los padres cuando los hijos han cumplido 18 años de edad (conf. art. 275, texto según la ley 23.264).

Los facultamientos siguientes son independientes de la anuencia de los padres:

4) Pueden otorgar testamento desde los 18 años (art. 3614).

5) Pueden extraer fondos de la Caja Nacional de Ahorro y Seguro desde los 16 años (art. 6º, ley 9527).

6) Pueden reconocer hijos extra-matrimoniales (art. 286).

7) Pueden contraer obligaciones naturales (art. 515).

8) Pueden defenderse en juicio criminal (art. 286).

9) Pueden actuar en el fuero del trabajo (art. 37, decreto-ley 32.347/44).^{88 bis}

10) Pueden celebrar contratos concernientes a su empleo (artículo 283).

11) Pueden actuar como mandatarios de otros, válidamente, respecto de terceros. Pero en la relación con el mandante pueden alegar la nulidad para excluir la responsabilidad (conf. arts. 1897 y 1898).

12) Pueden ser testigos en juicio (art. 426, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434).

13) Pueden obligarse como depositarios en caso de depósito necesario (conf. art. 2228).

^{88 bis} Conf. Cám. Nac. Trab., Sala IV, "L. L.", t. 102, p. 265; Sup. Corte Bs. As., "L. L.", t. 96, p. 369.

650 bis. MENORES QUE HAN CUMPLIDO 18 AÑOS. — El nuevo art. 128, cláusula 2ª expresa: “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 su última cláusula el nuevo art. 128 dice: “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”.

Esto significa que la capacidad *laboral* se adquiere a los 18 años y que en cambio la capacidad *profesional*, es decir, referente al ejercicio por cuenta propia de una profesión, se la adquiere independientemente de la edad y a mérito del título habilitante obtenido.^{68 bis 1}

En cuanto a los efectos que esa capacitación laboral o profesional del menor produce, ella hace surgir un fondo de bienes o peculio, que tiene un régimen separado dentro del patrimonio del menor, y que es confiado a su libre administración y disposición, sea a título oneroso o gratuito. Por el contrario, el Anteproyecto de 1954 sometía a esa administración “a las restricciones establecidas para los menores emancipados” (art. 76). Lo que era lógico, para evitar que el menor sujeto todavía a la patria potestad, se encontrara en una situación de capacidad más ventajosa que el emancipado que

^{68 bis 1} Así lo entendemos porque el nuevo art. 128 contempla dos supuestos distintos de capacitación de menores, uno para celebrar contratos de trabajo, cuyo presupuesto fáctico es tener 18 años, y otro para el ejercicio de profesión por cuenta propia que se apoya en el título profesional habilitante. Son dos supuestos de capacidad diferentes, como surge de la parte final del nuevo art. 128, que funcionan en virtud de requisitos diversos. También en Brasil, la emancipación “por colación de grado científico en curso superior” (Cód. Civil, art. 9, inc. 4º), es independiente de la edad.

Comparar: Smith, Juan Carlos, su trabajo inserto en “L. L.”, del 20 de mayo de 1968 y Bustamante Alsina, Jorge H., su trabajo publicado en “L. L.”, del 27 de mayo de 1968, para quienes la capacitación profesional requiere, acumulativamente, el título respectivo y la edad de 18 años.

ya está exento de esa sujeción. Esta anomalía puede presentarse en la actualidad por efecto de la reforma introducida por la ley 17.711.^{68 bis 2}

IV.— CONSIDERACIONES COMUNES A AMBAS CATEGORÍAS DE MENORES

651. COMPARACIÓN DE AMBAS CATEGORÍAS DE MENORES.— Como se ha expresado, no obstante la calificación de la incapacidad de los menores, efectuada por el codificador—absoluta y relativa— todos ellos se ubican en un régimen básico de incapacidad.

Ni siquiera es exacto que la incapacidad sólo reconozca excepciones en favor del menor adulto y no del menor impúber. Ya se ha visto (*supra* n° 647) que el titulado carácter “absoluto” de la incapacidad del menor impúber se quiebra frente a un cierto número de actos. No hay, pues, tal incapacidad “absoluta” de los menores impúberes.

Es claro que aun ubicados en una misma categoría estructural, existe cierta diferencia de grado entre los impúberes y adultos. Éstos pueden realizar un número mayor de actos, pero ello denota una diversidad cuantitativa y no cualitativa. Además esa misma diversidad gradual se sigue manifestando entre los propios menores adultos, pues a los 18 años éstos pueden realizar actos importantes que antes les estaban vedados.

^{68 bis 2} Así un joven artista de 19 ó 20 años puede gestionar sin cortapisas los bienes que él ha ganado y que ha invertido en inmuebles, automóviles u otros muebles de registro obligatorio, aportes de sociedad, etc. Pero si ese mismo joven está casado, y, por tanto, está habilitado “para todos los actos de la vida civil” (nuevo art. 133) la disposición con respecto a esos bienes no es libre sino controlada por el otro cónyuge y requiere a falta de la conformidad de éste, de la autorización judicial (nuevo art. 1277, primera parte). No es apropiado que el menor se emancipe para quedar en situación peor. Tampoco lo es que un joven no emancipado, es decir, todavía sujeto a la patria potestad, pueda disponer de lo que gana sin contralor alguno, pues se pueden tener grandes dotes para concretar ingentes beneficios, como los que puede ganar un artista precoz o un jugador de fútbol y carecer de todo tino para manejar los bienes comprados con el producido de esas actividades. Lo prudente es someter al joven inmaduro a una especie de noviciado de la vida civil, en una actuación sujeta a cierto contralor cuando ella entraña peligro de disipación, como cuando se trata de la enajenación de los bienes mencionados en la primera parte del nuevo art. 1277.

652. SANCIÓN DE LOS ACTOS OBRADOS MEDIANDO INCAPACIDAD. — La identidad de régimen que gobierna la situación de capacidad de los menores adultos e impúberes se ratifica por la sanción que recae sobre los actos obrados por unos y otros, al margen de su excepcional capacidad.

Tales actos son “nulos” y de “nulidad relativa” (véase *infra*, núms. 1924-1925).^{68 ter}

653. CRÍTICA A LA DOBLE CATEGORÍA DE MENORES. — Las reflexiones apuntadas precedentemente, muestran la escasa significación que presenta la distinción de los menores en dos categorías que quedan reguladas por los mismos principios y sometidas a una condición general de *incapacidad*.

Las excepciones a la regla de incapacidad no se establecen sólo a favor de los mayores de 14 años, sino que aparecen antes y se van incrementando después: si se atiende a la importancia de los actos facultados (testamento, capacidad laboral amplia, ejercicio del comercio) la etapa más relevante aparece a los 18 años, la “perfecta adolescencia” de los romanos en el decir de Besta.⁶⁹

654. — Desde el punto de vista del *discernimiento presunto* que según el criterio del art. 921 ostentan los menores adultos y no los impúberes, tampoco denota ventaja alguna el mantenimiento de la doble categoría de menores.

Cuando se trata de apreciar la validez de actos jurídicos obrados por menores, sólo es computable la capacidad del agente sin que ejerza influencia alguna la presencia o carencia de discernimiento del agente. Es que se trata de la aplicabilidad del art. 1040 que para la validez del acto exige en el agente la aptitud de cambiar el estado de su derecho, aptitud de la que carecen totalmente con relación al acto obrado bajo incapacidad, tanto el menor adulto cuanto el menor impúber. Por ello son igualmente nulos los actos otorgados por los menores impúberes (conf. art. 1041) y por los menores adultos (conf. art. 1042) que no obraren en ejercicio de su excepcional capacidad.

La presunción del discernimiento del agente, en función de la edad, tiene otra resonancia en el derecho. Aparte de la minúscula eficacia consistente en la generación de la obligación natural (conf. antiguo art. 515, inc. 1º) la presencia del discernimiento es fundamental para comprometer la *responsabilidad* del agente por las consecuencias

^{68 ter} Conf. Cám. Com. Sala “B”, “L. L.”, t. 108, p. 739.

⁶⁹ Besta, *Le personne fisiche*, nº 337, p. 117.

inmediatas, mediatas o casuales de sus actos. Allí donde no hay discernimiento tampoco hay, en principio, responsabilidad. Pero éste es un problema extraño a la materia, de la capacidad de que ahora tratamos.

654 bis. LOS PROYECTOS NACIONALES DE REFORMA — El Anteproyecto Bibiloni no innova sobre el régimen vigente, haciéndose pasible por ello, de las críticas formuladas precedentemente. El doctor Bibiloni no se mostró convincente en la defensa de su criterio.⁷⁰

El Proyecto de 1936, en cambio, uniformó la condición de los menores sin establecer categorías discriminatorias entre ellos, en lo que siguió la opinión que auspiciaron Salvat y Lafaille.⁷¹ Con todo, incurre en la inadvertencia de usar la terminología “menor adulto” en los arts. 495 y 976, inc. 5º, pese a que en ese Proyecto carece de significación.

El Anteproyecto de 1954 igualmente suprime la doble categoría de menores y elabora un régimen de minoridad que sobre la base de una situación genérica de incapacidad, contempla facultamientos progresivos para actos determinados en función de edades variables.

En este sentido el art. 74 de dicho Anteproyecto establece: “Los menores con la conformidad expresa o tácita del padre o tutor podrán: 1º) Desde los 7 años cumplidos concertar los negocios usuales correspondientes a su edad y condición; 2º) Desde la misma edad aceptar donaciones manuales; 3º) Desde los 12 años ejercer empleo, profesión o industria, quedando en tal caso facultados para la celebración de los actos concernientes a su actividad; 4º) Desde los 14 años el varón y los 12 la mujer reconocer sus hijos naturales; 5º) Desde los 14 años estar en juicio criminal, si fueren acusados, y en juicio civil concerniente a los actos para los cuales estuviesen facultados; 6º) Desde los 16 años retirar fondos de los depósitos bancarios constituidos a su nombre, hasta la cantidad de \$ 300 anuales”.

El sistema de facultamientos es completado por el art. 75 que dice: “Los menores que hubieren cumplido 18 años de edad, aun sin anuencia del padre o tutor, podrán: 1º) Elegir trabajo o profesión, enrolarse en el ejército y entrar en comunidad religiosa; 2º) Administrar y usufructuar los bienes adquiridos por cualquier título que no sea donación o herencia; 3º) Administrar y usufructuar los bienes que heredasen por exclusión del padre o madre en la herencia; 4º) Efectuar los actos enunciados en el artículo precedente”

Por el art. 76 se dispone: “Las obligaciones emergentes de la actividad legítima del menor, recaerán únicamente sobre los bienes cuya administración y usufructo, o sólo el usufructo, no tuviese el pa

⁷⁰ Véase *Observaciones y Actas de la Comisión*, t. I, ps. 173 y ss.

⁷¹ Véase *Observaciones y Actas de la Comisión*, t. I, p. 151, nota 3.

dre. La administración de bienes que efectuare el menor, en virtud de lo preceptuado en el artículo precedente, queda sometida a las restricciones establecidas para los menores emancipados".

655. BASES PARA LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE LA MINORIDAD.

— Entendemos que la ulterior reforma de la legislación civil de los menores debería ajustarse a las siguientes bases:

I) Eliminación de la doble categoría de menores y ubicación de todos los menores en un régimen básico común de "incapacidad".

II) Facultamientos excepcionales para actos determinados y progresivos, en función de edades variables y de la índole más o menos sencilla del acto de que se trate. Sin duda no es lo mismo comprar un inmueble o una fábrica o comercio, que comprar libros de texto o herramientas de trabajo, ni existe el mismo riesgo cuando se da dinero prestado o se contrae una deuda que cuando se formaliza un contrato de trabajo, cuyas condiciones concretas han sido prefijadas con intervención del sindicato respectivo y homologadas por la autoridad del Estado. Esa es la lección de la vida que las leyes deben recoger para servirla mejor.⁷²

Si la razón de ser de la incapacidad de hecho radica en la insuficiencia psíquica del agente, que puede ser aprovechada por personas inescrupulosas para inducir al menor a celebrar contratos perjudiciales para él, el fundamento falla cuando por la sencilla índole del acto de que se trate, las facultades intelectuales del menor deban reputarse suficientes en orden al mismo acto.

III) Los primeros facultamientos a favor del menor, que son los primeros pasos de la vida jurídica, deben estar subordinados a la conformidad del padre o tutor. Se tratará de un régimen de asistencia (ver *supra*, n° 610) en el cual el acto obrado por el menor quedará completado con el "consensus" de su representante legal.

IV) A partir de los 18 años, debe reconocerse al menor una mayor independencia respecto de su padre o tutor, por lo que los actos excepcionales para los que se lo faculte, deben quedar librados a su solo criterio. En esta etapa, la más importante de la minoridad, han de quedar a cargo del menor la administración de los bienes que adquiera con su trabajo.

V) Finalmente los actos obrados por cualesquiera menores, que

⁷² Conf. Antoni Jorge, *El tema de la edad y la capacidad*, "Revista del Instituto de Derecho Civil", Universidad Nacional de Tucumán, t. I, n° 1, año 1948, ps. 9 y ss.

caigan en la generalidad de su incapacidad, deben ser considerados "nullos" y de "nulidad relativa".

656.— El sistema esbozado promueve la progresiva capacitación del menor, a medida que va aproximándose a la mayoría de edad. Hasta los 7 años, en que por lo general despunta la razón, el individuo debe ser conceptuado carente de toda capacidad para obrar por sí mismo. Desde los 7 a los 18 años, el sujeto, aunque incapaz en general, puede ser admitido al goce de cierta capacidad de hecho en función de edades variables proporcionadas a la simplicidad mayor o menor del acto de que se trate. Pero todas esas excepciones a la regla básica de incapacidad tendrán un rasgo común: la subordinación de su ejercicio a la autorización del padre o tutor, de manera que el acto realizado resultará del concurso de las voluntades del padre y el hijo. En tales supuestos, la protección jurídica del menor no se efectuará por la vía normal de la representación, sino por la vía excepcional de la asistencia.

Todavía, cuando el menor ha llegado a los 18 años —la perfecta adolescencia—, aparece una modalidad importante en su "status" de capacidad. Seguirá siendo un incapaz para la generalidad de los actos, pero las excepciones ya serán más numerosas y aún estarán revestidas de un cierto grado de universalidad, como puede ocurrir con la gestión del peculio adquirido con el propio trabajo. Pero lo característico no estará en eso, sino en la cesación del contralor paterno sobre los actos facultados: ya no será un régimen de asistencia, como el anterior, respecto de tales actos, sino simplemente una derogación excepcional de la situación básica de incapacidad. Sin duda, la tutela y la patria potestad habrán de perdurar, pero en orden a los actos facultados el funcionamiento de esas instituciones quedará en suspenso para lograr una mitigación de los poderes del representante, enteramente conforme con las sugerencias de las costumbres y hábitos de nuestro país.

Con todo ello se logrará el propósito fundamental de hacer preceder el período de la plena capacidad por un verdadero noviciado de la vida civil, en el que la progresiva experiencia y el incremento de las aptitudes intelectuales del sujeto se reflejen en la posibilidad de ejercer ciertos derechos, cuyo mismo ejercicio habrá de contribuir en no escasa medida, a la mejor formación de la personalidad del hombre.

656 bis. IMPUTABILIDAD DE LOS ACTOS ILÍCITOS OBRADOS POR MENORES.— El discernimiento para los actos ilícitos se adquiere a los 10 años (conf. art. 921: véase *infra*, n^o 1373 y s.). Por tanto, luego de esa edad los menores son imputables con respecto a los actos ilícitos que obren y responden por los daños y perjuicios cau-

ados por esos actos. Es un tópico que hemos examinado en nuestro *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. III, n° 2221.

656 ter. SUJECIÓN A LA POTESTAD DEL PADRE O TUTOR.— Los menores, por su inmadurez, no son todavía aptos para gobernarse a sí mismos. Mientras sus padres viven ellos están sujetos a la *patria potestad* de los progenitores; cuando éstos faltan se nombra a aquellos un *tutor* a quien incumbe el gobierno de la persona y bienes del menor de edad (conf. art. 377, Cód. Civ.). La *patria potestad* y la *tutela* son instituciones del Derecho de Familia.

V.— CESACIÓN DE LA INCAPACIDAD

657. SUPUESTOS DE CESACIÓN.— Según el nuevo art. 128 primer párrafo “*cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintiún años, y por su emancipación antes que fuesen mayores*”.

Por consiguiente dos son los supuestos de cesación de la incapacidad: 1) mayoría de edad; 2) emancipación. Trataremos de ellos en párrafo aparte.

§ 6. Mayoría de edad: momento en que se adquiere y efectos. Emancipación civil: cómo se adquiere. Capacidad del menor emancipado y limitaciones subsistentes. Carácter irrevocable de la emancipación por matrimonio. Diversas hipótesis. Efectos de la nulidad del matrimonio. Emancipación por habilitación de edad. Emancipación comercial.

I.— MAYORÍA DE EDAD

658. MOMENTO EN QUE SE ADQUIERE.— La edad de la mayoría se alcanza al cumplir la persona los 21 años de edad.

Como lo aclara el art. 128 “*cesa la incapacidad de los*

menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintiún años . . .”, sin necesidad de esperar para lograr ese efecto al transcurso de ese día. Hay aquí una derogación a las normas generales sobre computación de plazos, que si se aplicasen postergaría la adquisición de la plena capacidad hasta la 0 hora del día siguiente. Es que se ha deseado hacer coincidir los efectos jurídicos con la celebración familiar y social del cumpleaños.

Es obvio que la mayor edad, no obstante lo que erróneamente expresan el Código Civil (art. 128) y el Anteproyecto Bibiloni (art. 115, 2ª redacción), no es causa de cesación de la incapacidad de los menores, sino de la cesación del presupuesto —minoridad— del cual deriva la incapacidad del sujeto. Por ello el Anteproyecto de 1954 no menciona en su art. 77 la mayoría como causa de cesación de la incapacidad de los menores, puesto que éstos por definición han dejado de ser tales.

659. LEGISLACIÓN COMPARADA. — Casi todas las legislaciones extranjeras han adoptado la edad de mayoría en los 21 años: Códigos italiano (art. 2º), chino (art. 12), español (art. 320, modificado por la ley del 15 de diciembre de 1943), portugués (art. 130), francés (art. 388), austríaco (art. 21 modificado por la ley del 6 de febrero de 1919), colombiano (art. 34), venezolano (art. 419), peruano (art. 2º), mejicano (art. 646), brasileño (art. 9º), uruguayo (art. 280) y chileno (art. 266, inc. 3º, modificado por la ley del 11 de octubre de 1943).

Algunos países han adoptado otras edades: Holanda, 23 años (Cód. Civ., art. 385); Suiza, 20 años (Cód. Civ., art. 20), y Rusia, 18 años (Cód. Civ. soviético, art. 7º).

Tratándose de este asunto no caben las discrepancias por un año o dos, pues lo que importa es la uniformidad para eludir los inconvenientes que la diversa capacidad en razón de la edad origina con motivo de viajes, residencias temporarias en el extranjero, etc. De ahí que deba aprobarse el criterio de los proyectos de reforma del Código Civil al adoptar la edad generalizada de los 21 años (Anteproyecto Bibiloni, art. 112 de la primera redacción y art. 114 de la segunda; Proyecto de 1936, art. 42; Anteproyecto de 1954, art. 73). Lo mismo cuadra decir de la ley 17.711.

660. EFECTOS. — Dice el art. 129: “*La mayor edad habilita, desde el día que comenzare, para el ejercicio de todos los actos de la vida civil, sin depender de formalidad alguna o autorización de los padres, tutores o jueces*”.

Por tanto la edad de mayoría opera automáticamente borrando la incapacidad del sujeto, que queda habilitado para todos los actos de la vida civil.

Puede ocurrir que los bienes del ex-menor se encuentren en poder de terceros y éstos se nieguen a entregarlos al dueño, como si se resistieran a ello el padre, o el ex-tutor o un depositario o comodatario. En tal caso bastará la justificación de la edad, sin forma de juicio⁷³ como resulta del art. 130 que dice: *“Para que los menores llegados a la mayor edad entren en la posesión y administración de sus bienes, cuando la entrega de éstos dependa de la orden de los jueces, bastará que simplemente presenten la prueba legal de su edad”*.

La prueba legal de la edad se acredita con la partida de nacimiento (conf. art. 79).

II. — EMANCIPACIÓN CIVIL

661. NOCIÓN. — La emancipación es la institución por la cual los menores de edad quedan liberados de la incapacidad que pesa sobre ellos con anticipación a la mayoría de edad.

§ 1. Emancipación por matrimonio.

662. CÓMO SE ADQUIERE. — En nuestro derecho la primera causa de emancipación es el matrimonio.

En tal situación el fundamento de la emancipación radica en la incompatibilidad del estado de esposo con la sujeción del mismo a la patria potestad o tutela, que quedan extinguidas con la celebración del matrimonio (conf. art. 306, inc. 4). Asimismo, por la necesidad de permitir que quien ha asumido las responsabilidades consiguientes a la fundación de una familia, pueda desenvolverse en el orden patrimonial sin las trabas que la incapacidad supone.

Los requisitos para adquirir la emancipación son: a) tener edad hábil para contraer nupcias, que es de 18 años para el varón y 16 para la mujer⁷⁴ y b) haber celebrado matrimonio.

⁷³ Cám. 2ª La Plata, “J. A.”, t. 37, p. 469.

⁷⁴ Machado J. O., *op cit.*, t. I, p. 227; Orgaz A., *op. cit.*, p. 300, nota 33.

Los requisitos expresados están contenidos implícitamente en el art. 131 que en su primer párrafo dice, luego de la reforma de la ley 17.711, así: "Los menores que contrajeran matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil con las limitaciones previstas en el artículo 134".

Pasamos a examinar aquellos requisitos.

663. — a) Pareciera que cualquiera fuere la edad de los menores se seguirá siempre la emancipación provocada por la celebración del matrimonio.

Pero observa Machado que ello será siempre que los menores fueren hábiles para contraer las nupcias, "porque nadie supondrá que se tenga como matrimonio la unión entre dos personas de diez años".⁷⁵ Orgaz participa de esta opinión, pero la correlaciona con la posible nulidad del acto, de modo que si pese a la falta de edad no es factible invalidar el matrimonio, por haber concebido la mujer (conf. art. 14, ley 14.394, y 85, inc. 1º "in fine", de la ley de matrimonio civil), quedará consumada la emancipación y, por consecuencia, extinguida la patria potestad o tutela.⁷⁶

Adherimos a esta opinión de Orgaz.

664. — b) En segundo lugar la emancipación requiere la celebración del matrimonio, que causa automáticamente la emancipación con independencia de toda otra formalidad adicional, como surge del nuevo art. 131.

Por tanto, si los terceros en poder de quienes se encontrasen los bienes del menor emancipado se resistieren a entregarlos a su dueño, éste deberá ser puesto en posesión de ellos sin forma de juicio, y con la sola justificación de haber celebrado matrimonio (arg. art. 130).

665. DISCUSIÓN ACERCA DEL REQUISITO DE LA AUTORIZACION. — El antiguo art. 131 parecía subordinar la emancipación a la condición que el matrimonio se hubiese celebrado "con la autorización necesaria, conforme a lo dispuesto en este Código".

Es lo que habían entendido Llerena y Segovia, quienes se atenían a la opinión de Freitas, de cuyo *Esbozo* (art. 67) fue tomado nuestro artículo.⁷⁷ Esta conclusión era indudable en el sistema del *Esbozo*, pues según el art. 70, si los menores se casaban sin las autorizaciones necesarias, eran considerados "incapaces como si no fuesen casados".

Sin embargo, entre nosotros, la generalidad de la doctrina llegaba a una conclusión diferente, y entendía que el matrimonio celebrado sir

⁷⁵ Machado, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁶ Orgaz A., *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁷ Segovia L., *op. cit.*, t. I, p. 52, nota a) al art. 177; Llerena B., *op. cit.*, t. I, pá. 288-289, nº 2.

la autorización del representante del menor igualmente producía la emancipación de éste.⁷⁸ Esta posición se fundaba en que siendo en tal caso válido el matrimonio debía producir el efecto normal de emancipar a los que lo contraen, a lo que se agrega la diversa redacción que tiene el art. 177 del Código y su trasunto actualmente vigente, el art. 13 de la ley de matrimonio civil, si se lo compara con el art. 70 del *Esbozo* de Freitas. Pues, allí donde éste decía que en esa hipótesis los menores serían reputados como si no fuesen casados, nuestro precepto dice simplemente: "*Casándose los menores sin la autorización necesaria, les será negada la posesión y administración de sus bienes hasta que sean mayores de edad; no habrá medio alguno de cubrir la falta de autorización*".

En suma, la generalidad de la doctrina consideraba que el único efecto que producía la falta de autorización del representante del menor es el que consigna el art. 13 de la ley 2393, es decir, impedir al menor entrar en la posesión de los bienes cuya administración competía al padre, que son los que aquél tenía adquiridos antes de la celebración del matrimonio o que hubiera adquirido después a título de donación o herencia. En cambio los adquiridos por el menor mediante su trabajo quedaban bajo su administración, pues eran los destinados a subvenir las necesidades de la nueva familia constituida, que la ley no ha querido perturbar al convalidar el matrimonio celebrado en esas condiciones.⁷⁹ Como se ve, el codificador había querido deslindar dos situaciones: la del representante y la del menor. El primero no se veía afectado por el matrimonio celebrado sin autorización suya y continuaba en la administración de los bienes de propiedad del menor, gozando el padre del usufructo sobre tales bienes o los que recibiera luego el hijo por donación o herencia. En cuanto al hijo, salvo el respeto de esa situación, aprovechaba de las ventajas de la emancipación provocada por el matrimonio respecto de todos los bienes cuyo usufructo no correspondía al padre (conf. art. 287, Cód. Civ.).

666. LEY 17.711.—La reforma del Código Civil, realizada por la ley 17.711, ha venido a corroborar la comprensión que sobre el punto precedente mantenía la generalidad de la doctrina. En efecto, el nuevo art. 131, párrafo segundo dice así: "*Si se hubieren casado sin autorización, no tendrán*

⁷⁸ Machado J. O., *op. cit.*, t. I, p. 228, nota al art. 131; Salvat R., *op. cit.*, n° 751, p. 334; Orgaz A., *op. cit.*, p. 301; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 493, p. 388; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 535, p. 301; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3°, n° 777, p. 177; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 131, n° 1, p. 637.

⁷⁹ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 535, p. 301; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 493, p. 388.

Hasta los veintiún años la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto de ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación".

Por tanto, si mediante adulteración de documentos u otros medios se hubiere logrado burlar al jefe del Registro Civil y obtenido la celebración del matrimonio, la emancipación produciría plenos efectos con la sola salvedad explicada precedentemente.

§ 2. Emancipación por habilitación de edad.

666 bis. CÓMO SE ADQUIERE. — Tal vez la innovación más importante que trae en materia de capacidad la ley 17.711, sea la renovación del viejo instituto de la habilitación de edad.^{79 bis} A ese respecto el nuevo art. 131 en sus partes tercera, cuarta y quinta, está redactado así: "***Los menores que hubieren cumplido dieciocho años podrán emanciparse por habilitación de edad, mediante decisión de quien ejerza sobre ellos la patria potestad. Si se encontraren bajo tutela, podrá el juez habilitarlo a pedido del tutor o del menor, previa sumaria información sobre la aptitud de éste. La habilitación paterna se otorgará por escritura pública que deberá inscribirse en el Registro Civil y Capacidad de las Personas. Tratándose de la habilitación judicial, bastará la inscripción de la sentencia en el Registro***".*

"A los efectos del ejercicio del comercio por el habilitado, deberá cumplirse con las disposiciones del Código respectivo"**.

^{79 bis} La emancipación por habilitación de edad, como la denomina el nuevo art. 131 tercera parte del Cód. Civil, es una institución que conoció nuestro país mientras rigió la antigua legislación española. Ya que con la sanción de la ley 17.711 se renueva ese antiguo instituto, es útil conocer algunas referencias sobre el mismo, que servirán para avalar la bondad de la reforma. A ese fin nos remitimos a los antecedentes que hemos consignado en nuestra obra *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, p. 31, nota 25, adonde remitimos al lector que se interese en conocer tales antecedentes.

* Párrafo sustituido por ley 23.264. Ver n° 666 bis.1.

** Párrafo suprimido por ley 23.264. Ver n° 700 bis.

“La habilitación podrá revocarse judicialmente cuando los actos del menor demuestren su inconveniencia, a pedido del padre, de quien ejercía la tutela al tiempo de acordarla o del Ministerio Pupilar”.

Con lo expuesto, se advierte que la reforma instituida por la ley 17.711 adopta en cuanto a la *forma de constitución* de la habilitación, de edad, un *régimen dual*: por voluntad paterna instrumentada en escritura pública, sin consulta del hijo; y por sentencia judicial a pedido del menor bajo tutela o de su tutor. En uno y otro caso, la escritura o la sentencia habrán de inscribirse en el Registro.^{79 bis 1} Llama la atención que pueda omitirse, en uno u otro caso, la conformidad del menor, lo que no podía ocurrir en el sistema del Anteproyecto de 1954, para el cual el pedido de habilitación era obra del menor, aunque debía contar con la *conformidad* del padre o tutor.^{79 bis 2} En cambio, está muy bien que la ley 17.711 no haya conferido al menor bajo patria potestad normal, el derecho a la habilitación contra la oposición del padre.^{79 bis 3}

^{79 bis 1} La ley 17.711 no aclara qué consecuencia puede producir la ausencia de inscripción de la escritura pública habilitante, o de la sentencia, en el respectivo registro. Como esa inscripción no está contemplada como un requisito de validez de la habilitación de edad, cabe concluir que aún sin ella, o durante el lapso que transcurra hasta la inscripción, el menor ya está efectivamente emancipado por habilitación de edad. Empero, tal emancipación será *inoponible* a los terceros de buena fe que la ignoraran por falta de inscripción (conf. arts. 1º y 76 del decreto-ley 8204/63). Por tanto, no podrá ser alegada la habilitación de edad contra ellos para despojarlos de derechos que les pudiera haber atribuido el padre o tutor del emancipado, en el desempeño aparente de la patria potestad o de la tutela. A este respecto, cabe señalar que por Resolución n° 18 del 1/7/68, el Director del Registro Civil decidió que en el Departamento de Inscripciones se lleve un Registro de las emancipaciones que se disponga en aplicación del art. 131 del C. Civil (ver “E.D.”, t. 24, p. 295). A su vez, la Resolución n° 24 del 29/8/68, estableció que los certificados de emancipación tendrán un plazo de validez de seis días, durante el cual no se inscribirá ninguna revocatoria con respecto a la emancipación de que se trate (ver “E.D.”, t. 24, p. 296).

^{79 bis 2} Empero esa conformidad no era de rigor. Podía prescindirse de ella si el menor era huérfano —caso de tutela— o cuando había sido abandonado por sus padres. En el sistema de la ley 17.711 puede llegarse a lo mismo, previa verificación de la pérdida o suspensión de la patria potestad (conf. arts. 307, inc. 2º y 309 primera parte, reformados por la ley 10.903).

^{79 bis 3} Ese derecho del menor a imponer al padre su propia habilitación está admitido por el Código italiano (art. 391) y por el Código mejicano (art. 642). Empero, no es apropiado porque a nadie se puede concebir más capacitado para ponderar la conveniencia de habilitar al hijo que a su propio padre o madre.

666 bis.1. REQUISITO DEL CONSENTIMIENTO DEL MENOR: LEY 23.264. — Acerca de esta cuestión, la doctrina y jurisprudencia habían interpretado, ya sea de lege lata o de lege ferenda, la necesidad o conveniencia de exigir el consentimiento del menor al acto de habilitación, pues su omisión entraña el peligro de colocar a éste frente a una serie de responsabilidades a las cuales puede no sentirse todavía capacitado para afrontar. Si bien es cierto que a los 18 años el discernimiento es pleno, la vida real demuestra que, a esa edad, no todos los menores tienen la necesaria experiencia, pues en ello inciden numerosos factores de educación, ambiente y determinadas condiciones personales que no siempre afloran tan tempranamente. De ahí que no sería lógico privar al menor de la protección que su incapacidad le brinda, aun contra su voluntad. También se advertía que no sería explicable que el padre tuviera en el art. 131 un recurso para liberarse de los deberes que le impone la patria potestad.

Recogiendo todas estas críticas, la ley 23.264 ha modificado el párrafo tercero del art. 131, de la siguiente manera: "*Los menores que hubieren cumplido 18 años podrán emanciparse por habilitación de edad con su consentimiento y mediante decisión de quienes ejerzan sobre ellos la autoridad de los padres. Si se encontraran bajo tutela, podrá el juez habilitarlos a pedido del tutor o del menor, previa sumaria información sobre la aptitud de éste. La habilitación por los padres se otorgará por instrumento público que deberá inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas*". -

Tratándose de la habilitación judicial bastará la inscripción de la sentencia en el citado registro".

Como se advierte, ahora es necesaria la conformidad del menor y además el consentimiento expreso de ambos padres, por ejercer conjuntamente la patria potestad (conf. arts. 264 y 264 quater, inc. 2º, del Cód. Civil, texto según la ley 23.264). Consecuentemente, la emancipación puede ser anulada por carecer del consentimiento del menor o de uno de los progenitores.

También ha sido modificada la *forma de constitución* de la habilitación de edad de menores bajo patria potestad, la cual deberá otorgarse por instrumento público, en lugar de la exclusiva escritura pública exigida por la ley 17.711. Por consiguiente, ahora podrá otorgarse la emancipación ante el juzgado donde tramite el divorcio de los padres, o ante el oficial público encargado del Registro del Estado

Y fuera de ello aquel derecho del hijo lastima la patria potestad y estimula litigios entre padres e hijos, con una fricción en el núcleo familiar que al legislador le interesa robustecer (véase lo que decimos al respecto en la obra *Estudio de la reforma del Código Civil*, p. 37, nota 28).

Civil y Capacidad de las Personas, quien con su firma y sello de la oficina respectiva, lo reviste del carácter de instrumento público (conf. art. 24, decreto-ley 8.204/63, texto según la ley 18.327).

666 ter. ASIMILACIÓN DEL HABILITADO DE EDAD AL EMANCIPADO POR MATRIMONIO. — En cuanto a los efectos de la *habilitación de edad*, no los consigna la ley expresamente. El nuevo art. 131 cuando encara el "status" de capacidad de los emancipados, se refiere a "*los menores que contrajeran matrimonio*" con respecto a los cuales dice que "*adquieran capacidad civil con las limitaciones previstas en el art. 134*", a las que hay que agregar también las restricciones del art. 135. Pero nada dice con respecto a los menores emancipados por *habilitación de edad*.

Ante ese silencio parece forzoso extender el estatuto de capacidad que rige al menor emancipado por matrimonio, instituido por los nuevos arts. 131, primera parte, 134 y 135, a los menores habilitados de edad.^{79 bis 4} Para ello juegan varias consideraciones. Por lo pronto, estos menores obtienen una "emancipación por *habilitación de edad*" como la denomina el nuevo art. 131, tercera parte, por donde es atinado aplicar a esos también emancipados, las reglas que gobiernan a los emancipados por otra causa, el matrimonio, aunque con respecto a aquéllos el resorte de contralor que implica para ciertos casos la conformidad del cónyuge, queda suplido por la directa autorización judicial (conf. nuevo art. 135). Por otra parte, la única alternativa posible sería la de dejar asimilados a los habilitados de edad a los mayores de edad como opinaba Orgaz en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. Pero es claro que para tamaña conclusión se requeriría un precepto expreso que así lo dispusiera, no pudiendo bastar la simple omisión de un estatuto de capacidad propio del habilitado de edad para deducir de ahí una equiparación con el mayor de edad enteramente capaz. Sería una consecuencia falta de toda proporción con su causa. Y fuera de ello está lo injustificado de una desnivelación entre el emancipado por matrimonio y el habilitado de edad: es claro que sería poco razonable que un joven casado, de 19 años de edad, tuviese un "status" de capacidad inferior al de otro joven coetáneo, soltero, habilitado de edad. Finalmente cuadra anotar en el sentido propugnado de la equi-

^{79 bis 4} Conf. Bustamante Alsina, Jorge H., "El nuevo régimen de la incapacidad según la reciente reforma del Código Civil", en "L. L.", del 27 de mayo de 1968, ap. X; Ibarlucía, A. (h), "Emancipación por matrimonio y emancipación por *habilitación de edad*", en "L. L." del 17 de junio de 1968, ap. III, B.

paración de los emancipados por matrimonio o por habilitación de edad, los precedentes del Anteproyecto de 1954 (art. 84) y la recomendación n° 3 aprobada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil del año 1961 que así lo dispusieron expresamente.

Surge de la asimilación ~~antedita~~ el cese de la patria potestad ~~que~~ provoca la habilitación de edad.^{79 bis 5} que es incompatible con la subsistencia de aquella institución. En ese sentido, deben entenderse ampliados los actuales art. 306, inc. 4° y art. 455, inc. 2°, que debieron retocarse para hacerlos literalmente comprensivos del supuesto de la habilitación de edad. Sólo queda por averiguar si el emancipado por habilitación de edad, que está exento de la patria potestad, puede contraer matrimonio por sí y ante sí, o si en este aspecto continúa sujeto a la autoridad del padre, a mérito de lo dispuesto en el art. 10 de la ley 2393. No obstante conceptuar que esto último hubiese sido preferible, y por ello así lo propiciamos en el art. 84 del Anteproyecto de 1954,^{79 bis 6} pensamos que no consiente esta conclusión el régimen legal tal como surge de la reciente reforma. En efecto, el habilitado de edad es un emancipado apto para todos los actos de la vida civil, salvo los exceptuados, y como la ley no le ha impedido contraer nupcias sin autorización paterna, ha de concluirse que esa posibilidad cae en el ámbito indefinido de la regla general de capacidad. Contra ello no cabe argüir con lo preceptuado por el art. 10 de la ley de matrimonio civil, porque esta norma se refiere a los *menores de edad*, y los habilitados de edad han dejado de serlo, conceptualmente, por su emancipación.^{79 bis 7}

^{79 bis 5} Conf. Bustamante Alsina, J. A., e Ibarlucía, A. (h), sus trabajos citados en la nota anterior.

Esa equiparación de los emancipados por matrimonio o habilitación de edad, hacía aconsejable redactar los nuevos arts. 131 y 133 en la forma indicada por Bustamante Alsina en el trabajo antes citado, donde sugiere para esas disposiciones la redacción siguiente: Art: 131: "Los menores que contrajeran matrimonio u obtuvieren habilitación de edad..." Art. 133: "La emancipación por matrimonio es irrevocable y produce el efecto... El mismo efecto producirá la emancipación por habilitación de edad".

^{79 bis 6} El art. 84, segunda parte, del Anteproyecto de 1954 está redactado así: "Los menores habilitados de edad ~~quedarán~~ en la misma situación que los menores emancipados, pero para contraer matrimonio requerirán la autorización de su representante legal como si no hubiese mediado habilitación".

Esto significa que la habilitación de edad, pese a extinguir la patria potestad o la tutela (conf. art. 569, inc. 5 y 612, inc. 5 del Anteproyecto de 1954) deja subsistir la autoridad del padre o tutor, a los solos fines de la celebración del matrimonio. Es una influencia ya no de la autoridad legal sino de la autoridad moral del padre o tutor a que se refiere Bustamante Alsina en su citado trabajo y que habría sido interesante ver reflejada en la reciente reforma.

^{79 bis 7} Conf. nuevo art. 128, primera y tercera parjes.

Recogiendo todas estas críticas, la ley 23.264 sustituyó el art. 10 de la ley 2.393 por el siguiente: *“La mujer mayor de catorce años y el hombre de dieciséis años pero menores de edad aunque estén emancipados por habilitación de edad no pueden casarse entre sí ni con otra persona sin el consentimiento de su padre y de su madre; o de aquel de ellos que ejerza la patria potestad o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce o en su defecto sin el del juez. Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito necesitan consentimiento del curador o autorización del juez”*.

Ahora el art. 168 del Cód. Civ. (ley 23.515) dispone: *“Los menores de edad, aunque estén emancipados por habilitación de edad, no podrán casarse entre sí ni con otra persona sin el asentimiento de sus padres, o de aquel que ejerza la patria potestad, o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce o, en su defecto, sin el del juez”*.

666 quater. REVOCACION DE LA HABILITACION DE EDAD.— El nuevo artículo 131, en su parte final, contempla la posible revocación de la habilitación de edad, a instancia del padre, del ex tutor o del ministerio pupilar. Tal revocación es odiosa en materia de capacidad, porque implica una “capitis deminutio”, vejatoria para quien habrá de sufrir, esa en cierto modo, amputación de su personalidad. En Francia, “en la práctica las revocaciones de emancipación son extremadamente raras”.^{79 bis 8} En nuestro país, por la violencia moral que entrañará la revocación, es dable presumir que constituirá un resorte prácticamente desconocido. Y aunque, en algún caso, se lo llegue a emplear resultará un remedio tardío, pues no podrá evitar el ya consumado deterioro del patrimonio del menor por las obligaciones incontraladas que haya asumido y que podrán conducirlo a la ruina. Es preferible, en nuestra opinión, controlar más de cerca la actuación de un emancipado que está cumpliendo una suerte de noviciado de la vida

En consecuencia es muy plausible la reforma propuesta por el doctor Armando Ibarlucía (h) en el sentido de completar el art. 10, ley 2393, con el siguiente párrafo: “Los mismos recaudos serán necesarios en el caso de que se trate de menores emancipados por matrimonio anterior disuelto o anulado o por habilitación de edad” (véase su trabajo ya citado, ap. III, letra A).

^{79 bis 8} Ripert y Boulanger, *Tratado de Derecho Civil*, ed. Bs. As., t. III, n° 2780, p. 552.

En Italia (Cód. Civil art. 398) puede revocarse la emancipación cuando los actos del menor demuestran la incapacidad para administrar. En cambio en Alemania la habilitación de edad que convierte al menor en sujeto plenamente capaz no es revocable (Cód. Civil, arts. 3 a 5).

civil independiente, antes que llegar a una marcha atrás que por rigurosa, resultará, en los hechos, ilusoria y estéril.^{79 bis 9}

III. — RÉGIMEN DE CAPACIDAD DEL MENOR EMANCIPADO

667. PRINCIPIO. — La emancipación es causa de extinción de la patria potestad (art. 306, inc. 4º), y de la tutela (art. 455, inc. 2º), así como de la incapacidad del menor (art. 128, in fine). Por consiguiente, el menor emancipado queda en la situación de capacidad de las personas mayores de edad, y está habilitado para todos los actos de la vida civil (conf. art. 133):

Con todo, la condición del menor emancipado no es idéntica a la del mayor de edad, pues su capacidad general se ve modificada por la incidencia de los arts. 134 y 135 del Código que estudiaremos en seguida. Por el juego de todas esas disposiciones el menor emancipado queda ubicado como persona capaz con restricciones para actos determinados; es capaz por regla general, e incapaz por excepción, respecto de ciertos actos de carácter patrimonial. Con ello se observa que su régimen de capacidad se rige por un principio contrario al que gobierna la capacidad del menor adulto. Éste es incapaz por regla general y capaz por excepción; el menor emancipado, a la inversa, es capaz

^{79 bis 9} Es mejor prevenir que curar, sobre todo si producido el mal del grave desmedro patrimonial, ya no tendrá compostura posible. Por ello, todo este asunto de la emancipación estaba pensado y solucionado en el Anteproyecto de 1954 con un criterio diferente al que campea en la reciente reforma. Aunque la habilitación de edad era irrevocable (art. 84, parte final), el habilitado de edad no realizaba una gestión incontrolada pues requería la autorización judicial para enajenar o gravar inmuebles, fondos o rentas públicas, acciones de compañías o cuotas sociales y para contraer obligaciones por cifras que ahora equivaldrían a \$ 1.000.000 salvo que la deuda fuese consecuencia de la simple administración de los bienes (art. 82 con varios incisos). No se da un arma de fuego a quien puede no saber usarla, pues, luego aunque le sea quitada no se podrá borrar la herida causada o tal vez la muerte. En el sistema de la ley 17.711 el habilitado de edad tiene tan amplia capacidad para contraer obligaciones sin contralor alguno, que por esa vía indirecta podrá comprometer toda su fortuna y hacer enajenación de todos sus bienes, lo que es realmente grave. Adviértase que esta novedad de la habilitación de edad sólo será utilizada con respecto a los menores pudientes, pues a los otros les basta la amplia capacidad laboral o profesional que les confiere el nuevo art. 128, partes segunda y tercera.

por regla general e incapaz por excepción, con la particularidad de que las excepciones no inciden en las relaciones de familia.

En cuanto a la materia patrimonial, el menor emancipado sufre dos clases de restricciones. Por las primeras, consignadas en el art. 134, está incapacitado para la realización de ciertos actos que le están prohibidos; por las segundas, indicadas en el art. 135 y correlativos, está incapacitado para obrar por sí solo, pero puede hacerlo con la conformidad de su cónyuge que fuese mayor de edad, o en defecto de ello, con la aprobación judicial. Es este un sistema de asistencia.

668. I) ACTOS ABSOLUTAMENTE PROHIBIDOS. — Según el antiguo art. 134 los emancipados por matrimonio, que era la única causa de emancipación, no podían “ni con autorización del Defensor de Menores, y bajo pena de nulidad, aprobar las cuentas de sus tutores, y dar finiquito a éstos, ni hacer donaciones de bienes de cualquier especie y valor por actos entre vivos”.

En consecuencia los menores emancipados, en el sistema derogado, no podían:

1) Aprobar las cuentas de la tutela ni dar finiquito al tutor. El finiquito consiste en la conformidad con la gestión desarrollada y el saldo patrimonial arrojado por ella. Ambos asuntos —la aprobación de las cuentas y el finiquito— competían al juez de la tutela, en un procedimiento con intervención del Ministerio de Menores, que es representante promiscuo de todos los incapaces y a este efecto sigue siéndolo el menor emancipado, y de éste mismo asistido por un curador especial.^{79 ter}

2) No podían hacer donaciones de bienes de cualquier especie o valor, prohibición que no alcanzaba a las transmisiones testaméntarias. También se entendían permitidas: a) las donaciones de bienes adquiridos con su profesión o industria por el menor, que estando autorizadas a favor del menor adulto por el art. 1807, inc. 7º, debían reputarse auto-

^{79 ter} Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 542, p. 303; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 497, p. 390; Orgaz A., *op. cit.*, p. 308; Salvat R., *op. cit.*, nº 763, p. 349; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 134, nº 6, ps. 642-643.

rizadas también tratándose del menor emancipado que era absurdo pudiera pasar a una situación peor a este respecto; b) las donaciones por causa de matrimonio, que el esposo hiciera a la esposa (conf. arts. 1217, inc. 3º, y 1222); c) los obsequios o presentes de uso, que estando permitidos a los tutores (art. 450, inc. 5º, y art. 1807, inc. 4º), debían conceptuarse también permitidos “a fortiori”, a los menores emancipados; ⁸⁰ d) las donaciones inherentes a la profesión religiosa que hicieren, pues si tales enajenaciones han sido autorizadas a los menores adultos ⁸¹ con mayor razón debían serlo tratándose de menores emancipados.

3) No podían ser fiadores (art. 2011, inc. 1º).

668 bis. LEY 17.711.— El “status” de capacidad del menor emancipado queda profundamente alterado por la ley 17.711. Como en el Código de Vélez la condición básica del emancipado es la capacidad, pero el criterio de las excepciones varía ahora fundamentalmente. En el viejo Código había actos totalmente prohibidos como eran la aprobación de cuentas de la tutela y finiquito al tutor y la donación de bienes de cualquier especie y valor (antiguo art. 134), así como la constitución de fianzas (art. 2011, inc. 1º).

El nuevo art. 134 dice ahora así: “*Los emancipados no pueden ni con autorización judicial: 1º Aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito; 2º Hacer donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito; 3º Afianzar obligaciones*”.

Esto significa que, mientras los transcriptos incisos 1º y 3º mantienen la situación precedente, el inciso 2º innova en ella substancialmente: desde ya, esa regla erige una discriminación entre los bienes que integran el patrimonio del

⁸⁰ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 497, p. 390, ap. b), 3º); Arauz Castex M., *op. cit.*, nº 542, p. 304; Orgaz A., *op. cit.*, p. 309; Salvat R., *op. cit.*, nº 765, p. 330; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 134, nº 10, p. 643; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3º, nº 787, p. 209.

⁸¹ Cám. Civ., 1º, “J. A.”, t. 73, p. 461

emancipado, según que hayan sido habidos a título gratuito o a título oneroso. Estos últimos pueden ser donados, aquéllos otros, no.^{81 bis}

669. — Algunos autores consideran que los menores emancipados son inhábiles para el desempeño de la *tutela* y *curatela*, pues los arts. 389, inc. 1º, que rigen también para la curatela (art. 475) vedan esa función a los menores sin distinción.⁸²

Nosotros compartimos la opinión de Borda en el sentido de que tal prohibición no alcanza a los menores emancipados que están habilitados para todos los actos de la vida civil salvo aquellos expresamente exceptuados, no pudiéndose considerar que lo están aquellas funciones previstas en una disposición que dudosamente puede alcanzar a los menores emancipados.⁸³ Para robustecer este punto de vista hay un argumento de congruencia: sin disputa los menores emancipados ejercen la patria potestad sobre sus hijos, por lo que no hay razón para que no puedan desempeñarse como curadores de sus padres o como tutores de los hijos de otros, tal vez sobrinos suyos.

670. II) ACTOS QUE ESTABAN SUPEDITADOS A AUTORIZACIÓN JUDICIAL. — A este respecto el antiguo art. 135 decía: “Tampoco podrán, sin expresa autorización del juez, y bajo pena de nulidad, vender o hipotecar bienes raíces, de cualquier valor que sean; ni vender los fondos o rentas públicas que tuviesen, ni las acciones de compañías de comercio o de industria; ni contraer deudas que pasen del valor de quinientos pesos; ni hacer arrendamientos, como arrendatarios, por plazo que exceda de tres años; ni recibir pagos que pasen de mil pesos; ni hacer transacciones, ni sujetar un negocio a juicio arbitral; ni estar en juicio en pleito civil”.

^{81 bis} Una cuestión ardua habrá de plantearse cuando se trate de bienes obtenidos por el emancipado a título oneroso, mediante la entrega de fondos provenientes de la realización de bienes obtenidos gratuitamente, v. gr., si hereda de un pariente unas acciones a las que enajena para comprar un automóvil, ¿podrá donar el vehículo? Aunque la letra del inc. 2 del nuevo art. 134 autorice al acto, creemos que el principio de subrogación real lo impide y que es ésta la solución que corresponde interpretar.

⁸² Bafaille H., *Sucesiones*, t. 2, nº 420, p. 292; de Gásperi L., *Sucesiones*, t. 3, p. 468; Llerena B., t. 10, art. 3705, p. 102, nº 1.

⁸³ Borda G. A., *op. cit.*, t. 1, nº 507 bis, p. 396, quien cree que luego de la ley 11.357 la opinión contraria es insostenible. Para nosotros esta ley es irrelevante en el régimen básico de la emancipación (ver *infra*, nº 680).

Las importantes restricciones mencionadas en esta disposición habían dado lugar a varias dificultades de las que nos ocupamos seguidamente, por la importancia que conserva ese artículo para apreciar la validez de los actos cumplidos por los emancipados antes del 1º de julio de 1968 fecha de vigencia de la ley 17.711.

671. 1) VENTA O HIPOTECA DE BIENES RAÍCES. — El precepto prohibía la venta o hipoteca de inmuebles y con ello quedaban igualmente prohibidos otros actos que se regían por los mismos principios, tales como la permuta (art. 1492), el usufructo (art. 2831) el uso y la habitación (art. 2949), las servidumbres (art. 2979) y el anticresis (art. 3241). Por tanto, el Código debió referirse genéricamente a todo acto de enajenación y de constitución de derechos reales sobre inmuebles.⁸⁴

La adquisición de inmuebles no cae en la prohibición y por tanto podía ser efectuada por el menor emancipado, con tal que el saldo deudor no pasase de \$ 500.⁸⁵

En cuanto a la compra con hipoteca, caía en la prohibición doblemente por tratarse de una constitución de hipoteca e importar al propio tiempo contraer una obligación superior a la tasa de \$ 500 desde que es absurdo pensar que la deuda pudiese ser inferior a esta cantidad. Luego tal compra no podía ser realizada por el menor emancipado, salvo que mediase la autorización judicial.⁸⁶

La enajenación, gravamen o adquisición de cosas muebles podían ser libremente efectuadas, salvo lo que resultase de las disposiciones siguientes.

672. 2) ENAJENACIÓN DE TÍTULOS O ACCIONES. — El antiguo artículo 135 también impedía la enajenación de títulos de la deuda pública (*fondos o rentas públicas*), o de acciones de compañías, de industria y comercio.

Esta disposición no había sido modificada, sino corroborada por el art. 1440, pues la alusión al monto de \$ 500, que contiene el final

⁸⁴ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 309, n° 25, ap. 1); Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 400, p. 391; Spota A. G., t. I, vol. 3², n° 789, ps. 211 y ss.

⁸⁵ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 499, p. 391; Orgaz A., *op. cit.*, p. 310; Spota A. G., t. I, vol. 3², n° 789, p. 214; Cám. 2ª Civ., "L. L.", t. 23, p. 632; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 18, p. 173.

⁸⁶ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 310, texto nota 54; Borda G. A., *op. cit.*, n° 499, p. 391; Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 38, p. 334. Contra: Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3², n° 789, ps. 212 y ss.; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 18, p. 173.

de este artículo, se refiere a la cesión de créditos exclusivamente y no de títulos públicos o acciones de sociedades anónimas. Por tanto, la enajenación de estos últimos bienes quedaba prohibida —salvo la autorización judicial— cualquiera fuere su monto.⁸⁷

673. 3) OBLIGACIONES SUPERIORES A \$ 500 Y PAGOS MAYORES DE \$ 1.000. — Quedaba prohibido al menor emancipado contraer obligaciones que excedieran de \$ 500 (art. 135, cláusula 3ª) o recibir pagos superiores a \$ 1.000 (art. 135, cláusula 5ª), sin autorización del juez.

Las cifras resultaban enteramente anacrónicas por la desvalorización sufrida por la moneda. De ahí que el Anteproyecto de 1954 llevara esas cifras, respectivamente, a \$ 5.000 y \$ 10.000, excluyendo en ambos casos lo que fuera consecuencia de la simple administración de los bienes del emancipado (art. 82, inc. 3º). En la actualidad correspondería centuplicarlas, o más aún.

El cómputo de la tasa legal debía hacerse por cada operación sin que fuera dable fraccionar ésta para eludir la prohibición de la ley.

La obligación o los pagos excesivos se anulaban por el total correspondiente y no sólo por el exceso sobre la tasa permitida.⁸⁸

674. 4) ARRENDAMIENTOS. — El art. 135, cláusula 4ª prohibía la contratación de arrendamientos por un término superior a 3 años. Con relación a los arrendamientos rurales el plazo había sido ampliado hasta 5 años (art. 17, inc. b] de la ley respectiva).

Es de notar que el codificador no mostró un criterio muy seguro para definir cuándo por razón de la amplitud del plazo el arrendamiento se transformaba de acto de administración en acto de disposición de bienes: así en varias hipótesis semejantes adoptó plazos distintos, tales como los indicados en el art. 443, inc. 10, que permite al tutor arrendar hasta por 5 años; en el art. 1278, que facultaba al marido para arrendar hasta por 8 y 5 años los inmuebles rurales o urbanos de su mujer, respectivamente; y en el art. 1881, inc. 10, que exige poderes especiales para arrendar inmuebles de otro por plazo mayor de 6 años. En todos esos casos, como en el presente, debió adoptarse un término común que el Anteproyecto de 1954 ha fijado en 5 años (art. 82, inc. 4º).

⁸⁷ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, nota art. 55, ap. 311; Lafaille H., *Curso de Contratos*, t. II, nº 235, p. 139; Machado J. O., *op. cit.*, t. I, p. 235, nota art. 135, nº 2; Busso E., *op. cit.*, t. I, nº 27, art. 135, p. 648. Comp. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 500, ps. 391-392; Llerena B., *op. cit.*, t. I, p. 294, nº 1; Segovia L., *op. cit.*, t. I, p. 418, art. 1442, nota 8.

⁸⁸ Orgaz A., *op. cit.*, p. 311; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 501, p. 392; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 135, nº 31, p. 649; Cám. Fed. Bahía Blanca, "J. A.", t. 50, p. 800.

675. 5) TRANSACCIONES O ARBITRAJES. — A este respecto el emancipado carecía de capacidad para obrar por su sola cuenta, lo que se explica por el carácter excepcionalmente riesgoso de estos actos que, no teniendo que ver con la ordinaria administración de los bienes de aquél es dable dejarlos al margen de su capacidad, independientemente del monto del derecho a que la transacción o el arbitraje se refieran.⁸⁹

676. 6) ACTUACIÓN EN PLEITO CIVIL. — Según el art. 135, cláusula final, le estaba vedado al emancipado sin la autorización del juez estar en juicio en pleito civil.

Esta disposición no ha sido en general correctamente interpretada.

La capacidad para estar en juicio es derivada de la habilidad que tenga el litigante para celebrar los actos que sean motivo del juicio.⁹⁰ Al preverse esta prohibición en el art. 135 se ha querido impedir que el emancipado pudiera hacer por vía judicial, desistiendo de un derecho, p. ej., lo que le estaba vedado hacer directamente.

Por estas consideraciones entendemos que la prohibición de estar en juicio civil se refería a los juicios que versan sobre actos que le están impedidos al emancipado, pero no cuando el objeto del pleito constituye algo que él hubiera podido hacer por sí solo, v. gr., reconocer una filiación o desconocer una paternidad, o demandar el cobro de alquileres hasta \$ 1.000.⁹¹

Concordamos con Borda en que en los supuestos respecto de los cuales la actuación en juicio quedaba supeditada a la autorización judicial era suficiente con que se recabase ésta, sin necesidad de sujetarse a la actuación emparejada con un curador, como ha sido entendido generalmente.⁹² La exigencia de la actuación bajo esa forma en hipótesis especiales como las del art. 3456 para la partición de la herencia, y el art. 76 de la ley de matrimonio civil para el juicio de divorcio, no justificaba que se proyectara ese mismo modo de actuar en justicia cuando se trata de las situaciones generales. Hay allí una inducción inmotivada carente de virtualidad para imponer al emancipado, que

⁸⁹ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 314; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 503, p. 393; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 135, n° 39, p. 649. Comp. Machado J. O., *op. cit.*, t. I, p. 237, nota art. 135, n° 6.

⁹⁰ Conf. Alsina Hugo, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. I, ps. 279 y ss.; Borda A. G., *op. cit.*, t. I, n° 504, p. 394.

⁹¹ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, *loc. cit.*, en nota anterior.

⁹² Así Orgaz A., *op. cit.*, p. 315, ap. b); Salvat R., *op. cit.*, n° 773, p. 352; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 135, n° 59, p. 650. La jurisprudencia era vacilante y había comenzado a disentir de esta opinión. Sin embargo, aun manifestándola, había optado por la simple autorización cuando se trataba de un acto aislado: Cám. Civ. 2°, "J. A.", t. 28, p. 867; *id.*, *id.*, t. 38, p. 334.

está habilitado para todos los actos de la vida civil, una restricción no consignada en la ley.⁹³

677. — La limitación examinada anteriormente se refería a los *juicios civiles*. Por tanto, y ante la interpretación restrictiva que correspondía hacer de las excepciones, especialmente si se refieren a la materia de la capacidad, no podía extenderse a los juicios de otra índole.

Tratándose de juicios criminales, el emancipado podía actuar como querellante y como acusado, pues la índole extrapatrimonial del pleito lo dejaba fuera de las limitaciones de los arts. 134 y 135 del Código Civil.^{93 bis}

La misma conclusión, aunque por distintos motivos, correspondía adoptar tratándose de juicios que se ventilan ante el fuero del trabajo pues a ese respecto había un facultamiento expreso, el art. 37 del decreto-ley 32.347/44, que favorece al menor adulto y que, lógicamente, debía extenderse "a fortiori" a favor del emancipado, por resultar absurdo que éste pudiera emanciparse para quedar en algún aspecto en peor situación de capacidad.

678. 7) CESIÓN DE CRÉDITOS SUPERIORES A \$ 500. — Por el artículo 1440 se contempla una restricción a la capacidad de los menores emancipados no enunciada en el art. 135, y que se refiere a la cesión de créditos por un monto superior a la cifra de \$ 500.

Se comprende, sin duda, la conveniencia de alguna previsión en este sentido, por cuanto de lo contrario podía quedar en libertad el emancipado para enajenar sin control alguno parte de su capital, siendo así que lo referente al desplazamiento de bienes integrantes de su haber ha quedado bajo el control judicial. Pero el tope fijado es harbo exiguo y debió ser concordada con la autorización para recibir pagos por el doble de esa suma. Es de notar que esta limitación de capacidad subsiste, en nuestra opinión, después de la ley 17.711 (véase *infra*, nº 680 bis).

⁹³ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 505, p. 395. En diversos casos, los tribunales habían decidido que respecto de la menor emancipada, por aplicación del art. 7º de la ley 11.357, ella podía litigar sin necesidad de autorización judicial ni designación de curador, cuando se ventilaban actos que no son de disposición, destacando la diferencia en que se encontraba en comparación con el varón emancipado: Cám. Civ. 2º, "J. A.", t. 40, p. 197; Cám. Civil 1º, "J. A.", t. 27, p. 725; Sup. Corte de Tucumán, "J. A.", t. 53, p. 519. Nosotros pensamos que el art. 7º de la ley 11.357 no modificó la condición de capacidad procesal de la mujer casada, la que se encontraba en la misma situación que el varón, como decimos más adelante.

^{93 bis} Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 506, p. 395. Comp. Salvat R., *op. cit.*, nº 772, p. 352; Orgaz A., *op. cit.*, p. 314, nº 6, ap. a), autores que distinguían la acusación de la defensa eximiendo sólo a ésta de la autorización judicial.

679. 8) **ACEPTACIÓN O RENUNCIA DE HERENCIA.** — Según el artículo 333 del Código “*pueden aceptar o repudiar la sucesión todos los que tienen la libre administración de sus bienes*”. Como no es ésa la situación del emancipado cuya administración no es libre, sino restringida, se concluye que aquél sólo puede aceptar o repudiar herencias “*bajo las condiciones y en las formas prescritas por la ley para suplir su incapacidad*” (art. 333, “*in fine*”) Esta solución es la que mejor consulta los intereses del emancipado que podría resultar gravemente comprometido por la adición de una herencia insolvente.

680. **NULA INFLUENCIA DE LA LEY 11.357 EN EL RÉGIMEN DE LA EMANCIPACIÓN.** — Con frecuencia autores y sentencias judiciales acudían al art. 7º de la ley 11.357 de derechos civiles de la mujer para derivar de ese precepto modificaciones al sistema de la emancipación del Código Civil, de las que se había hecho beneficiario por voluntad del intérprete, al propio varón emancipado no mencionado en aquella disposición, al favor del argumento según el cual todo lo legislado en pro de la mujer debía ser entendido también en pro del varón.

Según nuestro punto de vista, que fundaremos adecuadamente en el lugar oportuno (véase *infra*, nº 841 y ss.), el art. 7º de la ley 11.357 no alteraba el sistema de capacidad organizado para el menor o la menor emancipados, por el Código Civil. La única novedad que ese precepto traía era sustituir respecto de la menor emancipada la autorización judicial por la venia del marido. Sólo cuando éste fuera menor de edad o se negare a acordar su venia, la mujer debía acudir a la autorización judicial.

680 bis. **LEY 17.711. ACTOS SUPEDITADOS A AUTORIZACIÓN JUDICIAL.** — Muy intensa es la transformación que la ley 17.711 ha introducido en los actos que sólo le eran relativamente prohibidos al emancipado, pero que éste podía válidamente efectuar con autorización judicial. Según el viejo Código en esa categoría estaban la venta o hipoteca de bienes raíces, la venta de títulos o acciones, la contracción de obligaciones o recepción de pagos por ciertos importes,

que resultaban ridículamente exiguos en la actualidad por la depreciación monetaria, la contratación de arrendamientos, por cierto lapso, la transacción o el compromiso arbitral, la actuación en pleito civil y la cesión de créditos excedentes de cierta cifra.

Todo ese panorama ha quedado casi totalmente desvanecido por el nuevo art. 135 que dice: *“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 mediase acuerdo de ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad”*.

Se trata de uno de los preceptos más defectuosos de los contenidos en la ley 17.711. Aquí se comienza con una imperfección técnica al decir que “los emancipados adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes”, lo que implica una “superfetación”, como habría dicho Colmo. Pues, si están habilitados “los casados para todos los actos de la vida civil, salvo lo dispuesto en los arts. 134 y 135” (nuevo art. 133), no procedía reiterar en el art. 135 un facultamiento que ya estaba concedido por una regla general de capacidad. Sólo correspondía establecer la restricción pertinente, que pudo redactarse así: “Los emancipados no pueden sin la conformidad de su cónyuge mayor de edad, o en su defecto sin autorización judicial, disponer de sus bienes adquiridos por título gratuito, antes o después de la emancipación”. Este es el claro sentido de la disposición que deja al emancipado una amplia capacidad para actuar sin contralor alguno con respecto a la disposición de bienes obtenidos a título oneroso, por ejemplo los comprados con sus ganancias o con los frutos de sus otros bienes, o tratándose de actos no referidos a ciertos bienes en particular.

No podemos estar de acuerdo con un sistema que deja al menor emancipado —tal vez una joven de catorce años— una tal latitud de atribuciones. Adviértase que ella puede contraer por sí sola obligaciones sin cortapisa alguna, y por esa vía dar lugar a la ejecución de sus bienes de cualquier origen; si no puede enajenar, por sí sola y directamente, los bienes recibidos por un título gratuito, puede, por ese medio incontrolado llegar a la enajenación indirecta de esos mismos bienes con grave riesgo para la consistencia de su patrimonio; y aunque se entienda —lo que sería forzar mucho la argumentación— que el fondo de bienes adquiridos gratuitamente por la emancipada no es ejecuta-

ble por sus acreedores, siempre podrán éstos esperar a la mayoría de edad de su deudora para proceder a esa ejecución.⁹⁴

En suma, el sistema elaborado con respecto a los emancipados que pueden ser apenas adolescentes, significa para ellos, un completo desamparo. Habría sido más prudente no abandonar la enunciación de restricciones precisas que contenía el antiguo art. 135 del Código, sometido, desde luego, a una "substancial actualización", como fue votado en el año 1961 por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil.^{94 bis} No obstante hay una restricción precisa, que aún felizmente subsiste: es la relativa a la cesión de créditos, pues el art. 1440 no ha sido tocado por la reforma. En consecuencia, para ceder "créditos que pasen de quinientos pesos" todavía necesita el menor emancipado o el habilitado de edad que se le asimila, la expresa autorización judicial.^{94 ter}

681. CRITERIO PARA ACORDAR LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL. — Según el art. 136: "*la autorización judicial no será dada sino en caso de absoluta necesidad o de ventaja evi-*

⁹⁴ Conf. Méndez Costa M. J., *Situación jurídica de los emancipados por matrimonio y por habilitación de edad*, en "J. A.", Doctrina-1969, p. 418, texto nota 76.

Contra: Borda G. A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, n° 62, p. 100; Arauz Castex M., *Parte general. La reforma de 1968*, p. 61. Para estos autores los bienes recibidos gratuitamente forman un patrimonio separado no ejecutable por los acreedores del emancipado. Pero esa discriminación carece de apoyo en el texto legal y contraviene el consabido principio según el cual el patrimonio es la garantía colectiva de los acreedores: si el deudor ha contratado válidamente no hay razón valedera para sustraer de aquella garantía a bienes que no son inembargables. Para tamaña conclusión sería menester una norma legal de inembargabilidad que no puede ser suplida por la voluntad del intérprete.

^{94 bis} Este fue el criterio adoptado por el Anteproyecto de 1954 en su art. 82, y el que antes habían mantenido el Anteproyecto Bibiloni (art. 890) y el Proyecto de 1936 (art. 561). También fue seguido por el Anteproyecto De Gásperi de 1964 de la República del Paraguay (arts. 196 y 197). La innovación de la ley 17.711 rompe con la tradición del país en esta materia, sin lograr una efectiva protección de los emancipados. Esto es tanto más lamentable si se piensa que salvo algunas opiniones aisladas vertidas en el debate suscitado en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, el cambio no era reclamado por la doctrina nacional.

^{94 ter} No cabe entender que el art. 1440 ha quedado tácitamente derogado por el nuevo art. 135. Por lo pronto, porque ambos preceptos integran, desde ya un cuerpo legal único siendo inconcebible que en un mismo articulado unos preceptos puedan derogar a otros: es claro que es menester conciliar sistemáticamente a todos. Además, el nuevo art. 135 establece un ordenamiento general, y sabido es que la ley general no deroga tácitamente a la ley especial (véase en esta obra, t. I, n° 61).

Contra: Borda G. A., cit. en nota 94, p. 103, nota 89.

dente, y las ventas que se hicieren de sus bienes, serán siempre en pública subasta”.

Este precepto contiene una directiva para los jueces, indicándoles que no deben acordar su autorización sino cuando la necesidad de realizar el acto en cuestión fuere “absoluta” o la ventaja para los intereses del emancipado “evidente”. Pero es de notar que la pretendida o efectiva ausencia de esas calidades, que han sido libradas a la apreciación del magistrado, no influyen sobre la suerte del acto cumplido que ha de considerarse formalmente perfecto desde que ha sido obrado con la aprobación judicial.⁹⁵

En cuanto a la forma de llevar a cabo la enajenación, cuando de esto se trate, será imperativa la subasta judicial, como dice el artículo. Sólo cuando medien muy graves razones podrá optarse por la venta privada.⁹⁶

682. SANCIÓN QUE RECAE SOBRE LOS ACTOS PROHIBIDOS. — Los arts. 134 y 135 no determinan que las prohibiciones que contienen son establecidas bajo pena de nulidad. Sin embargo es indudable esa sanción porque el art. 1042 declara “*nulos los actos jurídicos otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto, o que dependiesen de la autorización del juez . . .*”, previsiones en las que quedan comprendidas las hipótesis de los arts. 134 y 135, antes mentadas.

En efecto, el art. 134 impone al menor emancipado una incapacidad en relación a los actos allí expresados y el art. 135 hace depender la validez del acto cuando así se requiere de la autorización del juez. Por tanto no queda duda que los actos prohibidos por el art. 134, así como los supeditados a la autorización judicial, cuando se ha prescindido de ella, son nulos.

En cuanto al carácter de la nulidad consideramos que en ambas hipótesis los actos son de nulidad relativa por no haberse instituido la nulidad por un motivo de orden público sino para lograr la mejor protección del emancipado. Consiguientemente, luego de adquirida la

⁹⁵ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 325, n° 30; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 509, p. 398; Salvat R., *op. cit.*, n° 776, p. 354; Llerena R., *op. cit.*, t. I, p. 303, n° 6.

⁹⁶ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 510, p. 398; Orgaz A., *op. cit.*, p. 324, n° 29; Salvat R., *op. cit.*, n° 777, p. 354; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 136, n° 12, p. 653; Llerena B., *op. cit.*, t. I, p. 302, núms. 3 y 4.

plena capacidad el emancipado puede confirmar esos actos, incluso los prohibidos por el art. 134.⁹⁷

IV. — CARÁCTER IRREVOCABLE DE LA EMANCIPACIÓN POR MATRIMONIO

683. NOCIÓN. — El carácter irrevocable de la emancipación derivada del matrimonio significa que una vez constituida no desaparece aunque llegue a cesar la causa que le diera origen.

Al respecto el art. 133 decía: *“La emancipación por matrimonio es irrevocable y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil salvo lo dispuesto en los arts. 134 y 135, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad por muerte de uno de ellos, tengan o no hijos”*.

684. DIVERSAS HIPÓTESIS. — El precepto transcrito se refiere al supuesto de la disolución del matrimonio por muerte de uno de los esposos y afirma la irrevocabilidad de la emancipación aun cuando no hubieren hijos de la unión disuelta. A esas hipótesis han de agregarse las de disolución por divorcio vincular, de divorcio no vincular y de nulidad del matrimonio a que se refiere el art. 132 del Código.

Pasamos a considerar esas distintas hipótesis en particular.

685. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO. — La solución legal es enteramente clara. La emancipación perdura, pese a la disolución del matrimonio por la muerte del otro esposo. El codificador agrega que la misma consecuencia se sigue con independencia de que queden hijos o no, afirmación he-

⁹⁷ Contra: Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 134, n° 3°, p. 642; Orgaz A., p. 324. Los demás autores no examinan lo concerniente a la sanción de los actos prohibidos por el art. 134 que para nosotros no instituye una incapacidad de derecho, por no inspirarse la prohibición en motivos de orden público, sino de protección del incapacitado. Sólo que por la índole de los actos prohibidos que no son susceptibles en caso alguno de traer beneficio para el emancipado, no ha previsto la ley el modo de suplir la incapacidad: es un supuesto de incapacidad de hecho, para actos limitados, anómala, porque inversamente a lo que ocurre con la incapacidad de hecho en general, ésta no puede ser suplida.

cha por Freitas y reproducida por nuestro codificador para eliminar la opinión de Marcadé según la cual la emancipación se revocaba si el viudo o viuda quedaba sin hijos.

La misma solución cabe dar al caso de disolución del matrimonio por divorcio vincular. El Código no se refiere a esa hipótesis por ser ajena a nuestro ordenamiento legal, pero las mismas razones concurren para decidir semejantemente el punto.

686. DIVORCIO.—El art. 133 omitía referirse al supuesto de divorcio —no vincular—, pero el caso estaba previsto por el art. 73 de la ley de matrimonio civil, que disponía que dictada la sentencia de divorcio *“cualquiera de los cónyuges que fuese menor de edad, quedará sujeto a las disposiciones de este Código relativas a los menores emancipados”*.

Es siempre una consecuencia del carácter definitivo que tiene la emancipación legítimamente constituida.

686 bis. LEY 23.515.—Al modificarse todo el régimen de matrimonio civil, se reformuló el art. 133 del Cód. Civil por el siguiente texto: *“La emancipación por matrimonio es irrevocable y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil, salvo lo dispuesto en los arts. 134 y 135, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad, tengan o no hijos. No obstante ello, la nueva aptitud nupcial se adquirirá una vez alcanzada la mayoría de edad”*.

Con esta nueva redacción queda en claro que en los casos de disolución de matrimonio —sea por muerte o por divorcio vincular—, el menor que no llegó a la mayoría de edad, conserva la capacidad adquirida, con la sola prohibición de contraer nuevo matrimonio hasta que cumpla 21 años.

Esta prohibición importa una incapacidad de derecho, que si bien podría justificarse cuando el matrimonio se disuelve por divorcio, ya que tendería a impedir un nuevo fracaso matrimonial hasta que supuestamente el menor llegue a su plena madurez, sin embargo resulta a todas luces injustificada en el caso de disolverse el matrimonio por la muerte del otro cónyuge, pues importa una odiosa *“capitis diminutio”* por el sólo hecho de haber quedado viudo.

687. NULIDAD DE MATRIMONIO.—En este caso pareciera que el principio de irrevocabilidad de la emancipación no tiene aplicación, porque a primera vista hay contradicción en mantener la emancipación, que es el efecto, si se

aniquila por inválida la causa, que es el matrimonio. Por lo demás, la emancipación es definitiva e irrevocable cuando ella ha sido constituida legítimamente, hipótesis que sería opuesta al supuesto de nulidad del matrimonio, o sea de invalidez de su misma constitución.

No obstante la fuerza de estas consideraciones previas, la solución no es tan simple como parece, como se lo advertirá por el estudio que haremos del texto legal aplicable y de las interpretaciones formuladas al respecto.

688. — a) El antiguo artículo 132 del Cód. Civil disponía: “Si el matrimonio fuese anulado, la emancipación será de ningún efecto desde el día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada”.

La interpretación de este precepto, que reproduce el art. 68 del *Esbozo de Freitas*, ha dado lugar a tres posiciones distintas.

689. — b) El primer sistema interpretativo era el sustentado por Llerena y Guastavino,⁹⁸ que se pliega a la letra del artículo transcrito, el cual no parece tolerar distingo alguno. Por lo demás, concuerda con el principio de orden jurídico, según el cual la nulidad reacciona respecto de las partes del acto, privándolas de lo que ellas hubiesen obtenido en virtud del acto anulado (conf. art. 1052). La novedad de este artículo estaría en señalar que esa incidencia de la nulidad sobre la emancipación no es retroactiva, como sería lo normal tratándose de las partes del acto (conf. art. 1050), sino sólo operativa “desde el día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada”. Por tanto, todos los actos efectuados en ejercicio de la emancipación obtenida por el matrimonio luego declarado inválido son perfectos y definitivos; la emancipación sólo cesa —según esta tesis— para el futuro.

690. — c) El segundo sistema interpretativo ya fue enseñado por Segovia y Machado al día siguiente de la sanción del Código, habiéndosele agregado las valiosas adhesiones de Orgaz y Borda.⁹⁹

⁹⁸ Llerena B., *op. cit.*, t. I, p. 291, art. 132, n° 3, y art. 133, n° 1; Guastavino, *Notas al Código Civil Argentino*, Bs. As., 1898, t. I, n° 215.

⁹⁹ Segovia L., *op. cit.*, t. I, p. 43, art. 132, nota 3; Machado J. O., *op. cit.*, t. I, p. 232, nota art. 132; Orgaz A., *op. cit.*, p. 303; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 514, p. 399, autor que observa que muriendo el hijo que dio motivo a la emancipación del contrayente de buena fe, éste continúa emancipado.

Según esta postura, el art. 132 no hace sino señalar un principio general que debe sufrir las modificaciones emanadas de la legislación propia del matrimonio y los efectos de su nulidad. A este respecto el art. 88, inc. 3º, de la ley de matrimonio civil, dispone que el contrayente de mala fe no tendrá los derechos de la patria potestad sobre los hijos, de donde se infiere que el contrayente de buena fe —o sea el que ignoraba el impedimento que obstaba a la celebración válida del matrimonio— conserva tales derechos. Pero como el ejercicio por el padre de la patria potestad es incompatible con la sujeción a la patria potestad de otro, se concluye que la emancipación subsiste a favor del cónyuge de buena fe cuando tiene hijos habidos durante el matrimonio anulado.

691. d) El tercer sistema interpretativo fue enseñado por Salvat y prestigiado por la adhesión de Spota y Arauz Castex.¹⁰⁰

Esta posición se apoya exclusivamente en el régimen del “matrimonio putativo” (del latín “putare”, creer o reputar), que es el matrimonio inválido contraído de buena fe por uno o ambos contrayentes. En obsequio a esa buena fe tal matrimonio surte efectos de matrimonio válido en cuanto al pasado, con relación al cónyuge de buena fe (conf. arts. 87 y 88 de la ley de matrimonio civil). Por tanto, el menor que casó de buena fe, se emancipó y se mantuvo emancipado hasta la anulación del matrimonio, pero por el carácter irrevocable de la emancipación no debe volverse atrás.

En consecuencia se opina que el contrayente de buena fe de un matrimonio inválido obtiene la emancipación y perdura en ella, sea que tenga o no hijos.

692. — e) En nuestra opinión esta tesis es acertada, pues para apreciar la validez de un acto hay que ubicarse en el momento de su realización. Y como el matrimonio “putativo” salva con relación al cónyuge de buena fe todo lo ocurrido en el pasado, ha de quedar salvada también la emancipación que estuvo constituida válidamente con respecto a ese cónyuge. De aquí se sigue que una emancipación constituida válidamente, por el carácter definitivo e irrevocable que le corresponde, debe perdurar luego de cesada la causa que le dio nacimiento.

¹⁰⁰ Salvat R., *op. cit.*, nº 756, p. 347; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 32, nº 776, ps. 183 y ss.; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 545, p. 305.

Esta conclusión tiene la gran ventaja de consultar el mejor resultado de la interpretación como criterio de la interpretación misma (véase *supra*, n° 128). Pues retraer al cónyuge de buena fe a una situación de incapacidad, volverlo a la sujeción de la patria potestad o de una nueva tutela, obligándole a restituir la posesión de sus bienes al representante legal resurrecto, puede significar una lesión a la dignidad de la persona, y provocar graves trastornos en los negocios emprendidos por el emancipado en el legítimo ejercicio de las actividades para las cuales estaba capacitado por la ley.

692 bis. LEY 17.711. NULIDAD DE MATRIMONIO Y EMANCIPACIÓN. — La ley 17.711 ha introducido al art. 132 un agregado aclaratorio que dice así: “*En el caso del matrimonio putativo subsistirá la emancipación respecto del cónyuge de buena fe*”.

Con ese agregado se ha dado imperio legal a la interpretación que conceptuamos apropiada del antiguo art. 132 del Código (véase *supra*, n° 687 y sigs., especialmente el n° 692).

Empero, adviértase que no se trata de una modificación de la situación anterior a la reforma, con respecto a la incidencia de la nulidad del matrimonio sobre la emancipación que se había producido, sino de una aclaración del régimen imperante. Lo que reviste una importancia fundamental para poder aplicar el criterio que surge de la aclaración a los supuestos de nulidad matrimonial suscitados con anterioridad al 1° de julio de 1968, fecha de entrada en vigor de la reforma introducida al Código Civil por la ley 17.711.

693. NULIDAD E INEXISTENCIA DE MATRIMONIO. — Con relación al matrimonio como respecto de los demás actos jurídicos, procede distinguir la nulidad o la anulación del matrimonio —dos tipos de invalidez, véase *infra*, n° 1888— de la inexistencia de matrimonio (ver *infra*, n° 1909).

Si se tratara de un matrimonio inexistente, fallaría la causa misma de la emancipación y, consiguientemente, por regular que hubiese sido la apariencia del acto, éste habría sido obrado por un incapaz, independientemente de que tal inexistencia de matrimonio haya o no sido

verificada judicialmente o lo haya sido con posterioridad al otorgamiento del acto en cuestión.¹⁰¹

Obsérvese que según la ley (art. 14, ley 2393) el matrimonio jurídicamente inexistente no produce efectos civiles aunque una o ambas partes fueran de buena fe. Por tanto la invocación del "matrimonio putativo" no concede la emancipación que quiera fundarse en un matrimonio inexistente.

V. — LEGISLACIÓN COMPARADA

694. CAUSAS DE EMANCIPACIÓN. — A diferencia de nuestro Código que hasta la sanción de la ley 17.711 sólo conocía la emancipación civil originada en el matrimonio, la mayor parte de las legislaciones extranjeras admiten otras causas generadoras de cesación de la incapacidad de los menores, que actúan ya por el sólo imperio de la ley, ya por la voluntad del respectivo padre o tutor, como ocurre en la generalidad de las legislaciones —declaración de mayoría anticipada, habilitación de edad, etc., son los nombres que recibe—, o finalmente por medio de la voluntad del menor huérfano. Daremos una somera noción de estas diversas hipótesis.

695. EMANCIPACIÓN LEGAL. — Se produce por lo pronto por la celebración del matrimonio. Por excepción el Código Civil alemán no conoce la emancipación por matrimonio, sino solamente la declaración de mayoría anticipada.

En Brasil es causa de la emancipación civil el ejercicio de empleo público o colación de grado científico (Cód. brasileño, art. 9º).

En Perú se emancipan quienes obtienen un título habilitante para el ejercicio de profesión u oficio (Cód. peruano, art. 11).

696. EMANCIPACIÓN DATIVA. — Es la que puede tener lugar por la voluntad de los padres o tutores cuando el menor ha adquirido cierta edad, por lo general los 18 años. Este sistema rige en Francia (art. 477, cuando el menor tiene 15 años), en España (arts. 314, inc. 3º, 316 y 318), en Italia (Cód. Civ. de 1942, art. 391), en Portugal (Cód. Civ., art. 134), en Suiza (Cód. Civ., arts. 15 y 241), en Alemania (Cód. Civ., arts. 3º a 5º), en Venezuela (Cód. Civ., arts. 383 a 391), en Perú (Cód. Civ., arts. 312 y 313), en Chile (Cód. Civ., art. 265),

¹⁰¹ Sobre la teoría del matrimonio inexistente véase Borda G. A., *Familia*, 2º ed., núms. 167 y ss., ps. 131 y ss., y el voto del autor en el juicio "Armando de Dorrego c/Dorrego", publicado en "L. L.", t. 101, fallo nº 45.975 y en "J. A.", 1961-IV, fallo nº 3887.

en Uruguay (Cód. Civ., arts. 280, 281 y 283), y en Bolivia desde los 15 años (Cód. Civ., art. 249).

Esta institución conjuga dos viejas instituciones romanas de época diferente: la "emancipatio", que era el acto por el cual el padre, espontáneamente, manumitía al hijo de su poder, y que desde Justiniano exigía la conformidad del hijo; y la "venia ætatis", que los emperadores concedieron a los varones de 20 años y mujeres de 18 años, para capacitarlos sin esperar el cumplimiento de la mayor edad.

Las Partidas conservaron, fundiéndolas, las características de ambas instituciones, pues la emancipación se realizaba por la voluntad de los padres expresada ante los jueces ordinarios, quienes recababan el consentimiento del menor o lo suplían cuando éste no estaba en condiciones de manifestarlo.

Luego de una pragmática del rey Felipe V, que ordenó a los jueces no admitir la emancipación sin previa consulta del Consejo Real, la institución decayó y en un estado de completa anemia la conoció Vélez, quien siguiendo la opinión de Freitas (*Esbozo*, nota al art. 67) no consideró conveniente revitalizar el viejo instituto, que quedó así al margen de la legislación civil.

Sin embargo la legislación universal muestra un favor casi unánime en pro de la habilitación de edad, a punto tal que Spota ha dicho que "la emancipación expresa o por declaración de voluntad paterna o decisión judicial es parte de un fondo común legislativo".¹⁰² Y como no hay en nuestro país en esta materia ninguna particularidad que indique la conveniencia de apartarse de esta tendencia acentuada del derecho comparado, creemos que la habilitación de edad debía ser incorporada a nuestra legislación, como lo propiciaran el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954 y como lo ha concretado la ley 17.711.

697. EMANCIPACIÓN OPTATIVA. — Es la que se conoce en España y en Uruguay que adaptan la institución comentada precedentemente al caso de los huérfanos, a quienes autorizan luego de cumplidos los 18 años a requerir de los jueces su emancipación, que ha de concedérseles si pareciere conveniente (Cód. español, arts. 322 y 323; Cód. uruguayo, arts. 302 y 303).

VI. — LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

698. ANTEPROYECTO BIBILONI. — No introdujo novedad alguna en esta materia.

¹⁰² Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 32, nº 768, p. 154.

698 bis PROYECTO DE 1936.—Según el art. 43 del Proyecto cesa la incapacidad de los menores por el matrimonio, de pleno derecho, y por disposición judicial tratándose de menores de 18 años cumplidos que lo solicitaren con acuerdo del padre o madre, y sólo audiencia del tutor. Los menores de ambas categorías quedan sujetos a un régimen común de capacidad con excepciones particulares (arts. 560 y 561).

698 ter. ANTEPROYECTO DE 1954.—Legisla sobre la emancipación por matrimonio (arts. 79 a 83) y por habilitación de edad (artículos 84 a 86).

En cuanto a la primera es de notar con relación a pagos y obligaciones que los emancipados están facultados para todos los actos que sean consecuencia de la simple administración de sus bienes; sólo cuando exceden de esta actividad entran a jugar los topes legales fijados: \$ 10.000 y \$ 5.000, respectivamente. Ahora habría que centuplicar esas cifras (art. 82, inc. 3º).

En cuanto a la capacidad procesal sólo está cerceñada respecto de pleitos concernientes a algún acto para el que no estuviesen facultados (art. 82, inc. 6º).

Con relación a la habilitación de edad se previene que "los menores que hubiesen cumplido dieciocho años de edad podrán con la conformidad de su padre o tutor, recabar la declaración judicial de habilitación de edad, que será inscripta en el Registro del estado civil de las personas. Los menores habilitados de edad quedarán en la misma situación que los menores emancipados, pero para contraer matrimonio requerirán la autorización de su representante legal, como si no hubiese habido habilitación. La habilitación será irrevocable" (art. 84).

"Los menores que hubiesen cumplido 18 años de edad y fueren huérfanos de padre y madre, o abandonados por éstos podrán obtener la declaración judicial de habilitación de edad si acreditaren, sumariamente, aptitudes suficientes para gobernar su persona y dirigir sus negocios. En este procedimiento será oído necesariamente el tutor del menor" (art. 85).

"La habilitación podrá limitarse al ejercicio del comercio, en cuyo caso el menor sólo será reputado mayor para todos los actos y obligaciones comerciales. La declaración judicial respectiva se publicará en la forma que determina el Código de Comercio. El hijo mayor de 18 años que fuese asociado al comercio del padre será, sin necesidad de declaración judicial, hábil para todo lo concerniente a las negociaciones mercantiles de la sociedad. La gestión del menor comerciante sólo comprometerá los bienes cuya administración ejerza" (artículo 86).

VII.—EMANCIPACIÓN COMERCIAL *

699. **NOCIÓN.** — Es la que se otorga al menor de edad a fin de habilitarlo para el ejercicio del comercio.

En esta materia se ha abandonado todo lo relativo a ella, al Código de Comercio, lo que nos parece impropio. Este Código sólo debió ocuparse de la publicidad del instituto para llevar a conocimiento del mundo mercantil la novedad, y también de introducir en las instituciones sobre las que legisla las disposiciones excepcionales apropiadas respecto del menor comerciante. Pero las condiciones básicas para adquirir el estado de comerciante por alguien que ha estado hasta ese momento gobernado por el Código Civil deben ser reguladas por éste, especialmente porque ellas no constituyen sino un capítulo del régimen general de habilitación de edad con el que aquél debe estar concordado.

En la redacción del Anteproyecto de 1954 nos hemos atendido a este criterio.

699 bis. **RÉGIMEN LEGAL.** — Entre nosotros está determinado por los arts. 10 y 11 del Código de Comercio.

El art. 10 dice: *“Toda persona mayor de dieciocho años puede ejercer el comercio con tal que acredite estar emancipado o autorizado legalmente”*.

El art. 11 agrega: *“Es legítima la emancipación: 1º) Conteniendo autorización expresa del padre y de la madre (texto según la ley 23.264); 2º) Siendo inscripta y hecha pública en el Tribunal de comercio respectivo. Llenados estos requisitos el menor será reputado mayor para todos los actos y obligaciones comerciales”*.

700. **DIVERSAS INTERPRETACIONES.** — No ha habido acuerdo sobre la interpretación de estas disposiciones, especialmente en lo relativo a saber si el emancipado civilmente está por ello habilitado para el ejercicio del comercio o si requiere habilitación como los otros menores adultos.

* **BIBLIOGRAFÍA:** Bustamante Alsina J., *La capacidad de los menores emancipados para el ejercicio del comercio*, “J. A.”, 1957-IV, sec. doctr., p. 92.

a) *Primera interpretación* (Obarrio, Siburu, Fernández). Considera que la prueba de estar emancipado (matrimonio) o autorizado legalmente (por los padres) se refiere a situaciones distintas, de manera que como la emancipación civil no está mentada luego en el art. 11 transcripto, basta justificar ese estado con la pertinente partida de matrimonio para que quepa la inscripción del menor, como comerciante en el Registro Público de Comercio.¹⁰³

b) *Segunda interpretación* (Segovia Castillo, Malagarriga y Mario Rivarola). Entiende que se trata de una sinonimia y, por tanto, el menor casado no estaría aludido en el art. 10, lo que se explica por ser el Código de Comercio anterior al Civil. En consecuencia, el art. 11 que conjuga ambas expresiones lo hace aludiendo a una misma situación: la del menor de 18 años que con la autorización pertinente se prepara para el ejercicio del comercio. Finalmente, se dice, no se justificaría la actuación comercial de una mujer de 14 años (antes, cuando se formulaban estos argumentos, se decía 12 años).

Esta segunda interpretación ha terminado por prevalecer, habiéndola admitido la jurisprudencia.¹⁰⁴

En consecuencia, la emancipación civil es irrelevante para el ejercicio del comercio, debiendo el menor seguir el trámite correspondiente.¹⁰⁵

700 bis. LEY 17.711. — Acerca de esta materia la ley 17.711 dispone en la cláusula cuarta del nuevo art. 131: “A los efectos del ejercicio del comercio por el habilitado, deberá cumplirse con las disposiciones del Código respectivo”.

Esto significa que el habilitado de edad no está sin embargo autorizado por ese solo hecho a ejercer el comercio, sino que debe cumplir con las prescripciones de los arts. 10 y 11 del Código de Comercio respectivo. Remitimos, por tanto, a lo expresado *supra*, nº 699 bis y 700.

La ley 23.264 suprimió el párrafo transcripto del art. 131, admitiendo así el criterio de la mayoría de los autores, en el sentido de que

¹⁰³ Conf. Salvat-López Olaciregui, t. I, nº 790, p. 669; Obarrio M., *Curso de Derecho Comercial*, t. I, p. 27; Siburu, *Código de Comercio*, t. II, p. 139.

¹⁰⁴ Conf. Busso E., t. II, p. 607, nº 13; Segovia L., *Explicación del Código de Comercio*, t. I, p. 37, nota 67; Castillo, *Derecho Comercial*, t. I, p. 136.

¹⁰⁵ La autorización debe ser dada por el juez porque la patria potestad o tutela cesó con la emancipación (conf. Bustamante Alsina J., “J. A.”, 1957-IV, p. 93; López Olaciregui J. M., anotación a Salvat en t. I, nº 790-C, p. 670). Comp. autores citados en nota anterior, para quienes la autorización debe ser otorgada por el padre.

la emancipación civil y comercial son institutos independientes, razón por la cual no corresponde que el Código Civil contenga previsión alguna respecto de la emancipación comercial, regulada exclusivamente por el Código de Comercio.

700 ter. ALCANCE DE LA EMANCIPACIÓN COMERCIAL.
— Según el art. 11, parte final, del Código de Comercio, luego de llenados los requisitos de la emancipación comercial (véase n^o 699 bis) “el menor será reputado mayor para todos los actos y obligaciones comerciales”. Luego, no rigen en el orden comercial las limitaciones consignadas en los arts. 134 y 135 del Código Civil.

CAPÍTULO VI

CAPACIDAD (continuación)

§ 1. Los dementes. Quiénes pueden ser declarados dementes. Situación jurídica de los insanos no interdictos. Régimen de los actos otorgados con anterioridad a la declaración de demencia: arts. 473 y 474 del Código Civil.

I.—DEMENTES EN GENERAL *

701. NOCIÓN.— En la terminología usada por nuestro Código se denomina “dementes” a los enfermos mentales, en general.

Es una terminología equívoca porque la “demencia”, en medicina, es una forma clínica de alienación y los “dementes” sólo una clase de enfermos mentales.

De ahí que se haya propuesto la sustitución del término “demente” por *alienado*, pero a su vez esta denominación tiene el inconveniente de no poder extenderse a otras personas que también pueden

* BIBLIOGRAFÍA: Molinas A. J., *Incapacidad civil de los insanos mentales*, Bs. As., 1948; Montarce Lastra A., *La incapacidad civil de los alienados*, Buenos Aires, 1929; Carrillo R., *Clasificación sanitaria de los enfermos mentales*, Bs. As., 1950; Rojas N., *Psiquiatría forense*, Bs. As., 1938; *íd.*, *La psiquiatría en la legislación civil*, Bs. As.; Weigandt, *Psiquiatría forense*, Bs. As., 1928; Spota A. G., *Tratado de derecho civil*, Bs. As., 1940, t. I, vol. 3^o, núms. 808 y ss., p. 241-544; Butler J. A., *Situación jurídica del demente*, “Bol. Inst. Derecho Civil de Córdoba”, 1943, núms. 1 y 2; León P., *A propósito de la capacidad para testar del alienado interdicto y otras cuestiones conexas*, “Bol. Inst. Derecho Civil”, Córdoba, enero-marzo 1944, p. 7.

merecer el amparo de la incapacidad, como los *semialienados* que no están en condiciones de dirigir sus acciones.

Por otra parte los términos "alienados" y "semialienados" aluden a conceptos médicos pero no jurídicos, por lo que en el ámbito del derecho ha de preferirse la denominación de *interdicto* que se refiere, propiamente, al hecho —la declaración judicial o sentencia de interdicción— determinante de la incapacidad, cualquiera sea el antecedente de ese pronunciamiento: alienación, semialienación, simple insuficiencia psíquica, debilidad de espíritu, etc.

Bibiloni, en su Anteproyecto usa el término "insano". El Proyecto de 1936 denomina a la institución "interdicción", pero elude nombrar a los afectados por ella, no obstante haber aprobado la Comisión el uso del término alienado. El Anteproyecto de 1954 denomina a toda clase de enfermos mentales "insanos" y luego de haber sido declarados incapaces, los llama "interdictos".

La reciente ley 17.711 ha sustituido la denominación "De los dementes" del título X del libro I, Sección 1ª, por la que dice "De los dementes e inhabilitados".

702. FUNDAMENTO DE LA INTERDICCIÓN. — La enajenación mental es una causa de incapacidad de justificación obvia, pues si al ser humano se lo reconoce como agente eficiente de consecuencias jurídicas ello es por la posesión de sus facultades espirituales que lo caracterizan y distinguen de los demás animales. Por consiguiente, cuando por una enfermedad mental u otra causa el sujeto no resulta dueño de sus acciones, lógicamente debía serle retirada la capacidad que normalmente le corresponde.

Se advierte así que el *fundamento* de la interdicción radica en la necesidad de proteger al sujeto inepto para el gobierno de su persona y de sus bienes. Esa protección se logra con la incapacidad que se le establece que pone ese gobierno de la persona y de los bienes del interdicto, en manos del curador encargado de proveer al cuidado de ellos. Por lo demás, como ha observado Planiol, a toda incapacidad corresponde la sanción de nulidad respecto de los actos jurídicos obrados por el incapaz, que es otra medida adoptada para ampararlo.

703. CRITERIO PARA ESTABLECER LA INTERDICCIÓN. — En cuanto al criterio que corresponde seguir para establecer la incapacidad de las personas que padecen enfermedades mentales se han enunciado tres sistemas:

1) El sistema que aconseja atenerse a un criterio puramente *médico*, propiciado entre nosotros por Molinas y Rojas. Para determinar la incapacidad del sujeto sólo ha de examinarse si existe en él alguna dolencia mental típica, de las que define la ciencia psiquiátrica,

sin considerar si la enfermedad tiene o no incidencia en la vida de relación. Los autores que lo propician entienden que ese es el criterio adoptado por el codificador y abonan su conclusión con las disposiciones de los arts. 54, 141 y 469 del Código.¹

2) El sistema *biológico-jurídico*, auspiciado por Salvat, Orgaz, Busso, Borda y Arauz Castex, exige para poder dictar una sentencia de incapacidad, la concurrencia de ambos factores. El factor psiquiátrico permite dar seguridad al pronunciamiento judicial, y el factor social indica la finalidad de ese pronunciamiento. Porque si se incapacita a un insano es en tanto y cuanto la dolencia lo inhibe para el manejo de sí mismo y de sus bienes: una enfermedad mental carente de incidencia en la vida de relación no interesa al derecho.²

3) El sistema *económico-social* propiciado por Spota, encuentra su apoyo en el art. 468 del Código Civil y considera que para llenar eficientemente su cometido la incapacidad debe decretarse respecto de quienes sean ineptos para administrar sus bienes, independientemente de su estado mental. Ha sido aplicado por los tribunales en un caso de una persona de edad avanzada, analfabeta, casi sorda y ciega a quien se consideró imposibilitada para administrar sus bienes y para discernir con probabilidades de acierto acerca de sus asuntos.³

Por nuestra parte pensamos que el criterio acertado en el manejo de la interdicción por enfermedad mental, es el indicado bajo el n° 2), que cuenta con la adhesión de la generalidad de la doctrina. El criterio de Spota, aunque teóricamente perfecto, resulta en la práctica demasiado inseguro, por el riesgo de que se pueda incapacitar a una persona sana sólo porque se la crea, sobre la base de pruebas más o menos discutibles, inepta para la administración de sus bienes. Y en cuanto al criterio puramente médico olvida aquellos casos mencionados por los psiquiatras de "alienados que tal vez son capaces de administrar mejor que el perito que los ha declarado enfermos y que el juez que los declara incapaces".⁴ En cambio el criterio mixto computa

¹ Rojas Nerio, *La psiquiatría en la legislación civil*, Bs. As., 1938, p. 78; Molinas Alberto J., *Incapacidad civil de los insanos mentales*, ed. Bs. As., 1948, t. I, ps. 36 y ss.

² Salvat R., *op. cit.*, núms. 804 y ss., esp. n° 810, ps. 564 y ss.; Orgaz A., *op. cit.*, ps. 332-333, n° 4; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 141, n° 10, p. 667; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 515, p. 401; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 554, p. 311; Conf. Coronas J. E., *Impugnación del testamento por incapacidad mental del testador*, "Rev. del Notariado", mayo-junio 1951, p. 179; Cám. Civ. 2°, "J. A.", t. 32, p. 1049; *id.*, *id.*, t. 71, p. 353; Cám. Civ. 1°, "Gac. del Foro", t. 79, p. 91; Cám. 2° La Plata, "L. L.", t. 30, p. 804.

³ Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 32, n° 844, ps. 342 y ss.; Cám. Civ. 1°, "J. A.", 1943-I, p. 120.

⁴ Rojas N., *op. cit.*, p. 62.

la enfermedad mental como recaudo de seguridad del pronunciamiento, pero atiende a la finalidad de éste, de manera de eludir la incapacitación de personas cuya enfermedad mental no es motivo de perturbación de la vida social, ni de peligro para el propio insano.

El criterio mixto es el seguido por los proyectos de reforma del Código Civil: Anteproyecto Bibiloni (art. 160 de la 1ª redacción y art. 143 de la 2ª redacción), Proyecto de 1936 (art. 46) y Anteproyecto de 1954 (art. 87).

703 bis. LEY 17.711: CRITERIO PARA ESTABLECER LA INTERDICCIÓN. — Acerca de este punto, la ley 17.711 acepta el sistema biológico-jurídico o mixto, que nosotros propiciamos en esta obra (véase, nº 703 “in fine”). Así surge de la nueva redacción dada al art. 141 del Código donde se establece con precisión que por “*causa de enfermedad mental*” se declaran incapaces por demencia a las personas “*que no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes*”. Juegan, pues, los dos extremos que este criterio requiere: un elemento psiquiátrico, que da seguridad al pronunciamiento de incapacidad, y un elemento jurídico o económico-social que explica el sentido de la incapacidad.

II. — QUIÉNES PUEDEN SER DECLARADOS DEMENTES

704. — REQUISITOS LEGALES. — Para que se pueda declarar la incapacidad de los enfermos mentales el Código ha exigido la concurrencia de una serie de recaudos que pueden clasificarse en *formales* o *substanciales*. Los primeros se refieren al modo de verificar la enfermedad denunciada; los segundos son las condiciones de fondo que ha de presentar la persona para que el juez pueda declarar su incapacidad.

705. A) REQUISITOS DE FORMA. — Según el art. 140 del Código Civil “*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*”.

Por lo demás el art. 142 agrega: "*La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos*".

De los preceptos transcritos surgen los requisitos formales indispensables para declarar la interdicción de los insanos, a saber: a) instancia de parte legítima; b) examen previo de facultativos; c) verificación de la dolencia por sentencia de juez competente. Nos referiremos a esas exigencias.

706. — a) La declaración de demencia *no puede ser dictada de oficio por el juez*. Por evidente que aparezca la enfermedad y por persuadido que esté el juez de la ineptitud del sujeto para valerse por sí mismo en la vida de relación, no es posible declarar la incapacidad del insano sin seguir el pertinente juicio de insania que se inicia con la denuncia de quien es parte legítima para ese efecto (conf. arts. 142 y 143). Volveremos sobre el punto al tratar del juicio de insania (véase *infra*, núms. 739 y ss.).

706 bis. — b) En segundo lugar, como recaudo de la justicia de la decisión a adoptarse en materia tan grave como ésta en la cual un error judicial puede tener gravísima trascendencia, la ley exige que el denunciado como insano sea sometido a *examen de facultativos*. No es posible prescindir de la pericia médica ^{4 bis} y si en algún caso el juez omitiere recabar el informe de esos peritos el pronunciamiento sería nulo. Por lo demás el Código exige también que los facultativos califiquen la demencia en su respectivo carácter y precisen si es parcial o total. Así lo dispone el art. 143 que dice: "*Si del examen de facultativos resultare ser efectiva la demencia, deberá ser calificada en su respectivo carácter, y si fuese manía, deberá decirse si es parcial o total*".

Busso entiende que las exigencias de este artículo sobre la calificación de la demencia se refieren a la sentencia de interdicción.⁵ Nosotros pensamos con el resto de la doctrina que el artículo contempla a las pericias médicas, a fin de procurar que éstas se expidan con el grado de seriedad y rigor científico que corresponde a la importancia del asunto en el que está en juego la capacidad de la persona afectada.⁶

^{4 bis} Conf. Cám. Civ. Sala "C", "L. L.", t. 109, p. 706 y t. 80, p. 501.

⁵ Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 143, núms. 1 y 7, ps. 683-684. Pero es claro que si la falla de la pericia se refleja en la sentencia ésta sería nula.

⁶ Salvat R., *op. cit.*, n° 845, p. 385; Orgaz A., *op. cit.*, ps. 346-347, n° 17; Borda G. A., *op. cit.*, n° 539, p. 416; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 571, p. 320; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 32, n° 848, p. 369 y ss.

707. DISCUSIÓN SOBRE EL VALOR DEL DICTAMEN MÉDICO.—Establecida por la ley la necesidad del examen médico como un elemento esencial del procedimiento para declarar la interdicción de los enfermos mentales, cabe considerar si el dictamen es obligatorio para el juez, suponiendo desde luego que todos los médicos designados concuerden en su opinión sobre la salud del denunciado.

A este respecto se han emitido divergentes opiniones:

1) Según la opinión corriente en doctrina y favorecida por la jurisprudencia, el dictamen médico no es obligatorio para el juez. Luego de la reforma introducida por la ley 4128 al art. 178 del antiguo Cód. Ptos., la apreciación de la prueba de peritos quedó librada al criterio judicial, y este caso estaría sujeto a los mismos principios, de manera que aun contra la opinión médica podría concluir el juez en base a todas las pruebas rendidas, que el denunciado es insano o que no lo es.⁷

2) Para Orgaz, en cambio, el dictamen médico obliga al juez en el aspecto *técnico* de la medicina pero no en el aspecto *jurídico*. Con respecto al primero el juez es un lego y no podría en consecuencia efectuar una consideración crítica de un dictamen elaborado en base a conocimientos científicos a los que es ajeno. Si la ley ha elevado la necesidad del informe médico al rango de pieza esencial del proceso de interdicción no se ve cómo pueda explicarse la actitud del juez que se aparta del dictamen de los expertos, pese a haber podido ordenar si le pareció incompleto su ampliación ya de fundamentos, ya de médicos. Por eso concluye Orgaz que en el aspecto médico no puede apartarse el juez de un dictamen concorde de los facultativos, si bien puede hacerlo en el aspecto jurídico, o sea en la apreciación de la aptitud del denunciado para dirigirse a sí mismo y manejar sus asuntos, acerca de lo cual el informe tiene un mero valor ilustrativo similar al que puedan tener los otros elementos de convicción allegados a la causa.⁸

3) Es indudable que la argumentación de Orgaz tiene un gran vigor persuasivo y que en el fondo del pensamiento que ese autor combate hay una contradicción entre la necesidad del dictamen médico y

⁷ Salvat R., *op. cit.*, n° 846, p. 286; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 540, ps. 416-17; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 571, p. 320; Lafaille, *Parte General, apuntes tomados por Busso y Morixe*, t. I, ps. 206 y ss.; Llerena B., *op. cit.*, t. I, p. 313, n° 1; Montarcé Lastra A., *La incapacidad civil de los alienados*, Bs. As., 1929, n° 189.

⁸ Orgaz A., *op. cit.*, ps. 347 y ss, n° 18.

la posibilidad de que ese dictamen pueda ser considerado enteramente irrelevante por el juez. Con todo nos parece que la crítica de Orgaz es excesiva y que la solución adecuada en esta materia requiere efectuar previamente una *distinción* acerca del sentido del dictamen, según que sea admitiendo o negando la enfermedad mental del denunciado. Pues si el dictamen médico asevera que el denunciado está sano, sin duda parece inaceptable que el juez pueda apartarse del mismo para determinar la interdicción del denunciado ya que ese proceder sí que importaría desconocer el valor del informe médico como garantía de la justicia del procedimiento.^{8 bis} Pero a la inversa, cuando el dictamen de los médicos se pronunciase por la enfermedad del denunciado, entonces creemos que el juez, en base a otras pruebas podría persuadirse de la opinión contraria, y en tal caso como su decisión no sería lesiva de la capacidad del denunciado no estaría obligado a ceñirse al parecer de los médicos.

Entendemos que esta distinción es la que se ajusta a la función que el Código ha asignado al examen de los facultativos, como garantía de la justicia y acierto de una decisión judicial que proyectará sus efectos sobre asunto tan trascendental como es el de la capacidad de las personas. Pero por esto mismo cuando la decisión no vaya en menoscabo de esa capacidad no vemos inconveniente en reconocer al juez la libertad de apreciación de las pruebas rendidas en el pleito, en su totalidad, que es inherente al desempeño de su augusta magistratura.

708. — c) El tercer requisito de forma es la *declaración judicial* de la insania, por *juez competente*, que es el del domicilio del denunciado.

A esta conclusión se llega tanto por tratarse de una acción personal (conf. art. 5º, inc. 8º, Cód. de Ptos., ley 22.434) cuanto por resultar así del juego de los arts. 400 y 475 del Código Civil.

El cambio de domicilio producido después de iniciado el juicio de insania no altera la competencia del juez. En cuanto a los cambios anteriores a la iniciación no se toma en cuenta que ellos puedan haber sido efectuados por el sujeto ya en estado de insania porque de cualquier modo era reputado capaz (véase *intra*, nº 722) y consiguientemente apto para producir las consecuencias jurídicas relativas al cambio de domicilio.⁹

^{8 bis} Conf. Cám. Civ., Sala C, 18 mayo 1972, "J. A.", 16-1972, fallo nº 21.238; íd., Sala "E", "El Derecho", t. 12, fallo nº 6405.

⁹ C.S.N., "J. A.", p. 849.

Por su parte, la tramitación ante juez incompetente no es inválida si se ha consentido la jurisdicción del mismo y en tal caso la sentencia dictada sería apta para definir en uno u otro sentido la capacidad del sujeto.¹⁰

709. B) REQUISITOS DE FONDO. — Los requisitos de fondo o substanciales para que se pueda declarar la interdicción de una persona, son los siguientes: a) que se trate de un *enfermo mental*; b) que el estado de enajenación mental del sujeto sea *habitual* o *permanente*; c) que la enfermedad *incida* en la vida de relación privando al sujeto del gobierno de su persona y sus bienes; d) que no concurren *impedimentos* para efectuar la declaración. Los estudiaremos separadamente.

710. a) ENFERMEDAD MENTAL. — Según el antiguo art. 141 se declaraban “dementes los individuos de uno y otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos, o la manía sea parcial”.

De lo expuesto parecería que era un presupuesto indispensable de la declaración de incapacidad que el sujeto padeciese “manía, demencia o imbecilidad”, sin poder alcanzarse ese resultado cuando la dolencia mental no fuere de las mencionadas. Sin embargo no es ésa la interpretación que había prevalecido en la doctrina¹¹ ni en la jurisprudencia,¹² con toda razón.

En efecto, la mención de la “manía, demencia o imbecilidad” agotaba las enfermedades mentales en la clasificación de ellas efectuada por el célebre psiquiatra francés Felipe Pinel (nacido en 1745, fa-

¹⁰ Conf. Planiol M., Ripert J. y Savatier R., *Tratado Práctico*, ed. Habana, t. I, n° 673, texto nota 3, p. 623; *Comp. Cám.* 2ª, La Plata, “J. A.”, t. 54, p. 961.

¹¹ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 330, ap. a); Salvat R., *op. cit.*, n° 806, p. 365; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 32, n° 845, ps. 345 y ss.; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 515, p. 400; Arauz Castex M., t. I, n° 550, p. 309; Montarcé Lastra A., *op. cit.*, p. 47; Orús M., *Demencia, climateria y menopausia*, en “L. L.”, t. 20, sec. doct., p. 103.

¹² *Cám. Civ.* 2ª, “J. A.”, t. 71, p. 535; *Cám.* 1ª La Plata, “J. A.”, 1942-II, p. 371; *Cám.* 2ª La Plata, “L. L.”, t. 30, p. 804.

llecido en 1826) y adoptada luego por otro especialista de la misma nacionalidad, Juan Esteban Domingo Esquirol que vivió desde 1772 a 1840, quien se refirió a esa clasificación en un trabajo del año 1816. Sin duda Freitas, fuente de nuestro art. 141, tomó conocimiento de ese trabajo e incluyó la mentada clasificación en el art. 79 de su *Esbozo*, cuando ya había sido rectificada por Esquirol en otro trabajo suyo de 1838, y de ese modo vino a quedar anclada en el texto legal una clasificación ya entonces abandonada por la ciencia psiquiátrica.

Pero la mención de aquellas enfermedades en el art. 141 del Código ha recibido la interpretación adecuada, en el sentido no excluyente de otros cuadros clínicos de enajenación mental. Pues si lo que se ha querido con esa clasificación es agotar la indicación de las enfermedades mentales, deben considerarse tácitamente alojadas en la misma aquellas otras enfermedades de esa índole que ha logrado definir y sistematizar la ciencia psiquiátrica, ulteriormente.

En suma; el requisito primario para poder declarar la interdicción de una persona es que ella se encuentre afectada por una enfermedad mental típica, cualquiera sea su denominación y ubicación dentro del cuadro de las enfermedades mentales que la ciencia psiquiátrica de cada tiempo pueda formular.¹³

710 bis. LEY 17.711.—El nuevo art. 141 dice así: “Se declaran incapaces por demencia, las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”.

Con esa fórmula se elimina la enunciación de formas clínicas de alienación, las cuales pueden diferir de una época a otra según los adelantos de la ciencia psiquiátrica.

711.—Si la ley exige este requisito se sigue que no es posible declarar la incapacidad de quienes no padecen una enfermedad mental tales como los *débiles mentales* por razón de *ancianidad* y no de *enfermedad*, o quienes han quedado con déficit mental por un desarrollo psíquico insuficiente —*atrasados*— sin que su estado pueda reputarse *morbo*, o los *ebrios consuetudinarios*, o los *toxicómanos*. Tales estados de la persona no son idóneos para determinar su interdicción.

Por ello los tribunales han resuelto que la edad muy avanzada, no

¹³ Sobre clasificación de enfermedades mentales, véase Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3^o, núms. 846 y ss., pp. 352-362 y Ramón F. Carrillo, *Clasificación sanitaria de los enfermos mentales*, B. As., 1950.

es causa suficiente por sí sola, para incapacitar al anciano,¹⁴ pues la debilitación de su psiquismo no es indicio de alteración mental sino expresión de la normalidad propia de la edad.¹⁵ Sólo puede llegarse a la interdicción bajo la forma clínica de la demencia senil.¹⁶

En cuanto a la *ebriedad consuetudinaria* no se ha considerado que sea causa de incapacidad, aunque se presente acompañada de trastornos mentales pasajeros que desaparecen con la causa —el abuso de la bebida— que los provoca.¹⁷ Pero diversa es la solución cuando la ebriedad degenera en una franca alteración mental, pues entonces aquélla no es la causa de la incapacidad sino de la enfermedad mental, y la interdicción se decreta por este motivo.¹⁸

Finalmente los *estados fronterizos*, en nuestra legislación, no dan lugar a la interdicción del sujeto afectado por ellos.¹⁹ La frontera indica una zona de penumbra de la razón, y en materia de salud mental cuando se trata de establecer la incapacidad de la persona, la duda debe resolverse en favor de la capacidad.²⁰

712. DISMINUCIÓN DE FACULTADES MENTALES SIN DEMENCIA. — La exigencia de una enfermedad mental típica en el sujeto para poder decretar su interdicción se traduce en una *ausencia de protección adecuada* respecto de quienes no obstante no encontrarse en un estado morbozo, con todo se encuentran en situación de inferioridad para encarar en paridad con los demás el gobierno de su propia persona y de sus bienes. De ahí la necesidad de que la ley acuda en amparo de quienes se encuentran en tal situación ya facilitando la interdicción de ellos, ya admitiendo para esos casos el sistema de la inhabilitación, como se ha propuesto en el Anteproyecto de 1954 (véase *supra*, núms. 576 y ss.), y como lo determina la ley 17.711 (véase *supra*, n° 580 bis).

Los Códigos alemán (arts. 6° y 1910), suizo (arts. 370 y 395) y peruano (arts. 555. incs. 4° y 6° y 576 y ss.) consideran causas de interdicción, la prodigalidad, la ebriedad, la inconducta, la mala gestión patrimonial. En el Anteproyecto de 1954 esos supuestos, salvo el último, son presupuestos de inhabilitación, conforme a la técnica más depurada del Código italiano (art. 415, parte 2ª).

¹⁴ Cám. Civ. 2ª "L. L.", t. 13, p. 131; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 32, p. 1020. Contra: Cám. Civ. 1ª, "L. L.", t. 29, p. 729.

¹⁵ Cám. Civ., Sala "B", "J. A.", 1951-II, p. 366.

¹⁶ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 42, p. 674; Cám. 1ª, La Plata, "L. L.", t. 30, p. 804.

¹⁷ Cám. Civ. 2ª, "Gac. del Foro", t. 111, p. 74.

¹⁸ Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 27, p. 339.

¹⁹ Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 3, p. 242. Comp. Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 71, p. 353.

²⁰ Cám. Civ., Sala "A", "J. A.", 1953-III, p. 443.

713. b) ESTADO HABITUAL. — El ant. art. 141, antes transcripto, exigía para poder incapacitar a un enfermo mental que su estado de tal fuera *habitual*, es decir, ordinario y constante, “aunque tenga intervalos lúcidos o la manía sea parcial”. Nos referiremos, brevemente, a esas circunstancias por las que puede atravesar la enfermedad.

714. 1) LA CUESTIÓN DE LOS INTERVALOS LÚCIDOS. — El intervalo lúcido consiste en un lapso de remisión de la enfermedad, durante el cual el paciente recobra el completo dominio de sus facultades mentales. Se trata de un concepto jurídico y no médico, ya expuesto por Justiniano bajo la denominación de “perfectissima intervalla” (Cód. Libro V, Título 70, Ley 6. De curatore furiosi vel prodigi), que D’Aguesseau definía, “no como un crepúsculo que junta el día y la noche sino una luz perfecta, un resplandor vivo y continuo, un día pleno y entero que separa dos noches”. Para el codificador “los intervalos lúcidos de que hablan las leyes, no son una tranquilidad superficial, una remisión accidental y pasajera del mal. Es preciso que el intervalo lúcido sea una vuelta completa de la razón, que disipe las ilusiones y los errores de que estaba poseído el demente” (nota al art. 3615 inspirada en este aspecto en Troplong, Testamentos, sobre el art. 901, Cód. Civ. francés, nº 458). Por su parte, Legrand du Saulle da el siguiente concepto: “el intervalo lúcido consiste en la suspensión absoluta, pero temporaria, de las manifestaciones y de los caracteres del delirio”.²¹

Antes hemos expresado que el concepto del intervalo lúcido es de orden jurídico, y no de orden médico. En efecto, en psiquiatría se tiende a negar la existencia del intervalo lúcido, habiendo llegado Rojas a afirmar que en clínica psiquiátrica, “esa expresión «intervalo lúcido» ya no existe. La psiquiatría moderna no la usa...”²² Con todo, aun aceptando este punto de vista ello no quiere decir que el intervalo lúcido no exista en derecho, y a este concepto jurídico —no médico— se refieren las opiniones de autores citadas en los párrafos anteriores.²³

Con esta inteligencia del asunto cuadra examinar la relevancia jurídica del “intervalo lúcido”.

El intervalo lúcido carece de significación jurídica en cuanto: a) a la posibilidad de declarar la interdicción del sujeto enfermo, pues como se ha visto por el art. 141, no

²¹ Legrand du Saulle, *La folie devant les tribunaux*, París, 1864, p. 109.

²² Rojas N., *op. cit.*, p. 146.

²³ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 363; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 520, p. 406.

obstante tratarse de una enfermedad con ciclos periódicos de completa remisión, esto no impide tal declaración si verosíblemente el sujeto ha de recaer en la enfermedad; b) a la aptitud del sujeto para otorgar actos jurídicos luego de la interdicción, ya que el intervalo lúcido no le restituye la capacidad que le ha sido retirada por la declaración de interdicción, se trate de actos entre vivos o de última voluntad (véase *infra*, n° 768).

Pero el intervalo lúcido tiene importancia: a) en cuanto a la responsabilidad del enfermo mental, interdicto o no interdicto (conf. art. 1070); b) en cuanto a la validez de los actos obrados por los enfermos mentales no interdictos, pues cuanto hicieren durante esos intervalos será plenamente eficaz por la sencilla razón de que la causa de invalidez de tales actos sólo reside en la ausencia de discernimiento del agente —no de capacidad que subsiste en él— y por definición si el acto ha sido obrado en un intervalo lúcido aquél ha actuado con discernimiento.²⁴

715. 2) *La manía parcial* tampoco impide la declaración de interdicción porque ella es una forma clínica de alienación mental, que se designa con la denominación de “delirio sistematizado”, el que por la indivisibilidad de la conciencia afecta a toda la personalidad.²⁵

715 Bís. LEY 17.711. — La nueva redacción dada al art. 141 por la ley 17.711 no menciona para nada a los intervalos lúcidos ni al carácter parcial de la manía. Basta, pues la existencia de la enfermedad mental, aún con esas características, para que proceda la declaración de incapacidad. La doctrina de Vélez al respecto ha quedado ratificada.

716. c) **INCIDENCIA DE LA ENFERMEDAD MENTAL EN LA VIDA DE RELACIÓN.** — Según el art. 468 del Código “*se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes*”.

Esta disposición no funciona autónomamente, pero sí opera en conjunto con la enfermedad mental y califica la situación del enfermo mental para que pueda declararse la incapacidad del sujeto. En otros términos, la sola ineptitud

²⁴ Conf. Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 140, n° 46, p. 668.

²⁵ Cám. Ap. Azul, “J. A.”, t. 15, p. 1130.

de la persona para el manejo de sus bienes, sin el antecedente de la enfermedad mental, es insuficiente para incapacitar a la persona, dentro de nuestro sistema legal; pero tampoco la sola existencia de la enfermedad mental basta para la interdicción del enfermo si, no obstante la dolencia, mantiene un aceptable control de su persona y en el manejo de sus intereses.²⁶

Lo que decimos precedentemente, aparece corroborado por la reforma introducida por la ley 17.711, la cual aclara en el art. 141 que el sentido de la incapacitación del insano es suplir la ausencia de "*aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes*". Ese agregado debe pues correlacionarse con el art. 468 del Código que no funciona independientemente, sino en conexión con las disposiciones relativas a la incapacidad mental.

717. d) CONDICIONES NEGATIVAS. — Finalmente, para que la declaración de interdicción sea factible, se requiere: 1) que el denunciado no sea menor impúber; 2) que no se haya rechazado una denuncia anterior.

718. — Según el art. 145, "*si el demente fuese menor de catorce años no podrá pedirse la declaración de demencia*".

Este impedimento ha sido puesto por la ley porque sería sobreabundante dentro del sistema del Código duplicar la incapacidad absoluta de hecho del menor impúber que además de la que le corresponde por el art. 54, inc. 2º, vendría a tener, si esto se permitiera, la del art. 54, inc. 3º, sin ninguna ventaja práctica. Pero se ha observado que puede haber un interés práctico en la incapacitación de una menor impúber que se emancipa por el matrimonio, si casa antes de los 14 años por haber concebido (conf. art. 14, ley 14.394). En esta hipótesis se considera que la interdicción es viable.²⁷

²⁶ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 515, p. 401; Orgaz A., *op. cit.*, p. 332; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 552, p. 310; Salvat, n° 810, p. 367; Cám. Civ. 2º "J. A.", t. 71, p. 353; Cám. Civ. 1º, "Gac. del Foro", t. 79, p. 91.

²⁷ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 623, p. 408; Orgaz A., *op. cit.*, p. 334, texto y nota 14; Salvat R., *op. cit.*, n° 816, p. 369; Molinas A. J., *op. cit.*, t. I, p. 348; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 145, n° 6, p. 690; Machado, J. A., *op. cit.*, t. I, p. 251, texto de la nota 145.

El impedimento comentado que era mantenido por Bibiloni (Anteproyecto, art. 160, redacción 1ª, art. 143, redacción 2ª) fue suprimido por la Comisión Redactora del Proyecto de 1936.²⁸ El Anteproyecto de 1954 lo ha restablecido elevando la edad a los 18 años, por la razón de que hasta entonces la capacidad del menor sólo queda habilitada —en los casos que se la admite— por el concurso de la voluntad tácita o expresa de su representante (conf. art. 74 de dicho Anteproyecto). Por tanto para los menores que no han cumplido esa edad la interdicción es innecesaria desde que basta la negativa explícita del representante para que quede eliminada la posible capacidad del menor insano.

La ley 17.711 no ha modificado el sistema vigente.

719.—2) El art. 146, vinculado al anterior, dice: *“Tampoco podrá solicitarse la declaración de demencia cuando una solicitud igual se hubiera declarado ya improbadamente, aunque sea otro el que la solicitase, salvo si expusiese hechos de demencia sobrevinientes a la declaración judicial”*.

Esta previsión legal se apoya en un motivo de orden práctico: evitar que alguien sea víctima de las molestias y vejaciones que para una persona normal importa la sola sospecha que la denuncia de insania supone, acentuada por los consiguientes exámenes médicos, todo lo cual debe eliminarse cuando ya promedia una sentencia de reconocimiento de la salud mental del denunciado.²⁹ De otra manera las sucesivas denuncias efectuadas por personas diferentes, respecto a las cuales el pronunciamiento anterior no tuviera valor de cosa juzgada, podrían erigirse en un instrumento de persecución susceptible de terminar con la salud mental de la persona más cuerda.

Pero para que el rechazo de una denuncia de insania tenga ese valor inhibitorio con relación a otro trámite ulterior, ha de ser efectuado por una sentencia que ponga término a un juicio de insania de trámite normal, luego de emitido el dictamen necesario de los médicos.

²⁸ Véase *Informe de la Comisión*, Bs. As., 1936, ed. Kraft, t. I, ps. 6-7; *id.*, *Observaciones y Actas de la Comisión*, t. I, p. 214.

²⁹ Salvat R., *op. cit.*, n° 817, p. 369; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 555, ap. 2º, p. 312; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 146, n° 10, p. 692.

³⁰ Freitas, *Esbozo*, nota al art. 85.

Por ello no obsta a una nueva denuncia el hecho de haberse desestimado la anterior por razones formales, en el caso no haberse dado curso a la denuncia por falta de seriedad de la misma.³¹ Tampoco puede invocarse lo dispuesto en el art. 146 para impedir una nueva discusión sobre la validez de un acto jurídico en base a la insania de hecho del otorgante, por el hecho de que se haya rechazado una acción similar puesta por otro demandante,³² pues se trata en esa hipótesis no de enjuiciar a la persona sino al acto obrado por ella.

Finalmente ha de advertirse, como lo señala el artículo comentado, que no hay obstáculo para una nueva denuncia de insania, si ésta "expusiese hechos sobrevinientes a la declaración judicial". Busso considera que justificados los hechos ulteriores, pueden computarse los examinados en el pronunciamiento anterior como corroborantes de los últimos, opinión que compartimos.³³

720. LOS PROYECTOS NACIONALES DE RÉFORMA. — Mantienen el precepto del art. 146 del Código (Anteproyecto Bibiloni, art. 165, redacción 1ª, art. 147, redacción 2ª; Proyecto de 1936, art. 48; Anteproyecto de 1954, art. 88, parte final).

III. — SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS INSANOS NO INTERDICTOS

721. PROBLEMAS A CONSIDERAR. — La situación jurídica de las personas que padecen enajenación mental pero que no han sido interdictas —dementes "de facto" los denomina Spota³⁴— debe ser examinada desde un triple punto de vista, a saber: en cuanto a su *capacidad*, en cuanto a su *responsabilidad* y en cuanto a la *validez* de los actos jurídicos que puedan haber otorgado.

Trataremos esos puntos separadamente.

722. I) CAPACIDAD DEL INSANO. — El principio general que rige a este respecto es innegable: mientras no se dicte la declaración judicial de interdicción el insano es una persona capaz de gestionar sus derechos y proveer al cuidado o

³¹ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 13, p. 423.

³² Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 57, p. 728.

³³ Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 146, n° 16, p. 693.

³⁴ Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 32, n° 809, ps. 245 y ss.

descuido de su persona. Lo cual se comprende porque la capacidad es asunto que maneja la ley y que en este caso lo hace a través de un procedimiento especial de incapacitación que no ha sido cumplido.^{34 bis}

Con todo, esta afirmación teórica no ha podido mantenerse frente a ciertas situaciones prácticas.

Así, no obstante la reconocida capacidad del insano para proveer a la dirección de su persona, se ha considerado, justamente, que tratándose de *locos furiosos* la autoridad policial puede por razón de peligro proceder a su internación, dando cuenta al juez para que éste decida lo que corresponda.³⁵ Por lo demás cuando ya promedia una denuncia de insania, si no le hubiese sido posible al denunciante acompañar un certificado médico relativo al estado mental del presunto incapaz "el juez requerirá la opinión de dos médicos forenses, quienes deberán expedirse dentro de cuarenta y ocho horas. A ese solo efecto y de acuerdo con las circunstancias del caso, el juez podrá ordenar la internación del presunto incapaz por igual plazo, si fuere indispensable para su examen" (art. 625, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434). Y fuera de ello, "cuando la demencia apareciere notoria e indudable, el juez de oficio adoptará las medidas establecidas en el art. 148 del Código Civil, decretará la inhibición general de bienes y las providencias que crea convenientes para asegurar la indisponibilidad de los bienes muebles y valores. Si se tratare de un presunto demente que ofreciese peligro para sí o para terceros, el juez ordenará su internación en un establecimiento público o privado" (art. 629 del mismo Código citado).

La situación mental del insano es motivo de la *suspensión de la patria potestad*³⁶ y si promedia denuncia de insania se lo ha estimado impedido para desempeñarse como administrador de una sucesión.³⁷

Finalmente, los tribunales enfrentados en la tramitación de los juicios al hecho de la insania de alguno de los litigantes se han visto obligados a adoptar ciertas *medidas de emergencia*, suspendiendo términos procesales³⁸ o apercibimientos de reconocimientos de firma o de rebeldía,³⁹ o la absolución de posiciones.⁴⁰

^{34 bis} Conf. Cám. Civ., Sala "C", "L. L.", t. 194, p. 722; Cám. Civ., Sala "A", "L. L.", t. 101, p. 236, con valiosa nota de A. G. Spota.

³⁵ Salvat R., *op. cit.*, n° 800, ps. 362-363.

³⁶ Cám. Civ. 2°, "J. A.", t. 25, p. 1371.

³⁷ Cám. Civ. 1°, "Gac. del Foro", t. 84, p. 173; Cám. Civ. 2°, "J. A.", t. 28, p. 153.

³⁸ Cám. Civ. 1°, "J. A.", t. 4, p. 343.

³⁹ Cám. Civ., 1°, "L. L.", t. 20, p. 703; *íd.*, "J. A.", t. 57, p. 404; Cám. Com., "J. A.", t. 7, p. 50.

⁴⁰ Cám. Civ. 1°, "J. A.", t. 39, p. 256.

723. INFLUENCIA DEL NOMBRAMIENTO DE CURADOR A LOS BIENES SOBRE LA CAPACIDAD DEL INSANO. — Durante la tramitación del juicio de insania es posible nombrar al denunciado un curador a los bienes (véase *infra*, nº 753).

Aquí consideramos cuál es el efecto de ese nombramiento sobre la capacidad del denunciado como insano, aún no interdicto. Se trata de un punto bastante descuidado por nuestros autores.

Segovia no se ocupa de la cuestión. Llerena la trata sólo parcialmente, pues entiende que desde la designación del curador a los bienes cesa la capacidad del denunciado para actuar en juicio —se sobreentiende en los juicios relativos a la administración de los bienes, porque en el juicio de insania aquél, que no es parte esencial, está representado por el curador “ad litem”, véase *infra*, nº 752—, pero no examina lo que ocurre respecto de la capacidad general del sujeto.⁴¹ Machado considera que a este respecto el nombramiento de curador sería ineficaz para modificar la capacidad del denunciado.⁴² Molinas observa que se trata de una laguna del Código, pues debió establecer la interdicción provisional del denunciado a quien se aparta de la administración de sus bienes por el nombramiento de un curador a los bienes.⁴³ Spota considera, implícitamente, que luego de tal nombramiento el denunciado como insano es incapaz, al afirmar en forma categórica que los actos obrados por el insano, desde ese hecho y sin intervención del curador, son nulos.⁴⁴ Para Busso, tal insano está impedido para recibir pagos.^{44 bis}

Por nuestra parte pensamos, que la designación de un curador a los bienes importa automáticamente la *suspensión parcial* de la capacidad del denunciado como insano. Porque siendo inconcebible que el legislador pueda atribuir la válida realización del mismo acto a dos personas diferentes, se sigue de ahí que los actos de carácter patrimonial cometidos al curador a los bienes quedan por ello mismo impedidos al representado, lo que significa que éste es incapaz para efectuar los actos cuyo ejercicio compete al curador a los bienes. Se trata de una incapacidad limitada a los actos jurídicos de carácter patrimonial, puesto que sólo sobre estos actos extiende su influencia el nombramiento de curador, y subordina a la condición resolutoria del rechazo de la insania, de tal manera que si con anterioridad a ese rechazo el denunciado hubiese otorgado actos jurídicos, debería considerarse que

⁴¹ Llerena B., *op. cit.*, t. I, ps. 334-335.

⁴² Machado J. A., *op. cit.*, t. I, p. 255, nota art. 148.

⁴³ Molinas A. J., *op. cit.*, t. I, p. 439.

⁴⁴ Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3^o, nº 906, p. 460, texto nota 985.

^{44 bis} Busso C., *Cód. Civ. Anot.*, t. V, art. 734, p. 426, nº 91.

era enteramente capaz para hacerlo, en virtud del efecto retroactivo de la condición resolutoria operada.⁴⁵

En suma, cuadra concluir que el insano conserva su capacidad general aún después del nombramiento de curador a los bienes, pero este hecho introduce una restricción importantísima en esa capacidad que debe considerarse suspendida en lo concerniente a los actos de carácter patrimonial, encomendados desde ya al curador. Pero la suspensión es condicional, de manera que si se declara la interdicción, ella queda corroborada y convertida en definitiva. Y en cambio si la denuncia de insania es finalmente rechazada, la suspensión de capacidad queda levantada retroactivamente, de modo de resultar válidos los actos obrados en el intervalo, por el efecto retroactivo de la condición (véase *infra*, n° 1525).

Es de notar que este punto ha quedado aclarado en el Anteproyecto de 1954 cuyo art. 90 reza así: "Durante el procedimiento, si el juez lo estimare necesario, declarará la interdicción provisional del denunciado, nombrando un curador interino de sus bienes, que se recibirá de los mismos bajo inventario". Y el art. 92 agrega: "Los actos celebrados por el interdicto, después de la declaración de interdicción provisional o definitiva, serán nulos".

724. II) RESPONSABILIDAD DEL INSANO. — La materia de responsabilidad de las personas es independiente de la capacidad de ellas y depende en cambio del discernimiento que tengan en el momento de obrar. Pues por aplicación del art. 900 (véase *infra*, n° 1420) allí donde hay discernimiento también hay responsabilidad y a la inversa si no hay discernimiento queda excluida la responsabilidad, por no ser imputable el sujeto.

Por tanto, el insano no es responsable de sus actos si ha obrado en estado de privación de la razón, y sí lo es cuando actúa en intervalos de lucidez. Es lo que dispone el art. 1070 en los siguientes términos: "*No se reputa involuntario el acto ilícito practicado por dementes en lúcidos intervalos, aunque ellos hubiesen sido declarados tales en juicio; ni los practicados en estado de embriaguez, si no se probare que ésta fue involuntaria*".

⁴⁵ Así lo expresamos en el voto publicado en "L. L.", t. 97, fallo 44.301, que contó con la adhesión de los restantes miembros del tribunal, doctores Borda y Abelleyra. Conf. Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 61, p. 53; Cám. Civ. 2ª "J. A.", t. 23, p. 930.

En cuanto a la *prueba* del estado de insania, excluyente de responsabilidad el cargo de ella incumbe a quien la invoca para excusar la responsabilidad del agente por las consecuencias del hecho obrado en aquel estado.

725. III) VALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS OTORGADOS POR EL INSANO. — Este punto lo estudiamos en el apartado siguiente.

IV. — RÉGIMEN DE LOS ACTOS JURÍDICOS OBRADOS POR INSANOS NO INTERDICTOS

726. ÍNDOLE DE LOS ACTOS DE LOS INSANOS. — Los actos jurídicos obrados por los insanos —no interdictos— son *anulables*, es decir, susceptibles de ser anulados por el pronunciamiento que se dicte al respecto.

El fundamento de invalidez reside en la ausencia de discernimiento del agente (conf. arts. 897 y 900) por cuya razón las demás personas no pueden imputar a ese acto obligación alguna a cargo del insano. De ahí que éste, luego de recobrada la salud, o su representante después de establecida la interdicción, puedan promover una acción de anulación para que el acto anulable sea anulado por los tribunales (conf. art. 1045, cláusula 1^a, del Cód. Civ.).

La anulación judicial de tal acto dependerá de la convicción que el juez se forme acerca del estado de privación de discernimiento del agente en el momento de otorgar el acto que se impugna.⁴⁶

727. CARÁCTER DE LA NULIDAD. — La sanción de nulidad que recae sobre los actos obrados por los insanos es meramente *relativa*, por cuanto la finalidad de ella es la protección de la persona, para que su situación de inferioridad no se convierta en causa de males para el insano. Si se estimara que la nulidad es absoluta, la sanción funcionaría no como una protección del insano, sino como un castigo de éste, provocando, por ejemplo, la invalidez inconfirmable de la do-

⁴⁶ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 368, texto y nota 94.

nación que él hubiese aceptado. Ha de recordarse que la donación es un contrato que se perfecciona por el consentimiento de las partes.

La jurisprudencia francesa está conforme con el carácter meramente relativo de la nulidad en este supuesto.⁴⁷ En cambio la doctrina de ese país llega a pensar que el acto del insano no interdicto es inexistente⁴⁸ pero como no se duda que el acto del insano interdicto padece una nulidad sólo relativa en razón de lo dispuesto en el art. 39 de la ley de 30 de junio de 1838 y arts. 502 y 1304 del Código Civil francés, se plantea la inconsecuencia de que un mismo sujeto pueda obrar actos inexistentes cuando su insania no está verificada, y actos existentes pero de nulidad relativa cuando se ha declarado la enfermedad. Nosotros creemos que el acto del insano no es un acto jurídico inexistente.⁴⁹

En nuestro país la doctrina casi unánimemente afirma el carácter *relativo* de la nulidad de los actos otorgados por los insanos no interdictos.⁵⁰ Sólo Orgaz entiende que la nulidad es absoluta.⁵¹

⁴⁷ Civ. 9 nov. 1887, "Daloz Périodique", 1888, 1, 161, y "Sirey", 1887, 1, 461; Bordeaux, 22 abril 1896, "Daloz Périodique", 1896, 2, 435, y "Sirey", 1896, 2, 232.

⁴⁸ Nota de Lacoste en "Sirey", 1895, 2, 225, y de Glosson en "Daloz Périodique", 1886, 2, 73; Planiol, Ripert y Savatier, *Tratado Práctico*, en Habana, t. I, n° 724, p. 673, y n° 694, p. 642; Joeserand L., *Derecho Civil*, ed. Bs. As., t. 1°, n° 545, p. 406.

⁴⁹ En efecto una voluntad humana enferma suministra una dosis, aunque mínima, del elemento voluntario que el acto requiere para su formación. Pero diferenciándose una parte, por pequeña que sea, sólo cuantitativamente, del todo, debe concederse que el acto en el que concurre ese mínimo de voluntad, es un acto humano real, y no inexistente. Por ello es que el acto otorgado por un insano "de facto" puede ser confirmado por el sujeto, después de recobrada la razón.

⁵⁰ Salvat R., *op. cit.*, n° 2638, ap. 2°, p. 1091; Lafaille, *op. cit.*, t. II, cuadro p. 253; Segovia, *op. cit.*, art. 1046, p. 295 nota 14 (este autor se contradice pues en la p. 293, art. 1042, nota 7, dice: "aunque la demencia o sordomudez no esté declarada la nulidad es absoluta"); Llerena B., *op. cit.*, t. IV, ps. 91-93 y 99; Machado J. A., *op. cit.*, t. III, p. 313, nota al art. 1045; Castiglione A., *Nulidad de los actos jurídicos*, Bs. As., 1919, p. 63, 1°; Moyano J. A., *Efectos de las nulidades de los actos jurídicos*, Bs. As., 1932, n° 99, cuadro punto 5; Mazzinghi J. A., *Acercas de la nulidad de los actos celebrados por dementes*, "Rev. Fac. de Derecho y S. Sociales", jul.-ag., 1950; Díaz de Guijarro E., su nota en "J. A.", 1953-III, p. 443; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 546, p. 419; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 558, n. 313; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3² n° 818, ps. 262 y ss., Conf. Cám. Civ. Sala "A", "J. A.", 1962-I, p. 27 y "El Derecho", t. 1, p. 563. La doctrina francesa es prácticamente unánime en este sentido: Colin, Capitant, Julliot de la Morandière, *Cours élémentaire de droit civil*, 8° ed., t. I, n° 370, p. 685; Baudry-Lacantinerie y Barde, *Des personnes*, t. V, núms. 896 y 901; Aubry y Rau, *op. cit.*, 4° edic., t. I, pág. 523.

⁵¹ Orgaz A., *op. cit.*, p. 371, n° 34.

728. A QUIÉN PERTENECE LA ACCIÓN DE NULIDAD. — En el supuesto que consideramos la acción de nulidad pertenece al insano, correspondiendo su ejercicio a este mismo después de recobrada la razón, o al curador si se llegase ulteriormente a declarar la incapacidad de aquél. Igualmente la acción podría ser ejercida por los herederos del insano, pero entonces deberá tomarse en cuenta lo prescripto en el art. 474 (véase *infra*, nº 731 y ss.).

La contraparte del insano carece de acción para obtener el pronunciamiento de anulación del acto. Sin duda carecería de ese derecho si hubiere tratado con un demente interdicto (conf. arts. 1048 "in fine", 1049, parte 1ª, y 1164, parte final), de donde se infiere por analogía que tampoco puede ejercer la acción si su adversario es un insano no interdicto.

Es de observar que el ejercicio de la acción, por su titular o por el representante del mismo, no está sujeto a la conformidad del Ministerio de Menores o del juez. El primero es parte esencial en el juicio de nulidad y puede expedirse contra lo demandado sin que esto obste a la sustanciación de la causa. En cuanto al juez llamado a decidir sobre la suerte final de la acción de nulidad, no puede lógicamente para no caer en prejuzgamiento, coartar la promoción del juicio.

729. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD. — No hay disposición explícita que se refiera a la prescripción de la acción de nulidad respecto de los actos obrados por el insano no interdicto, porque lo dispuesto en el art. 4031 rige para los dementes interdictos. Por ello Segovia considera aplicable el lapso de diez años del art. 4023,⁵² en tanto que Machado aplica por analogía el lapso de dos años del citado art. 4031.⁵³ Para Orgaz la acción es imprescriptible, en correspondencia con el carácter absoluto que atribuye a la nulidad.⁵⁴ Nosotros entendemos que el plazo es el de diez años que es el genérico respecto de acciones personales que no tienen otro lapso fijado. El argumento de la analogía con la situación de los dementes interdictos no nos parece convincente porque en este aspecto toda analogía desaparece por el hecho de tener aquéllos un representante constituido y carecer de él los insanos no interdictos.

⁵² Segovia L., *op. cit.*, t. II, nota 27 al art. 4033.

⁵³ Machado J. O., *op. cit.*, t. XI, ps. 313 y 314, nota al art. 4031.

⁵⁴ Orgaz A., *op. cit.*, p. 371, nota 100.

En cuanto al *punto de partida* del plazo de la prescripción, consideramos que es el día de la celebración del acto, como lo entiende la jurisprudencia francesa y alguna parte de la doctrina y entre nosotros Colmo.⁵⁶ Pero ha de tenerse presente que si la prescripción se cumpliera durante un período de privación de la razón del otorgante, la acción no caducaría sino que se prolongaría hasta la cesión de ese impedimento para el ejercicio de la acción (conf. art. 3980) como lo ha decidido la jurisprudencia respecto de otras acciones.⁵⁶

730. RÉGIMEN DE PRUEBA DE LA ACCIÓN. — Para hacer caer el acto obrado por el insano es menester acreditar que se encontraba en el “momento” de otorgar el acto, en estado de privación de la razón, sin que sea suficiente la prueba de que el sujeto carecía de discernimiento en la “época” del otorgamiento, porque esta facilitación de la impugnación sólo está prevista para los testamentos, por aplicación del art. 3616 y no es extensible por analogía por tratarse de un régimen de excepción.⁵⁷

Pero es de notar que la prueba de la ausencia de discernimiento resulta facilitada cuando al tiempo de promoverse la acción de nulidad está ya declarada la interdicción del insano, pues entonces no es menester suministrar la prueba casi imposible de la falta de discernimiento en el momento de obrar sino la más factible de que la causa de la incapacidad —la dolencia mental— ya existía públicamente en la época del otorgamiento del acto que se impugna de acuerdo a lo previsto en el art. 473 (véase *infra*, n° 769).^{57 bis}

Pero para que la acción de nulidad se admita no es indispensable demostrar que el sujeto reunía las calidades necesarias para dar lugar a la incapacidad, como lo entiende Salvat,⁵⁸ pues, aquí no se está

⁵⁶ Demolombe C., *op. cit.*, t. XXIV, n° 81; Baudry-Lacantinerie et Barde *op. cit.*, t. III, n° 2050; Colmo A., *De las obligaciones en general*, Bs. Aires, 1920, n° 1010, p. 684.

⁵⁶ Cám. Civ. 1ª “L. L.”, t. 5, p. 575. Sobre la hipótesis del art. 3980 véase *infra* n° 2130.

⁵⁷ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 368, a); Cám. Civ. Sala “D”, con voto del doctor M. Sánchez de Bustamante y adhesión de los doctores Fleitas y Cichero, “L. L.”, t. 108, p. 530; *id.*, Sala “A”, “L. L.”, t. 109, p. 229.

^{57 bis} Conf. sentencia Cám. Civ. Sala “D”, “L. L.”, t. 108, p. 530; *id.*, Sala “A”, “L. L.”, t. 109, p. 229.

⁵⁸ Salvat R., *op. cit.*, n° 803 “in fine”, p. 363.

enjuiciando a la persona para incapacitarla sino al acto obrado para demostrar su invalidez por el carácter involuntario del mismo.⁵⁹

730 bis. PARALIZACIÓN DE LA ACCIÓN. — La ley 17.711 ha agregado al art. 473 el siguiente párrafo: *“Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título oneroso”*.

Con este agregado la ley ha desvirtuado el alcance que tiene la sanción de nulidad de los actos obrados con carencia de suficiente discernimiento. Desde ya, una demencia que no fuera notoria, es decir, públicamente conocida, tal vez porque el insano estuvo siempre recluido, no podrá ser articulada como causa de anulación. Con lo cual se olvida que la sanción de nulidad tiene el sentido de una protección del insano y no una garantía para el sujeto capaz que contrató con él aún de buena fe.

Con el agregado expresado se cubrirán con el manto de la validez a actos desprovistos del cimiento voluntario que el art. 944 exige para toda clase de actos jurídicos. Lo prudente era mantener el sistema del Código tal como lo interpretábamos nosotros (véase núms. 730 y 769-770), en el sentido de que la notoriedad de la demencia no era un requisito para la impugnación del acto, sino una manera de facilitar esa impugnación cuando ya promediaba una sentencia de incapacidad declarada ulteriormente y que afectaba al insano.

731. INFLUENCIA DE LA MUERTE DEL INSANO SOBRE LA SUERTE DEL ACTO. — Según el art. 474 del Código Civil *“después que una persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad”*.

Desde que Segovia hizo la observación apenas conocido el texto legal, no ha dejado de señalarse, con razón, que erróneamente el codificador usa la expresión “causa de incapaci-

⁵⁹ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 368, ap. a), y nota 94.

dad” cuando debió decir “causa de demencia o insanidad”.⁶⁰ Lo que la ley ha deseado impedir es que después de la muerte del agente se pretenda argüir con su falta de salud mental para invalidar lo obrado por él, exactamente cuando ya el examen médico del sujeto que es un elemento principalísimo para formar juicio sobre la lucidez aun anterior de cualquier persona se ha vuelto imposible por la misma muerte. Pero, en cambio, si no es la carencia de salud mental del sujeto el motivo invocado para impugnar el acto, sino la ausencia de capacidad, por haber sido declarada la interdicción con anterioridad, ya desaparece toda razón que obstaculice la declaración de nulidad. Obsérvese que en ese caso el acto no sería “anulable”, sino “nulo”, por lo que su invalidez no dependería de la convicción del juez acerca de la falta de salud mental del agente al tiempo del acto, que es lo que la muerte ha venido a tornar incierto, sino de la existencia de la declaración de incapacidad, que por hipótesis se ha dictado antes de la celebración del acto discutido.

732. — El principio que veda la impugnación de los actos anulables del insano, después del fallecimiento de éste, no es absoluto y admite dos excepciones mencionadas, de inmediato, en el mismo texto legal que continúa diciendo: “. . . a no ser que ésta (debe entenderse la insania) resulte de los mismos actos, o que se hayan consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad”.

733. a) LA PRIMERA EXCEPCIÓN se justifica por sí sola, pues la incoherencia del acto mismo está revelando aquello que se quería demostrar, esto es la falta de salud mental del agente, sin que sea necesario por ello recurrir a un examen pericial que en otras situaciones no podría ser omitido.^{60 bis}

734. b) LA SEGUNDA EXCEPCIÓN abarca los actos efectuados por el sujeto denunciado como insano, después de interpuesta la denuncia pero antes de la sentencia, que no ha podido dictarse por el falleci-

⁶⁰ Segovia L., *op. cit.*, t. I, p. 118, nota 7.

^{60 bis} Se ha considerado que la insania resulta del mismo acto, si se hace una cesión onerosa por un “precio ridículo”: Cám. Civ. Sala “E”. “L. L.”, t. 105, p. 183.

miento de aquél durante el proceso. También quedan incluidos en la disposición (arg. "consumados") los actos celebrados antes de la iniciación del juicio de insania, con tal que sus efectos se prolongasen todavía después de ese momento.

Pero, en cambio, quedan fuera de la excepción legal los actos del insano fallecido que hubieran agotado sus consecuencias antes de la demanda de interdicción, hipótesis que el codificador, apartándose de los modelos que cita en su nota al art. 474, ha dejado de lado con poco acierto. En efecto, si la razón de la invalidez radica en la falta de discernimiento del agente que se ha hecho verosímil por la ulterior promoción del juicio de insania, no hay motivo para introducir una distinción de régimen según que los efectos del acto se hayan agotado o no al tiempo de la muerte del insano, puesto que en ambos supuestos concurre el hecho que autoriza a considerar verosímil la carencia de discernimiento del agente, esto es la denuncia de demencia cuyo curso ha quedado interrumpido por la muerte.

Por esta consideración el Anteproyecto de 1954, art. 92, cláusula final, determina: "No podrán impugnarse por razón de insanidad, insuficiencia o debilidad mental del agente, los actos entre vivos de una persona fallecida salvo que la falla resulte del acto mismo, o que la muerte hubiera acontecido después de haberse solicitado la interdicción del agente".

Con esta fórmula se restituye a la regla legal el sentido que tenía en el art. 504 del Código francés y demás fuentes citadas por el codificador en su nota al art. 474 y que pasó inadvertido al Anteproyecto Bibiloni y al Proyecto de 1936.

734 bis. LEY 17.711.— La reforma del Código Civil ha agregado al art. 474 el siguiente párrafo: "*Esta disposición no rige si se demostrare la mala fe de quien contrató con el fallecido*".

Por tanto, suministrándose la prueba de esta mala fe es posible impugnar los actos obrados por la persona fallecida en razón de la enfermedad mental de que padecía el causante, no distinguiéndose según que tales actos hubiesen sido obrados antes o después de interpuesta la demanda de incapacidad y aunque no hubiese sido interpuesta esa acción.

735. SITUACIÓN ESPECIAL DE LOS TESTAMENTOS.— El art. 474 del Código Civil no se aplica, como su propio texto lo indica ("actos entre vivos"), a las disposiciones de última voluntad, las que están

exceptuadas de las inhibiciones determinadas por ese precepto para la generalidad de los actos jurídicos.

Podría pensarse, entonces, que para impugnar un testamento fuese menester probar que el testador estaba en el momento de otorgarlo privado de razón (véase *supra*, nº 730) salvo que mediando una sentencia de interdicción dictada con ulterioridad al testamento ya fuera públicamente conocida la existencia de la enfermedad mental a la época del otorgamiento.

Pero no es así, porque lo relativo al discernimiento en materia testamentaria está regido por principios especiales contenidos en los arts. 3615 y 3616 que pasamos a considerar.

Acerca de ese punto el art. 3615 requiere indispensablemente (arg. "es preciso") que para testar "la persona esté en su perfecta razón".

Sobre esta noción referente al discernimiento para testar —la posesión de la perfecta razón— se han emitido dos opiniones.

La primera, desarrollada con interesantes consideraciones por Llerena, sostiene que en materia de discernimiento para testar el codificador ha establecido un criterio más riguroso y exigente que para la realización de otra clase de actos. "El Código ha exigido —dice Llerena— algo más que no estar demente; ha exigido una razón perfecta, un estado completamente normal y sano, pues que bien puede suceder que una persona no haya sido declarada demente ni lo esté en realidad, pero no estar sin embargo, por una enfermedad, o por cualquier otra causa, en su completo estado de razón. El testamento quita a la familia del testador sin hacerle adquirir nada en compensación, y por lo mismo, dice D'Aguesseau se necesita un criterio menos equívoco, una razón más clara y una voluntad más firme que para obligarse en un contrato".^{60 ter} De aquí concluye este autor "que para declarar nulo un testamento por incapacidad mental del testador no se necesita que éste haya sido declarado demente, ni aun probar que estaba demente, tomada esta palabra en sentido restrictivo, sino únicamente probar que no estaba en su perfecta razón. . . Bastará que los hechos probados sean suficientes para deducir que una persona no ha estado en el uso completo de sus facultades intelectuales, aunque no pueda ser tenida por demente, para que su testamento no sea la expresión de la voluntad libre del testador, y en consecuencia, nulo, con arreglo al artículo que estudiamos".⁶¹

Esa tesis fue admitida por la antigua Cámara Civil,⁶² siguiendo la opinión del fiscal doctor Jerónimo Cortés quien en un caso decía

^{60 ter} Llerena B., *op. cit.*, t. IX, ps. 575-576.

⁶¹ Llerena B., *op. cit.*, *loc. cit.*, ps. 576, 577 y 578.

⁶² Jurisprudencia Civil, t. 19, p. 312.

que "el buen sentido persuade que una persona de avanzada edad y que ha sufrido repetidos y violentos ataques de apoplejía, casi siempre, con rarísimas excepciones, queda con su memoria debilitada y su inteligencia más o menos oscurecida, no encontrándose, por tanto en aptitud de testar válidamente".⁶³

A esta opinión parece adherir Borda quien observa que "las normas referentes a la capacidad para testar no coinciden siempre con las relativas a los actos jurídicos en general. En algunos casos son más amplias: la capacidad para testar se adquiere a los 18 años y no a los 22. En otros las exigencias son mayores: para testar se requiere una perfecta razón, art. 3615, una completa razón, art. 3616. La insistencia sobre este concepto revela que la ley ha querido ser particularmente exigente en este punto".⁶⁴

Esta comprensión del sistema legal, que tiene la saludable ventaja de sanear el ambiente en que a veces se desenvuelven los últimos días de las personas que se encuentran en estado de declinación mental, sin acusar una alienación definida, no ha sido compartida por la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera, pues, dice Trasbot, "llevaría al resultado violento de que si el mismo día y al mismo tiempo, el disponente realizara una venta y un legado o donación, el primero de los dos actos podría subsistir y el segundo quedar anulado aun cuando el estado mental del que los realizara fuera el mismo".⁶⁵

De aquí que para Lafaille el art. 3615, parte 1ª, en cuanto exige para testar que la persona esté en su perfecta razón, ha querido referirse al discernimiento que define Freitas como la facultad legal de conocer y distinguir entre lo justo y lo injusto, lo lícito y lo ilícito.⁶⁶

El doctor Néstor Cichero, en un voto como vocal de la Cámara Civil ha examinado el punto pronunciándose en el sentido de que no hay en esta materia un criterio especial para apreciar la aptitud de dis-

⁶³ Cortés J., *Vistas Fiscales*, t. I, p. 319.

⁶⁴ Borda G. A., *Sucesiones*, t. II, n° 1068, p. 176. En igual sentido pueden verse el voto en disidencia del doctor Miguel Sánchez de Bustamante, en "J. A.", 1957-II, p. 53, en cuanto reproduce el párrafo de la nota del codificador al art. 3615, según el cual "el ejercicio de las facultades intelectuales debe exigirse con más rigor en las disposiciones gratuitas que en los actos a título oneroso" (conf. Sala "D", votos de los doctores Sánchez de Bustamante y Bargalló, con disidencia del doctor Méndez Chavarría, "J. A.", 1954-III, p. 489, punto 1°); el dictamen del ex fiscal de la Cámara Civil, doctor Custodio Maturana, "J. A.", 1951-IV, p. 394, y el voto del doctor Manuel J. Argañarás, en Fallos Suprema Corte Pcia. Buenos Aires, Serie 14ª, t. 8, p. 17. Conf. Ripert G., y Boulanger, *Traité de Droit Civil*, París, 1959, t. V, n° 3369, p. 1076.

⁶⁵ Trasbot en Planiol y Ripert, *Tratado Práctico*, ed. Habana, 1935, t. V, n° 178, p. 188.

⁶⁶ Lafaille H., *Curso de Sucesiones*, t. II, n° 267, ps. 201-202.

cernimiento del testador. "Si la ley —dice— ha establecido particularmente con relación a los actos testamentarios que el disponente debe estar en su perfecta razón (art. 3615), no es porque exija una voluntad más intensa en éstos que en aquéllos (o una mayor "capacidad" —conf. Orgaz, "Estudios", ps. 247/9—) sino porque con ello admite la posibilidad de atacar el testamento después de la muerte del testador, a diferencia de lo que acerca de los actos entre vivos se dispone en el art. 474. Cuando se dice que el ejercicio de las facultades intelectuales debe exigirse con más rigor en los actos a título gratuito, lo que se quiere es que las pruebas tendientes a establecer el estado mental del disponente sean analizadas y valoradas con toda severidad y estrictez, para que no quede duda que el testamento o el acto de liberalidad son el resultado de la inteligencia sana y libre del testador o el donante".⁶⁷

Para el doctor Juan Enrique Coronas, que sigue en esto el pensamiento de Machado⁶⁸ "la perfecta o completa razón, a que se refiere nuestra ley hay que interpretarla en el sentido de que el autor de la disposición testamentaria debe disfrutar de discernimiento en el instante que la otorgue, es necesario que comprenda y quiera lo que dispone. El comprender se refiere a la inteligencia del acto que se realiza y sus consecuencias y el querer involucra la determinación de manifestar la voluntad consciente, y de ejecutar el acto".⁶⁹ En este mismo caso el doctor Roberto E. Chute expresó su concordancia con el concepto de Tobal⁷⁰ según el cual "cuando la ley se ha referido a la perfecta razón sólo pudo tener en cuenta las condiciones en que debía encontrarse la persona del testador, esto es, considerando esa perfecta razón en un sentido elástico que pudiera adaptarse a todas las situaciones subjetivas del psiquismo individual que se mueven dentro del amplísimo marco de la capacidad, de la que quedan excluidas solamente aquellas anormalidades, ya de carácter habitual, ya puramente circunstancial, que pueden privar a las personas de su capacidad intelectual corriente".⁷¹

Según Machado en esta materia no se ha introducido variante alguna respecto del criterio general "no pudiéndose deducir que el legislador haya exigido algo más de lo que pide en materia de contratos; bastará la inteligencia no perturbada".⁷²

Por nuestra parte pensamos que no hay fundamento bastante para admitir una *dualidad de criterio* sobre el discernimiento del sujeto

⁶⁷ Cichero N., su voto en "J. A.", 1957-III, p. 153.

⁶⁸ Machado J. O., *op. cit.*, t. III, p. 442, nota art. 3615.

⁶⁹ Coronas J. E., su voto en "J. A.", 1951-IV, p. 399.

⁷⁰ Tobal G. F., su voto, en "Gac. del Foro", 1, 60, p. 243 y "J. A.", t. 36, p. 133.

⁷¹ Chute R. E., su voto en "J. A.", 1951-IV, p. 408.

⁷² Machado "J. A.", *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 44.

según que éste celebre actos onerosos o gratuitos. Su aceptación no sólo tropieza con la dificultad señalada por Trasbot, antes referida sino que conduce a la posibilidad de que, no obstante demostrarse el quebrantamiento de la razón en el agente, se entienda que ha podido gozar de discernimiento para contraer matrimonio o celebrar un contrato oneroso. La aptitud de discernimiento, aunque no definida por el Código es una noción unívoca que se verifica en cada caso según la posibilidad efectiva del sujeto para conocer lo que hace y advertir las consecuencias previsibles de sus acciones, distinguiendo lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente.

736. QUID DE LA PRUEBA DE LA FALTA DE DISCERNIMIENTO EN ESTE SUPUESTO. — El art. 3616 introduce ciertas variantes en el *régimen probatorio* del discernimiento, antes estudiado (véase *supra*, nº 730).

Esa variante no consiste en la afirmación de la primera cláusula del art. 3616, que “presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario”. Igualmente “al que pidiere la nulidad del testamento, le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones” (art. 3616, cláusula 2ª), lo que está de acuerdo con las reglas que gobiernan el cargo de la prueba.

“Pero —y aquí viene la diferencia— 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” (art. 3616, cláusula final).

737.— Para comprender cabalmente el régimen probatorio instituido por el transcripto art. 3616 del Código Civil es menester conocer el pensamiento de los autores en quienes se inspiró el codificador para redactarlo, que son, como lo indica la nota respectiva, Marcadé, Demolombe, Troplong y Aubry y Rau.

Marcadé se expide en los siguientes términos: “Desde que el ejercicio de las facultades intelectuales es para el hombre el estado normal y la regla general, mientras que su privación no es sino un accidente y una excepción, la capacidad del testador debe siempre presumirse de modo que, en principio, quien sostiene la existencia de la alienación mental es el que debe acreditarla. En general, pues y salvo

las circunstancias particulares de que haremos mérito, es el disponente o sus representantes quienes deben suministrar la prueba de sus alegaciones. Pero si, por el contrario, las circunstancias especiales dan lugar a presumir la alteración del espíritu; si el acto lleva en sí mismo las apariencias de lo irrazonable; si el autor del acto hallábase notoriamente en un estado habitual de demencia, o si ese estado habitual, sin ser notorio ha sido probado, entonces, es natural que corresponda al beneficiario del acto hacer caer esta presunción, dando las explicaciones que hagan desvanecer las apariencias de demencia que el acto presenta, o estableciendo que el estado habitual de enfermedad mental ha presentado una intermitencia durante el cual se cumplió el acto".⁷³

Asimismo Demolombe comienza por enunciar que el cargo de la prueba recae sobre quien pretende la nulidad del acto de disposición, no sólo porque éste es el que como demandante afirma, sino porque media la presunción, fundada en la naturaleza de que "el hombre, en general, está en su perfecta razón, siendo la demencia un accidente, una excepción..." "Sin embargo, si el demandante prueba que sea antes, y sobre todo poco tiempo antes del acto de disposición, sea después y sobre todo poco tiempo después, el testador no se hallaba en su perfecta razón, nuestra opinión es que el espacio intermedio hallárase comprendido; porque en fin no se puede exigir lo imposible; y la verdad es que será frecuentemente imposible al demandante probar la enfermedad mental del testador en el momento mismo, en el momento preciso y riguroso en que dispone".⁷⁴

Por su parte Troplong desarrolla consideraciones análogas a las expresadas.⁷⁵

Finalmente, Aubry y Rau, consideran la impugnabilidad de los actos de los insanos —donaciones o testamentos— y se expiden en estos términos: "Los actos de disposición hechos por una persona que se encontraba en estado habitual de furor, de demencia o de imbecilidad pueden ser atacados por sus herederos, aun cuando su interdicción no haya sido pronunciada o articulada en vida. Existe, sin embargo, entre las hipótesis en que el acto emane de un interdicto o de un insano no interdicto, una doble diferencia. En la primera, el acto de disposición es nulo de derecho, es decir sin que el demandante de la nulidad tenga que probar otra cosa que no sea el hecho de la interdicción, y sin que al demandado se le admita oponerse a la demanda ofreciendo probar

⁷³ Marcadé V., *Explication théorique et pratique du Code Civil*, París, 1873, t. 3, n° 488, p. 450.

⁷⁴ Demolombe C., *Cours de Code Napoléon*, París, 1870, t. 18, núms. 361-362, p. 368.

⁷⁵ Troplong, *Donaciones y Testamentos*, París, 1855, t. 2, n° 471 y ss., ps. 55 y ss.

que el acto había pasado durante un intervalo lúcido. En la segunda, al contrario, el demandante de la nulidad está obligado, si no a establecer la enfermedad mental en el momento preciso de la realización de la donación o del testamento, por lo menos a justificar que el donante se encontraba antes y después de esta época, en un estado habitual de enfermedad mental; y el demandado está siempre habilitado para descartar las consecuencias de esa prueba, acreditando por su lado que la disposición ha sido hecha en un intervalo lúcido.⁷⁶

Para nosotros el art. 3616, no comprende a los testamentos nulos propiamente dichos, es decir obrados por el testador luego de la declaración judicial de demencia. La invalidez de tales disposiciones es impuesta directa e inmediatamente por la ley misma y no depende del respectivo pronunciamiento judicial (conf. arts. 472, 1038, 1040 y 1041 del Código Civil). Y se comprende que así sea porque la falla del acto reside en la falta de capacidad de hecho del sujeto, que da lugar siempre a un acto nulo, nunca anulable.

Por el contrario, el artículo de referencia contempla a los testamentos inválidos por insania del testador, cuya falla reside en el discernimiento del sujeto: por tanto, se trata de actos anulables, que derivan su ineficacia de la apreciación judicial (véase *infra*, núms. 1945 y ss. y 1965 y ss.).

738. EXTREMOS A PROBAR. — En cuanto a los extremos a justificar son diversos según que el impugnante del testamento se encuadre en una u otra de las dos situaciones previstas en el recordado art. 3616.

Si se ubica en la última parte de ese precepto, el impugnante no tiene sino que probar la “notoriedad” de la insania del testador con anterioridad a la facción del testamento (“algún tiempo antes de testar” reza el artículo citado), incumbiendo al adversario probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido.

Si, en cambio, el impugnante no acredita la “notoriedad” de la insania o si la dolencia o el accidente no reviste ese carácter, la prueba a su cargo es más intensa debiendo justificar “que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones” (art. 3616, cláusula 2ª).

Pero aquí se suscita una dificultad: la prueba de la “imperfecta razón” cualquiera fuere su causa, ¿deberá rendirse con relación al momento preciso del otorgamiento del acto que se impugna, o bastará que se refiera a la época de ese otorgamiento?

Para nosotros es claro que “al tiempo de”, locución usada por el art. 3616, no equivale al instante o momento de la facción del testa-

⁷⁶ Aubry C., y Rau C., *op. cit.*, t. VII, París, 1875, párr. 648, ps. 14-15, texto notas 6 y 7.

mento sino a la época próxima, anterior y posterior, a la celebración del acto.⁷⁷

La comprensión que sustentamos se apoya en las autoridades recordadas, que inspiraron al codificador en este asunto. Marcadé piensa que aun faltando la "notoriedad" de la demencia, si ella ha sido "probada" corresponde al beneficiario del testamento desvirtuar la presunción de alteración mental resultante de esa prueba, demostrando que el acto se cumplió durante una intermitencia de la enfermedad.

Demolombe es mucho más terminante aún. Observa que no se ha de exigir al impugnante del testamento lo imposible, que ello equivaldría a requerirle la demostración de la enfermedad mental del testador en el momento preciso y riguroso de la realización del testamento. Por ello basta, según su opinión, la prueba de que poco antes y poco después del acto el testador no se hallaba en su perfecta razón, para que se concluya que la alteración mental debió persistir durante el período intermedio.

Igualmente claros son los también recordados Aubry y Rau, para quienes si bien el impugnante del testamento no está obligado a demostrar la enfermedad mental, en el momento preciso de la realización del acto, sí debe justificar el estado habitual de enfermedad mental, antes y después de esa época.

Hay otra consideración que corrobora la interpretación que asignamos a las disposiciones comentadas, vinculada al distinto conocimiento que de ordinario habrán tenido uno y otro litigante acerca del momento del otorgamiento del testamento y consiguientemente del contemporáneo estado mental del testador. Por lo general, el impugnante del testamento que será el pariente del causante a quien el acto perjudique, habrá ignorado la ocasión y tiempo de la celebración. Si la experiencia muestra que en tal supuesto los parientes del causante se informan de la existencia del testamento luego de la muerte del testador, no es lógico exigirles que ellos exhiban una prueba de privación del discernimiento referida al momento preciso de la realización de un acto por ellos ignorado, porque ello equivaldría simplemente a negarles el derecho a la impugnación. De aquí que baste la prueba del hecho—privación del discernimiento— al tiempo o época del otorgamiento del testamento, o como dice Demolombe, poco tiempo antes y poco después.

En cambio quien defiende la validez del testamento, se habrá de encontrar, verosímelmente, en mejor situación para munirse de una prueba idónea que justifique la lucidez del testador en el momento del

⁷⁷ Véase en sentido opuesto el voto del doctor Díaz de Guijarro en "J. A.", 1957-IV, p. 98. Conf. en el sentido del texto, Cám. 2ª La Plata, con bien fundado voto del doctor A. Ibarlucea (h.), "El Derecho", t. 5, p. 630.

otorgamiento del acto, no obstante la anterior imperfecta razón de que adoleciera. Tal vez ese defensor sea el propio escribano autorizante del acto, o el albacea avisado por el testador de su intención de nombrarlo para esa función, o algún beneficiario del testamento a quien por su mismo carácter de tal pudo recurrir el testador para auxiliarse en un período cladicante de su vida a fin de acudir en su compañía a la escribanía, o para mandar llamar al escribano, o para constituirlo en depositario del testamento ológrafo, según los casos. En todas esas hipótesis, que entran en el curso natural y ordinario de las cosas, el interesado en la validez del testamento, ante la futura duda previsible, ha estado en situación de munirse de la prueba adecuada sobre la lucidez del testador en el momento de otorgar el testamento. Es lógico, por tanto, que si el impugnante prueba el estado de imperfecta razón en el testador en una época próxima a la realización del testamento, recaiga sobre quien pretende salvar la validez del acto la contraprueba acerca de la lucidez de aquél en el momento del otorgamiento.

Concluimos así que acreditada la "notoriedad" de la insania anterior del testador, o "probado" el estado de alteración mental del mismo en una época próxima al otorgamiento del acto, cuadra al interesado en la validez del testamento demostrar la salud mental del testador en el momento de su realización. Tal la inteligencia del art. 3616 que estimamos apropiada.^{77 bis}

738 bis. INFLUENCIA DE LA ULTERIOR INTERDICCIÓN DEL INSANO RESPECTO DE LOS ACTOS ANTERIORES: EL ART. 473.—Tratamos de este punto en los núms. 769 y 770 a los que remitimos.

§ 2. El juicio de insania. Normas del Código Civil y normas procesales. Quiénes pueden pedir la declaración de demencia. Curadores provisionales. Situación del presunto insano durante el pleito. Efectos jurídicos de la declaración de demencia. Cesación de la incapacidad: condiciones y procedimiento.

I.— JUICIO DE INSANIA

739. GENERALIDADES. — En esta materia encontramos la novedad de que el Código Civil contiene ciertas disposiciones de índole procesal. Pero es de notar que aun vinculadas al procedimiento tales

^{77 bis} Conf. Cám. Civ., Sala "A", "L. L.", t. 101, fallo n° 45.643, con nota aprobatoria de A. G. Spota; Cám. 2ª La Plata, citado nota anterior.

normas no importan allanar las autonomías provinciales, ni transgredir el principio del art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional que reserva a las provincias el dictado de leyes de procedimientos como normas de aplicación que son de los códigos de fondo. Se trata aquí de bases de orden procesal, adoptadas en resguardo de la capacidad de las personas, que en ese carácter completan las previsiones del Código Civil y que han de ser respetadas por las leyes de procedimiento que dicten las provincias.

Además de las *normas de fondo* referentes al juicio de insania, a que hemos aludido, el Congreso Nacional para la Capital Federal y algunas legislaturas provinciales en la respectiva provincia, han dictado *normas procesales* que recogiendo las bases contenidas en el Código Civil regulan el procedimiento del juicio de insania.

Nos referiremos, en primer término, a aquellas *normas de fondo* vinculadas al juicio de insania, y luego examinaremos las *normas procesales* relativas al mismo juicio que rigen en la Capital Federal.

II. — NORMAS DE FONDO

740. ENUNCIACIÓN DE NORMAS. — Las *normas de fondo* referentes al juicio de insania son: 1) las que indican la necesidad de la verificación judicial; 2) las que previenen la necesidad del examen de facultativos; 3) las que señalan las características del dictamen médico; 4) las que precisan quiénes pueden efectuar la denuncia de insania; 5) las que prevén el nombramiento de curadores provisionales para que representen al denunciado durante el pleito.

Pasaremos a tratar esas garantías de la seriedad y corrección del proceso.

741. I) NECESIDAD DE VERIFICACIÓN JUDICIAL. — Materia tan grave como ésta por la trascendencia de la decisión que se adopte, no puede sino estar en manos de los jueces por la garantía que su intervención representa para el denunciado como insano. Por ello el art. 140 condiciona la incapacidad del demente a la previa verificación y declaración de la enfermedad por juez competente (véase *supra*, nº 705).

Por otra parte —y ello juega como una garantía adicional— no procede dictar de oficio la declaración de demen-

cia. Freitas entendía “peligroso que los jueces pudieran declarar incapaces «ex-officio» so pretexto de alienación mental”,⁷⁸ y por ello consignó en el art. 87 de su *Esbozo*: “no habrá declaración judicial de incapacidad por alienación mental sino a requisición de parte. . .” Vélez Sársfield con igual criterio dispuso en el art. 142: “*La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte. . .*”.

En consecuencia no debe ser aprobado un fallo en que por motivo de la incoherencia evidenciada en sus escritos por un litigante el tribunal dispuso la iniciación de oficio del juicio de insania al que se puso término con una sentencia de interdicción.⁷⁹ Obsérvese que ello importaba la transgresión del art. 142 del Código Civil y venía a colocar al juez en la incompatible postura de denunciante de la insania y magistrado que habría de considerar las pruebas que se rindieran sobre la enfermedad denunciada.

En otro caso semejante el juez luego de tomar conocimiento del informe de los médicos de los tribunales, y de conformidad a lo pedido por el Asesor de Menores, dispuso la suspensión del procedimiento hasta tanto el demandado fuera declarado judicialmente insano y provisto de un curador, lo que importaba desde ya un prejuzgamiento según nuestra opinión.⁸⁰ También en el caso se intimó a la parte demandada —o sea el mismo presunto insano— para que en el plazo de 15 días por intermedio de su apoderado o familiares iniciara el juicio de insania respectivo, bajo apercibimiento de iniciarlo de oficio.

Nada de esto es procedente. Cuando en el curso de los juicios se advierte que alguno de los litigantes presenta señales o indicios vehementes de insania, sin perjuicio de las medidas que para el buen orden del proceso puede adoptar el juez, lo que corresponde es dar intervención a los médicos de los tribunales para que revisen al sospechado de enfermo mental. Con ello se dará vista al Asesor de Menores, para que éste inicie el juicio de insania (conf. art. 144, inc. 3º, Cód. Civ.), pues no es de esperar que dicho funcionario omita el cumplimiento de deberes que le están impuestos por el art. 137, inc. 1º, de la ley 1893 de organización de los tribunales de la capital, en el caso “entablar en defensa de la persona o bienes de los menores de edad, dementes y demás incapaces las acciones o recursos necesarios, sea directa o conjuntamente con los representantes de los incapaces”. No tenemos duda, en vista de lo dispuesto en el art. 144, inc. 3º, del Có-

⁷⁸ Freitas A. T. de, *Código Civil*, ed. Bs. As., 1919, t. I, p. 66, nota art. 81.

⁷⁹ Cám. Civ. 2ª, “J. A.”, t. 69, p. 167.

⁸⁰ Cám. Civ. 1ª, “J. A.”, t. 38, p. 257.

digo Civil, que la denuncia de insania entra en los deberes de los Asesores de Menores señalados en aquella disposición de la ley orgánica de tribunales aún subsistente.

742. II) EXAMEN MÉDICO. — Como ya hemos tenido ocasión de expresarlo, como un recaudo de la corrección de la decisión a adoptarse en esta importante materia, el Código supedita la posible declaración de interdicción del denunciado como insano al examen de facultativos. Así lo manda el art. 142, que ya ha sido considerado (ver *supra*, nº 706).

Por consiguiente, no es posible omitir la revisión de los médicos aun cuando pareciera innecesaria por tratarse de una persona ya internada en un hospicio de alienados:⁸¹ se trata de un elemento constitutivo y esencial del debido proceso legal.

En cuanto al modo de designación por el juez de los peritos médicos —si de oficio o a propuesta de partes, dentro de una lista oficial o libremente— es asunto sujeto a la respectiva ley local de procedimientos.

En cuanto al derecho de proponer peritos médicos, además de los que nombra necesariamente el juez para dar cumplimiento a la exigencia del art. 142 del Código, el criterio de los tribunales es todavía vacilante, en algunos aspectos.

Así se ha entendido que procede la designación del facultativo adicional propuesto por el propio denunciado, ya que ello concurre a la mejor garantía y amplitud de la defensa.⁸² Pero cuando la propuesta proviene del denunciante las resoluciones han sido contradictorias, sin duda en vista de las circunstancias del caso.⁸³ En esta hipótesis el Anteproyecto de 1954 prevé que se haga la designación a expensas del peticionante, el denunciante u otros interesados (art. 89, parte final).

Se ha considerado procedente el pedido de nombramiento de

⁸¹ Conf. Salvat R., *op. cit.*, nº 842, 2º p. 383; Forda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 639, p. 415; Orgaz A., *op. cit.*, p. 345, nº 16; Cám. Civ. 1ª "J. A.", t. 46, p. 997; Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 15, p. 877.

⁸² Cám. Civ. 1ª, "Gac. del Foro", t. 29, p. 269; Cám. Civ. 2ª "J. A.", t. 27, p. 1001

⁸³ Por la procedencia de la designación: Cám. Civ. 2ª, "Gac. del Foro", t. 20, 174; *id.*, *id.*, t. 36, p. 208. Por la negativa: Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 75, p. 273; *id.*, *id.*, t. 18, p. 217; Cám. Civ. Sala "D", "L. L.", t. 76, p. 568. Por lo general influyó en estas decisiones la conformidad u oposición del curador.

médico adicional, efectuado por el curador provisional.⁸⁴ En principio no hay objeción a ello, pues el curador representa al denunciado y en tal carácter puede considerar esa designación como un elemento importante de la defensa que ejerce, pero consideramos que los tribunales pueden revisar la conveniencia del nombramiento, según un prudente criterio, para no encarecer excesivamente el costo del juicio.

743. III) CARACTERÍSTICAS LEGALES DEL DICTAMEN MÉDICO. — Como se ha explicado ya (véase *supra*, n^o 706 bis), la pericia médica necesaria debe sujetarse a ciertas exigencias previstas en el art. 143, por el cual *“si del examen de facultativos resultase ser efectiva la demencia, deberá ser calificada en su respectivo carácter, y si fuese manía deberá decirse si es parcial o total”*.

Remitimos a lo dicho en ese lugar. En cuanto al valor del dictamen médico, véase n^o 707.

744. IV) QUIÉNES PUEDEN PEDIR LA DECLARACIÓN DE DEMENCIA. — El punto está considerado en el art. 144, que dice así: *“Los que pueden pedir la declaración de demencia son: 1^o) El esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente (ley 23.515); 2^o) Los parientes del demente; 3^o) El Ministerio de Menores; 4^o) El respectivo cónsul, si el demente fuese extranjero; 5^o) Cualquiera persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos”*.

Haremos algunas observaciones respecto de las personas a quienes se confiere el derecho de promover la denuncia de insania.

745. 1) CÓNYUGE NO DIVORCIADO. — El primer interesado en la protección de cualquier persona, de ordinario, es su cónyuge. Por eso se le acuerda el derecho, que según las circunstancias será también un deber de promover el juicio de insania, para asumir el cuidado de la persona y los bienes del insano y con ello la dirección exclusiva de la familia.

El codificador ha limitado ese derecho después del divorcio, lo

⁸⁴ Cám. Civ. 2^a “J. A.”, t. 27, p. 1001.

que nos parece excesivo si no se distinguen matices. El cónyuge inocente del divorcio conserva derecho hereditario sobre los bienes del otro esposo, por lo que no se justifica que pueda asistir pasivamente a la disipación que el insano haga de sus bienes. Igualmente antes podía subsistir la sociedad conyugal no obstante el divorcio, y en ese supuesto era exagerado impedir que un titular de la misma, con todo no pudiera amparar los bienes gananciales que administre el esposo loco.⁸⁵

Por estas reflexiones hemos auspiciado en el Anteproyecto de 1954 la reforma de la disposición comentada en la siguiente forma: "Podrán solicitar la declaración de interdicción: 1º) El cónyuge del insano, salvo que hubiere perdido su vocación hereditaria, y estuviese disuelta la sociedad conyugal. . ." (art. 88).

Por las mismas consideraciones no aprobamos la jurisprudencia que ha extendido la prohibición del art. 144, inc. 1º, a otras hipótesis análogas, con olvido del principio de interpretación que elimina la analogía cuando se trata de restricciones de los derechos. Así se ha considerado que no es viable la denuncia de insania cuando el juicio de divorcio o de nulidad del matrimonio están pendientes.⁸⁶ Con ello cualquiera de los cónyuges que tema la promoción de un juicio de insania contra él podrá recurrir a la promoción de un antojadizo juicio de divorcio o aun de nulidad de matrimonio, y durante la larga tramitación del proceso, quedará libre de ese peligro. No creemos que sean adecuadas estas distorsiones del derecho de litigar, para bloquear las facultades legítimas de los demás.

Sin embargo esta jurisprudencia ha sido aprobada por algunos autores o no ha sido desaprobada al menos,⁸⁷ por el temor de los abusos a que pueda dar lugar el rencor de los esposos durante la tramitación del pleito. Pensamos que una cierta valla para esos abusos resulta del art. 146 del Código Civil, y que otro remedio resulta de la imposición de las costas del juicio al denunciante que incurriere en denuncia maliciosa o por error inexcusable (conf., art. 634, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 17.454). Pero no es buena política desconocer un derecho sólo por el abuso que se pueda hacer de él.

746. 2) PARENTES. — La ley no distingue la calidad del parentesco ni se detiene en grados. Pero consideramos que sólo quedan

⁸⁵ Conf. Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3º, nº 864, p. 403; Molinas A. J., *op. cit.*, t. I, ps. 281 y ss.; Montarcé Lastra A., *op. cit.*, nº 131.

⁸⁶ Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 60, p. 162. Contra: Cám. Civil, Fallos, t. 128, p. 289.

⁸⁷ Salvat R., *op. cit.*, nº 821, p. 371; Orgaz A., *op. cit.*, p. 336, ap. a); Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 526, p. 409; Machado J. O., t. I, ps. 247 y ss.; Arauz Castex, *op. cit.*, t. I, nº 560, p. 315.

comprendidos los parientes unidos al insano por un parentesco susceptible de producir algún efecto jurídico. Por ello ha de concluirse que el parentesco colateral más lejano al 4º grado o el parentesco por afinidad que exceda al 2º grado —cuñados— no es título suficiente para denunciar la insania.⁸⁸

Se trata de un derecho-deber cuando la omisión se traduce en desamparo del insano. Por ello el incumplimiento de la denuncia es causa de indignidad para heredar (art. 3295) o de privación de la curatela (conf. arts. 378 y 475). Pero si el insano está, de hecho, amparado por las personas que lo cuidan la denuncia de la insania constituye un derecho cuyo ejercicio puede postergar discrecionalmente el respectivo titular.⁸⁹

El derecho reconocido por este artículo no está subordinado a la inexistencia de parientes más próximos, de modo que puede ser ejercido supliendo la omisión de otros parientes del insano más cercanos tal vez interesados en eludir la ingerencia judicial, por ejemplo si dispusieran de un mandato para administrar con amplitud los bienes del insano.⁹⁰

747. 3) EL MINISTERIO DE MENORES.— Este es uno de los contados casos en que la ley confiere al Ministerio de Menores una función de representación de las personas a las que protege, de ordinario, por la vía de la asistencia y vigilancia de los representantes de los incapaces. Pero además, obsérvese que en rigor, el insano no es un

⁸⁸ Después del 4º grado hasta donde se extiende el derecho hereditario, el parentesco colateral, no ejerce ningún efecto en el derecho. En cuanto al parentesco por afinidad está mencionado hasta el 2º grado —cuñados—, explícitamente por el art. 363 del Código, y considerado en ese mismo grado por la ley 50, art. 43, inc. 3º, como causa de recusación de los jueces. En el art. 207, inc. 1º, del derogado Código de Procs. de la Capital Federal ese mismo parentesco era conceptuado tacha legal relativa de los testigos vinculados a una de las partes. En el sentido del texto: Cám. Civ., Sala "B", "L. L.", t. 104, p. 120. En el Cód. italiano, art. 417, se admite la denuncia de los afines hasta el 2º grado. Han reconocido este derecho de los afines: Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 33, p. 174; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 27, p. 960.

⁸⁹ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 533, p. 413; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 32, nº 372, p. 411; Orgaz A., *op. cit.*, p. 337, texto nota 24; Molinas A. J., *op. cit.*, t. I, p. 326; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 74, p. 882; Cám. Civ., 2ª, "J. A.", t. 69, p. 67.

⁹⁰ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 531, p. 412; Orgaz A., *op. cit.*, p. 339, texto y nota 28; Salvat R., nº 829, p. 357; Montarcé Lastra A., *op. cit.*, ps. 88 y 143; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 48, p. 839; *id.*, *id.*, t. 27, p. 9601. Contra: Machado J. O., *op. cit.*, t. I, p. 250, párr. 57; Cám. 1ª La Plata, "L. L.", t. 12, p. 1016. Pero se ha entendido que ejercido por uno el derecho de denunciar queda agotado para los demás, C.S.N., "J. A.", t. 47, p. 17, se sobreentiende si no ocurrieren hechos sobrevinientes a la denuncia.

incapaz hasta que no lo declare la pertinente sentencia de interdicción, de modo que esta atribución que se confiere al Ministerio de Menores emana no de los principios generales relativos a la representación promiscua de los incapaces sino de este precepto legal que confiere personería a ese organismo para suplir cualquier situación de desamparo del enfermo, o de interés de los parientes en eludir el régimen de la curatela.

Por esta peculiaridad que reviste el derecho de denuncia del Ministerio de Menores se ejerce aún respecto de una mujer casada que estaba exenta de su representación promiscua, conforme al art. 60 del Código Civil.⁹¹

A veces se ha pensado que la actuación del Ministerio de Menores es subsidiaria de la que corresponde al cónyuge y los parientes del insano. Formalmente no es así, y por tanto su legitimación procesal no depende de ninguna instancia previa dirigida a emplazar a aquellos a fin de que promuevan el juicio de insania respectivo.⁹²

Cón todo, y ya como un criterio de política en el uso de sus atribuciones, es aconsejable que el Ministerio de Menores permita a allé- gados en primer término el ejercicio de las mismas facultades reservándose el control sobre la actividad desplegada.

748. 4) EL CÓNSUL DEL INSANO EXTRANJERO. — Esta disposición que ha recibido la crítica unánime de la doctrina, carece de toda justificación. Los extranjeros reciben en nuestro país un trato igualitario que por lo demás garantiza la Constitución Nacional, pero no pueden esperar ni ha de reconocérseles una situación de ventaja como la que trasunta el precepto. Por cierto el Ministerio de Menores extiende su protección a los ciudadanos nativos y a los extranjeros sin que sea menester que éstos sean paralelamente tutelados por funcionarios de su país que carecen de toda investidura respecto de las cuestiones de derecho privado de que aquí se trata.

Justificadamente, los proyectos de reforma del Código Civil eliminan esta atribución (Anteproyecto Bibiloni, art. 164 de la 1ª redacción y art. 146 de la 2ª redacción; Proyecto de 1936, art. 47; Anteproyecto de 1954, art. 88).

⁹¹ Salvat R., *op. cit.*, nº 826, p. 374; Orgaz A., *op. cit.*, p. 338, ap. c); Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 5228, p. 411; Molinas A. J., *op. cit.*, t. I, ps. 271 y ss.; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, 3^o, nº 875, ps. 412 y ss.; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 48, p. 839; *id.*, *id.*, t. 37, p. 975; *id.*, *id.*, t. 31, p. 547; Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 11, p. 754 Contra: Cám. Civ., Fallos, t. 12, p. 219; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 32, p. 157; Cám. 1ª, La Plata, "L. L.", t. 12, p. 1016

⁹² Machado en contra de la doctrina del texto opina que la actividad del M. de Menores es supletoria de las otras personas nombradas, *op. cit.*, t. I, p. 249. En el sentido del texto. Cám. Civ. Sala "B", "J. A.", 1961-V, fallo nº 4195.

749. 5) CUALQUIERA DEL PUEBLO.— Esta es otra disposición carente de justificación, pues atribuye el derecho de denunciar la insania a un extraño, lo que está implícitamente negado a amigos u otros interesados. Además, se trata de un derecho-función que se confiere no en favor del insano sino de quienquiera resulte molestado por el comportamiento de aquél, lo que es asunto de policía y no de capacidad ni de derecho civil.⁹³

Nosotros entendemos que en el supuesto de que aquí se trata —demente furioso o incómodo— cualquiera del pueblo no inviste la calidad de denunciante, ni tiene los eventuales derechos de tal, sino que se limita a poner en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de un insano en esas condiciones, a los efectos a que hubiere lugar. De ahí que proceda dar vista al Ministerio de Menores para que éste manifieste si hace suya la denuncia, pues si ese organismo no la respaldase ni hubiere parientes que lo hicieran, no se justificaría la prosecución del pleito, sin perjuicio desde luego de las medidas de seguridad de orden policial que puedan recabarse de las autoridades correspondientes.

750. QUIÉNES NO PUEDEN PEDIR LA DECLARACIÓN DE DEMENCIA. — Está claro que la denuncia de insania no puede ser introducida por los socios, los acreedores o los simples amigos del insano, por el carácter taxativo que tiene la enunciación de posibles denunciantes que contiene el art. 144 del Código Civil,⁹⁴ sin perjuicio de que cualquiera de ellos haga la denuncia del caso ante el Ministerio de Menores para que éste obre en consecuencia.^{94 bis}

Pero hay ciertos supuestos de duda, que conviene ventilar, pues no obstante su omisión por el art. 144, concurren buenas razones para considerar procedente la denuncia que en ellos se hiciera a los fines de abrir el juicio de insania.

⁹³ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 338, ap. e).

⁹⁴ En el sentido de que la enunciación es taxativa: Orgaz A., *op. cit.*, p. 338, n° 9; Salvat R., *op. cit.*, n° 832, p. 378; Lafaille H., *Apuntes de P. General tomados por Busso y Morize*, t. I, p. 203; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 532, p. 412; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 565, p. 316; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 144, n° 34, p. 688; Cám. Civ. 1°, t. 33, p. 166; *id.*, "Gac. del Foro", t. 79, p. 91.

^{94 bis} Se ha decidido que cuando la denuncia de demencia se hace por persona no autorizada, el Ministerio de Menores puede apropiarse de ella y pedir la declaración de insania correspondiente: Cám. Civ. Sala "B", "L. L.", t. 104, p. 120; *id.*, Sala "D", "L. L.", t. 101, p. 990 (6091-S).

Algunos de estos supuestos tienen un carácter puramente teórico. Así el del mismo insano, pues según el decir de Laurent nunca habrá un loco tan cuerdo como para reconocer su locura.⁹⁵ Pero si se presentara el caso no podría rechazarse de plano la denuncia, porque en verdad nadie puede ser más próximo al insano que el propio insano. Por tanto si en algún intervalo de lucidez el enfermo, previendo tal vez la vuelta de la enfermedad, se presentara solicitando su propia interdicción habría que admitir la procedencia del pedido y disponer la tramitación del juicio de insania en la forma ordinaria.⁹⁶

Otro supuesto de duda es el que presenta el *mandatario* del insano. Si bien en doctrina se le deniega derecho a hacer la denuncia, algunos fallos hasta le han impuesto la obligación de formularla.⁹⁷ Nosotros creemos que no se justifica reconocer al mandatario esa facultad, sin perjuicio de conceptuar la prolongación de su mandato por efecto de las circunstancias que impiden al mandante proveer por sí (conf. art. 1969).

Finalmente, no obstante el carácter taxativo de la enunciación del art. 144 una opinión doctrinaria defirida le atribuye la facultad en cuestión al tutor del menor insano.⁹⁸ Aquí se hace argumento con la peculiarísima situación del tutor a quien la ley pone en el lugar del padre y al que obliga a "administrar los intereses del menor como un buen padre de familia" (art. 413), de donde se sigue que cuando la denuncia de la insania por los caracteres y circunstancias de ella aparezca como la conducta propia de un padre, no podrá ser rechazada, sin más. Con todo observamos que en el curso del juicio de insania el tutor no podrá comportarse como denunciante ni hacer valer su derecho de tal para ofrecer pruebas, por ejemplo, en la medida que se ha reconocido esa posibilidad al denunciante.

751. V) CURADORES PROVISIONALES. — Durante el trámite del juicio de insania pueden nombrarse dos clases de curadores provisionales: tales son el llamado curador "ad-litem" y el curador provisional a los bienes del insano.

⁹⁵ Laurent, citado por Salvat R., *op. cit.*, n° 834, p. 379.

⁹⁶ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 532, p. 412, texto nota 692; Montarcé Lastra A., *op. cit.*, n° 158. Contra: Salvat R., *op. cit.*, n° 834, p. 379; Molinas A. J., *op. cit.*, t. I, ps. 318 y ss.

⁹⁷ C.S.N., "J. A.", t. 47, p. 17; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 38, p. 257.

⁹⁸ Salvat R., *op. cit.*, n° 833, p. 378; Molinas, A. J., *op. cit.*, t. I, ps. 310 y ss.; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 532, p. 412; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 144, n° 42, p. 689; Montarcé Lastra A., *op. cit.*, núms. 154-155.

752. 1) CURADOR "AD-LITEM". — El art. 147 contempla lo referente al nombramiento de este curador en los siguientes términos: *"Interpuesta la solicitud de demencia, debe nombrarse para el demandado como demente un curador provisorio que lo represente y defienda en el pleito, hasta que se pronuncie la sentencia definitiva"*.

La designación de este curador es necesaria, pues de lo contrario se produciría un caso de indefensión de la persona que por su propia situación mental está inhibida para comportarse adecuadamente en el proceso. Para velar por el interés del denunciado como insano se nombra a este curador, cuya función es defenderle en todo lo concerniente al pleito, pero principalmente en la averiguación del efectivo estado mental de aquél.

Como al curador "ad-litem" le compete la defensa del denunciado, en el pleito, nada puede tener lugar en este procedimiento sin que se corra vista de ello a dicho curador, siendo nulo cuanto se obre sin su intervención, por ser en el mismo parte esencial.⁹⁹

Las funciones del curador "ad-litem" duran mientras subsiste el pleito y hasta que ha pasado en autoridad de cosa juzgada la sentencia que declara la interdicción del denunciado, o que la desestima.

Aun cuando las funciones del curador "ad-litem" se restringen a las expresadas, circunstancialmente y a falta de curador a los bienes se le ha autorizado a adoptar ciertas medidas de carácter patrimonial bajo el control del Ministerio de Menores y del juzgado.¹⁰⁰

753. 2) CURADOR A LOS BIENES. — El nombramiento de este curador no es forzoso como el anterior, sino que está supeditado a dos presupuestos de hecho: a) el estado notorio de la enfermedad; y b) la existencia de bienes que puedan peligrar por el abandono en que los ha dejado la enfer-

⁹⁹ Salvat, R., *op. cit.*, n° 848, p. 386; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 147 n° 27, p. 696; Orgaz, A., *op. cit.*, p. 341, texto nota 35; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 57, p. 404 y "L. L.", t. 5, p. 575; *id.*, "Gac. del Foro", t. 19, p. 102.

¹⁰⁰ Cám. Civ. 2ª, "Gac. del Foro", t. 68, p. 151.

medad mental del dueño.¹⁰¹ Cuando concurren esas circunstancias el juez está en el deber de efectuar la designación.¹⁰²

Las funciones del curador a los bienes se relacionan con la administración de éstos, que le son entregados a ese efecto "bajo inventario" (conf. art. 148), y son ajenas al cuidado de la persona del representado.

Acerca de las facultades que corresponden a los curadores a los bienes de los denunciados como insanos existe alguna vacilación de criterio en la doctrina cuya inclinación no aparece seguida por la jurisprudencia.

Para Salvat, Orgaz y Busso, este curador sólo tiene facultades de mera conservación y custodia de los bienes del denunciado.¹⁰³

Para Spota y Llerena las facultades del curador a los bienes son más amplias e incluyen los actos de la administración ordinaria, rigiendo en cuanto a los actos impostergables que excedan de aquel criterio, supletoriamente las normas de la tutela, según el juego de los arts. 475 y 488 del Código Civil.¹⁰⁴

La *jurisprudencia* se ha inclinado en este sentido, decidiendo que el curador provisional a los bienes tiene las mismas atribuciones que el curador definitivo variando sólo en cuanto a la temporalidad de su cometido.¹⁰⁵

Por nuestra parte consideramos más adecuada la opinión de los autores citados en primer término, porque es la que consulta mejor el interés del dueño de los bienes. Por el carácter transitorio de la función destinada a extinguirse con el trámite breve del juicio de insania, no deben entenderse conferidas al curador a los bienes sino las funciones conservatorias de tales bienes, pues todo acto de administración que no le sea impuesto al curador por la urgencia de la situación debe quedar postergado para su consideración por el curador definitivo que se nombrará con la sentencia de interdicción, o por el

¹⁰¹ Conf. Orgaz, A., *op. cit.*, p. 343; Aranz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 568, p. 319; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 538; p. 415; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 147, núms. 4 y 9, p. 103; Cám. Civ. 1°, "J. A.", 1942-II, p. 38; *id.*, *id.*, t. 48, p. 840; Cám. Civ. 2°, "J. A.", t. 11, p. 124; Cám. 2° La Plata, "J. A.", t. 13, p. 928.

¹⁰² Conf. Orgaz, A., *op. cit.*, p. 343, texto n° 42; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 538, p. 415.

¹⁰³ Salvat, R., *op. cit.*, n° 854, p. 389; Orgaz, *op. cit.*, p. 344, texto n° 43; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 148, n° 28, p. 705.

¹⁰⁴ Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 32, n° 906, p. 460; Llerena, B., *op. cit.*, t. I, p. 333, n° 2.

¹⁰⁵ Cám. Fed. Bahía Blanca, "J. A.", t. 50, p. 48; Sup Corte Tucumán, "L. L.", t. 77, p. 371.

propio interesado si la denuncia de insania fuese finalmente desestimada. Según este criterio todo lo obrado por el curador que exceda de ese criterio limitativo no podría serle opuesto al representado, quien sin embargo, por intermedio del curador definitivo podría ratificar luego los actos que le fuesen beneficiosos.

Esta curatela termina con el pleito que constituye su causa ocasional y origina a cargo del curador la obligación de rendir cuentas que pesa sobre todo gestor de bienes ajenos (conf. arts. 458, 460, 475, 488 y 490, Cód. Civil).

III. — NORMAS PROCESALES

754. CÓD. PROC. CIV. Y COM. DE LA NACIÓN, LEY 22.434. — *Las normas de orden procesal referentes al juicio de insania están contenidas en el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434.*

Comienza este ordenamiento por prever los recaudos bajo los cuales se admitirá la iniciación del juicio y continúa con el trámite que se ha de imprimir a la denuncia, términos de prueba de la misma, indicación de las partes esenciales en el juicio, características que deberá revestir el informe médico, plazo para dictar sentencia previa inspección ocular del presunto insano, recursos de apelación, criterio sobre costas y rehabilitación del insano. Transcribiremos en lo pertinente esas disposiciones de carácter procesal.

755. RECAUDOS LIMINARES. — Para que una denuncia de insania sea viable se requiere: a) que el presentante justifique su personería de denunciante, con arreglo a lo previsto en el art. 144 del Código Civil; b) que el presentante exponga los hechos *“acompañando certificados de dos médicos relativos al estado mental del presunto incapaz y su peligrosidad actual”*. (art. 624, Cód. Proc., Ley 22.434). *“Cuando no fuere posible acompañar dichos certificados, el juez requerirá la opinión de dos médicos forenses quienes deberán expedirse dentro de las 48 horas. A ese solo efecto y de acuerdo con las circunstancias del caso, el juez puede ordenar la internación del presunto incapaz por igual plazo, si fuere indispensable para su examen”* (art. 625 de dicho Código).

756. TRÁMITE INICIAL. — “Con los recaudos de los artículos anteriores y previa vista al asesor de menores e incapaces, el juez resolverá: 1º) El nombramiento de un curador provisional, que recaerá en un abogado de la matrícula. Sus funciones subsistirán hasta que se disicierna la curatela definitiva o se desestime la demanda. 2º) La fijación de un plazo no mayor de treinta días, dentro del cual deberán producirse todas las pruebas. 3º) La designación de oficio de tres médicos psiquiatras o legistas, para que informen, dentro del plazo pre-indicado, sobre el estado actual de las facultades mentales del presunto insano. Dicha resolución se notificará personalmente a aquél” (art. 626, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434).

Además, también debe ser notificada al curador según los principios generales, por lo que el término de prueba corre desde la última notificación.

757. QUIÉNES SON PARTES. — Invisten este carácter, por lo pronto, el curador provisional y el Asesor de Menores. Pero, también el denunciante y el denunciado están facultados para ofrecer y rendir pruebas, el denunciante “para aportar pruebas que acrediten los hechos que hubiese invocado y el presunto insano las que hagan a la defensa de su capacidad” (art. 627, Cod. Proc., ley 22.434), por tanto, todas las pruebas que estime conveniente. Por lo demás, pueden apelar de la sentencia que se dicte “dentro de quinto día el denunciante, el denunciado, el curador provisional y el asesor de menores” (art. 633 de dicho Código).

758. PERICIA MÉDICA. — Según el art. 631 del Código mencionado, “los médicos al informar sobre la enfermedad deberán expedirse, con la mayor precisión posible, sobre los siguientes puntos: 1) Diagnóstico. 2º) Fecha aproximada en que la enfermedad se manifestó. 3º) Pronóstico. 4º) Régimen aconsejable para la protección y asistencia del presunto insano. 5º) Necesidad de su internación. La iniciación aproximada de la dolencia, tiene enorme trascendencia porque desde ese momento nace un período de sospecha¹⁰⁶ respecto de los actos obrados por quien luego fuese declarado incapaz.¹⁰⁷

759. TRÁMITE FINAL. SENTENCIA. — Producido el informe de los facultativos y demás pruebas, se dará traslado por cinco días al denunciante, al presunto insano y al curador provisional y, con su resultado, se dará vista al asesor de menores e incapaces. (art. 632, Cód. citado).

¹⁰⁶ Así lo llama Orgaz en su obra ya citada, p. 352, texto a la nota 66.

¹⁰⁷ Conf. Orgaz, A., op. cit., ps. 352-353.

Antes de pronunciar sentencia y si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer a su presencia al presunto insano, o se trasladará a su domicilio o lugar de internación. La sentencia se dictará en el plazo de quince días y se comunicará a los registros de incapaces y del estado civil de las personas (art. 633, Cód. citado).

La sentencia es apelable, por todas las partes (art. 633, Cód. citado).

Como una garantía más que se otorga al denunciado, frente a la incapacidad absoluta de hecho que se deriva de la declaración de insania, el art. 633 "in fine", Cód. citado, dispone que si la sentencia de declaración de demencia no es apelada, se elevará en consulta a la Cámara, que resolverá previa vista al asesor de menores e incapaces. sin otra sustanciación. De ello debe entenderse que hasta que se cumpla dicho trámite no existe sentencia firme.

760. COSTAS DEL JUICIO. — En principio las costas del juicio serán soportadas por el denunciado, en cuyo interés se desenvuelven todas las actividades desplegadas en el pleito, siempre que éste termine con la declaración de interdicción solicitada por el denunciante.¹⁰⁸

Cuando la denuncia se rechaza, cabe distinguir. Si el denunciante actúa maliciosamente o por error inexcusable son a su cargo las costas (conf. art. 634 Cód. de Ptos. citado). Pero en cambio, si ha actuado de buena fe, se sigue aplicando el principio anterior; así cuando la denuncia fue formulada a raíz de actos y actitudes extrañas del denunciado,¹⁰⁹ o si se basaba en hechos serios y concretos,¹¹⁰ o si la muerte del denunciado interrumpe la prosecución del pleito.¹¹¹

Finalmente, en casos de duda sobre la conducta del denunciante, se ha optado por imponer las costas en el orden causado.¹¹²

¹⁰⁸ Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 37, p. 1771; íd., íd., t. 31, p. 885; íd., "Gac. del Foro", t. 97, p. 338.

¹⁰⁹ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 34, p. 1186; Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 63, p. 987.

¹¹⁰ Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 66, p. 194; íd., íd., t. 26, p. 190.

¹¹¹ Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 47, p. 172. Contra: Cám. 1ª La Plata, "J. A.", t. 43, p. 341 (en tal caso en el orden causado).

¹¹² Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 70, p. 354; íd., íd., t. 64, p. 495; íd., íd., "L. L.", t. 4, p. 728.

El nuevo ordenamiento tiene un límite máximo al conjunto de los gastos ocasionados con motivo del juicio, que el art. 634 aludido fija en el 10 % del monto de los bienes del insano, cuando tales gastos son a cargo de éste. Se trata de un tope, no de un criterio para fijar siempre el conjunto de regulaciones de honorarios en ese porcentaje y, de hecho, en los juicios relativos a personas de mucho caudal los tribunales se atienen a porcentajes menores.

Por último, con el propósito de reducir al mínimo los gastos causídicos, *“cuando el presunto incapaz careciere de bienes o sólo alcanzaren para su subsistencia, circunstancia que se justificará sumariamente, el nombramiento de curador provisional recaerá en el curador oficial de alienados y el de psiquiatras o legistas, en médicos forenses”* (art. 628, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434).

761. SITUACIÓN DEL PRESUNTO INSANO DURANTE EL PLEITO. REMISIÓN. — Desde el punto de vista procesal, su situación ya estudiada (ver *supra* n° 757) puede resumirse diciendo que es parte legítima para producir pruebas justificativas de su aptitud mental, para alegar sobre las pruebas rendidas y para apelar y fundar el recurso de apelación.

Desde el punto de vista de su capacidad y responsabilidad su situación ha sido estudiada anteriormente (véase *supra*, núms. 721 y ss.).

IV.—EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE DEMENCIA

762. EFECTOS GENERALES. — Los efectos generales de la sentencia de interdicción son muy importantes, en cuanto

ese pronunciamiento incide sobre la capacidad del sujeto y consiguientemente sobre la validez de los actos jurídicos que llegare a otorgar en adelante y asimismo, en cierta medida, sobre los que ya hubiere otorgado. Por otra parte da lugar al nombramiento de un curador definitivo que se hará cargo del gobierno de la persona y los bienes del incapaz. Pero la sentencia de interdicción es irrelevante respecto de la responsabilidad del sujeto, que se sigue midiendo conforme a su efectivo discernimiento en el momento de obrar, en cada caso.

Dejando de lado lo relativo a la curatela de los dementes, que es materia propia del derecho de familia y ajena al presente curso, trataremos separadamente de los distintos efectos que produce el pronunciamiento de la interdicción de los insanos.

763. CAPACIDAD DE HECHO Y DISCERNIMIENTO. — Son estos conceptos jurídicos diferentes no sólo en su misma noción, sino también en cuanto a los efectos a que dan lugar y al modo de su funcionamiento.

Por lo pronto la “capacidad” es una aptitud legal que se otorga al sujeto y que lo habilita para el ejercicio, por sí mismo, de sus derechos favoreciendo la condición de aquél, en tanto que el “discernimiento” es una aptitud natural del sujeto —facultad de conocer— que la ley toma en cuenta para imputarle especialmente responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de sus actos. La capacidad se refleja en la validez de los actos jurídicos obrados por el sujeto y el discernimiento se traduce en la responsabilidad por las consecuencias que derivan de la actividad del agente.

La capacidad del sujeto se gradúa, según hemos visto (*supra*, nº 567), por categorías abstractas, en cambio, el discernimiento se aprecia en concreto en función de las circunstancias personales del sujeto, a menos que se trate del discernimiento en razón de la edad que, a diferencia de los regímenes francés, italiano y suizo, también en nuestro derecho se regula por categorías abstractas, que provee la sola edad del agente (conf. art. 921 del Cód. Civ.).

Por otra parte, la capacidad sólo incide en la validez o invalidez del acto jurídico que se considere, en tanto que el discernimiento opera en un plano de mayor generalidad: su ausencia impide la misma imputación del acto al agente que si es su autor material no resulta ser

su autor moral. De ahí que la carencia de discernimiento se refleje no sólo en la invalidez de los actos obrados bajo ese estado (conf. art. 1045, cláusula 1^a), sino en la irresponsabilidad del agente por las consecuencias perjudiciales de una actividad que no le es moralmente imputable. Sólo puede proceder, ahora, una indemnización de equidad que no contradice la irresponsabilidad del sujeto carente de discernimiento.^{112 bis}

Finalmente, es diversa la regulación jurídica de la capacidad y del discernimiento. Hay incapaces que obran con discernimiento, como los dementes interdictos en intervalos de lucidez, que son responsables de sus actos (conf. art. 1070). Hay, asimismo, personas capaces que, sin dejar de serlo, obran sin discernimiento, como los insanos no interdictos que están bajo el influjo de su enfermedad. Los actos jurídicos otorgados por los primeros son siempre "nulos", nunca anulables (véase *infra*, n^o 1924) y, en cambio, los actos jurídicos de los últimos son siempre "anulables", no nulos, porque padecen una falla intrínsecamente dependiente de la estimación judicial (véase *infra*, núms. 1946 y ss.).

El paralelo que hemos efectuado entre la capacidad y el discernimiento será útil para la mejor comprensión de los desarrollos siguientes.

764. RESPONSABILIDAD DEL DEMENTE INTERDICTO.

— La responsabilidad de las personas está ligada al discernimiento con que hayan obrado: cuando falta el discernimiento no hay lugar a la responsabilidad del agente, porque falla la razón de ser de la imputación moral del acto obrado a su autor material.

Por consiguiente, la sentencia de interdicción que juega en el plano de la capacidad del sujeto carece de eficacia respecto de la responsabilidad del agente por las consecuencias de sus actos. Siempre habrá lugar a esta responsabilidad cuando el demente interdicto haya obrado con discernimiento, y no estará ella comprometida cuando el insano aun sin sentencia de interdicción haya actuado bajo el influjo de la enfermedad, o sea, privado de discernimiento.

Estos principios son los consignados en el art. 1070 del Código, que dice así: "*No se reputa involuntario el acto ilícito practicado por dementes en lúcidos intervalos, aunque ellos hubiesen sido declarados tales en juicio*".

^{112 bis} Conf. nuevo art. 907, segunda parte. Véase nuestra obra "Reforma del Código Civil. Ley 17.711", ps. 212 y ss.

Por aplicación de este artículo se ha eximido al acusado de un delito del que es absuelto, por estar insano en el momento de obrar, de las consecuencias dañosas del mismo.¹¹³

765. — Con todo, en el orden práctico de la prueba de los hechos parece que la sentencia de interdicción debería ejercer alguna influencia. Si se trata de un demente declarado pareciera que la sentencia induce la presunción “*juris tantum*” de que ha carecido de discernimiento al obrar y así lo entendió con respecto a nuestro sistema legal Segovia.¹¹⁴ Pero tal presunción no tiene base legal y, por tanto, carece de virtualidad para alterar las reglas del cargo de la prueba. De ahí que se entienda unánimemente que la prueba de la ausencia de discernimiento, excluyente de responsabilidad, incumbe al agente. El damnificado sólo tiene que demostrar la imputabilidad material del hecho al insano; a éste toca, esté o no interdicto, excusar su responsabilidad con la prueba de la carencia de discernimiento en el momento de obrar.

En el Anteproyecto de 1954 se da fuerza legal a la presunción “*hominis*” a que se refiere Segovia, y por ello su art. 1074, cláusula final, dispone: “Se presume la irresponsabilidad del interdicto, salvo prueba en contrario”.

766. SISTEMA DE CAPACIDAD DEL INTERDICTO. — La sentencia de interdicción provoca la incapacidad absoluta del demente interdicto (conf. art. 54, inc. 3º), motivo por el cual procede designarle curador definitivo (conf. art. 57, inc. 3º) para el gobierno de la persona y sus bienes (conf. art. 475, parte 1ª). El gobierno de la persona se refiere al cuidado del incapaz, y principalmente a la curación de éste si resulta factible, no pudiendo el curador determinar por su solo criterio la internación de aquél, pues ese asunto sólo compete al juez, que habrá de decidirlo así cuando sea de temer por su causa algún daño. Así lo dice el art. 482 en su primera parte, que prescribe: “*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*”.

Con todo se ha resuelto que puede autorizarse la inter-

¹¹³ Sup. Trib. Santa Fe, “L. L.”, t. 21, p. 891.

¹¹⁴ Segovia, L., *op. cit.*, t. I, p. 250, art. 922, nota 13 hacia el final.

nación del demente en un establecimiento especializado, si allí puede estar mejor atendido que en su propio hogar.¹¹⁵

767. ACTOS POSTERIORES A LA INTERDICCIÓN. — Como provenientes de un sujeto carente de capacidad, los actos jurídicos otorgados por el demente interdicto son nulos (conf. art. 1041 del Cód. Civ.).

A tales actos se refiere el art. 472, que dice: “*Si la sentencia que concluya el juicio declarase incapaz al demandado, serán de ningún valor los actos posteriores de administración que el incapaz celebrare*”.

El precepto sólo alude a los *actos de administración*, lo que se comprende por estar en el título de la curatela, motivo por el cual no se ha preocupado el codificador sino de aclarar la suerte de aquellos actos del incapaz, que han quedado encomendados al curador definitivo, por causa de la sentencia de interdicción dictada respecto del insano. Pero ello no quiere decir que tengan valor otra clase de actos, pues todos ellos quedarán impedidos por los arts. 1040 y 1041 del Código Civil. Es que tratándose de actos emanados de un incapaz falta la disposición expresa que pueda darles valor, único supuesto en que podrían considerarse tales actos exceptuados de la regla general de incapacidad que gobierna la condición de los dementes interdictos.

En consecuencia han de ser reputados “nulos” no sólo los actos de índole patrimonial realizados por los interdictos sino también los de carácter extra-patrimonial como los llamados actos “personalísimos”, tales como el matrimonio, el testamento, e' reconocimiento de filiación, la impugnación de paternidad, etc.¹¹⁶

¹¹⁵ Cám. Civ., “J. A.”, t. 75, p. 800.

¹¹⁶ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 358, texto nota 79; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n.º 549, p. 422; Guastavino, *Notas al Cód. Civ. Argentino*, t. 2, p. 51; Llerena, B., *op. cit.*, t. I, ps. 381-382, n.º 5; Figueroa, F. *Intervalos lúcidos*, “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, t. 7, p. 468; Lafaille, H., *Derecho de Familia*, ed. 1930, n.º 251, ps. 186-187; Freitas, A. T., de *Código Civil*, ed. Bs. As., 1910, p. 65, nota art. 79; Díaz de Guijarro, E., su nota en “J. A.”, t. 70, p. 695; Cám. Civ. 1.ª, “J. A.”, t. 70, p. 695. Comp. Segovia, L., *op. cit.*, t. I, p. 250, art. 922, nota 13, quien sigue la opinión emitida en Francia por Demolombe (t. III, n.º 127) a favor de la validez de los actos “personalísimos” otorgados por el interdicto en períodos de lucidez. Aubry y Rau distinguen manteniendo en esas condiciones la validez del matrimonio y del reconocimiento de filiación, e invalidando las convenciones nupciales, las donaciones, y especialmente los testamentos. Sobre testamentos, véase *infra* n.º 768.

Igualmente son nulos los actos de procedimiento cumplidos por el incapaz luego de dictada la sentencia de interdicción.¹¹⁷

768. QUID DE LOS TESTAMENTOS.—La posibilidad de otorgar testamento en intervalos de lucidez, por parte del demente interdicto, ha dividido a la doctrina en una de las más amplias controversias que existen en nuestro derecho civil.

Para una parte de la doctrina, a este respecto se hace excepción a la incapacidad absoluta de los dementes interdictos, en base a lo establecido en el art. 3615, precepto que se relaciona, según esta opinión, con los dementes interdictos y no con los simples enfermos mentales. A favor de esta tesis la consideración más fuerte es la que arguye con la necesidad de respetar la efectiva expresión de la voluntad del testador —que domina toda la materia testamentaria— cuando hay seguridad de que responde al querer de la persona en estado de lucidez.¹¹⁸

Para otra parte de la doctrina, tanto o más nutrida que la anterior no hay aquí motivo para introducir una excepción que la ley no hace. El art. 3615 no alude a la capacidad, sino al discernimiento, y reproduce para los actos de última voluntad las disposiciones generales que exigen la presencia de discernimiento en el agente para que su actividad resulte jurídicamente eficaz (conf. arts. 897, 900 y 1045, cláusula 1ª). Nosotros adherimos a esta opinión y pensamos que la anterior no ha calibrado adecuadamente la distinción existente entre la capacidad testamentaria a que se refieren los arts. 3606, 3614 y 3617, y el discernimiento de que tratan el art. 3615, para hacer una exposición de principio, y el art. 3616, para establecer el régimen de prueba correspondiente al mismo. Finalmente, contra el argumento que finca en la necesidad de respetar la expresión efectiva de la voluntad del testador cuando hay seguridad de que ella responde al sentir de aquél, respondemos que prueba demasiado porque igualmente ha de respetarse la voluntad de quienquiera en tales condiciones, lo que llevaría a la remisión de toda clase de incapacidad durante los intervalos de lucidez. Y si la ley no ha optado por ello es por la “inseguridad” que tal sistema introduciría en las relaciones jurídicas, razón práctica que

¹¹⁷ Cám. Civ. 1ª, “J. A.”, t. 43, p. 992; id., id., t. 26, p. 136; Cám. Civ. 2ª, “J. A.”, t. 9, p. 732; Cám. Civ. Sala “A”, “J. A.”, 1963-III, fallo nº 6770.

¹¹⁸ Borda, G. A., *Sucesiones*, t. II, nº 1083, p. 184; Fornieles, S., *Tratado de las Sucesiones*, 4ª ed., t. II, nº 167, ps. 156-157; Rébora, J. C., *Derecho de las Sucesiones*, 2ª ed., t. II, nº 476, p. 259; Orgaz, A., *op. cit.*, pág. 359 y ss.; Segovia, L., *op. cit.*, t. I, p. 250, art. 922, nota 13; Llerena, B., *op. cit.*, t. IX, ps. 578 y ss.; Aguiar, H., *La voluntad jurídica*, ps. 61 y ss.; Molinas A. J., *op. cit.*, t. II, ps. 197 y ss., y su nota en “J. A.”, 1945-I, sec. doctr., p. 34; Calatayud, P., *¿Pueden testar los dementes interdictos?*, “Revista de Derecho Civil”, t. I, p. 295; Tobal, G. F., su voto en disidencia en “J. A.”, t. 38, p. 235.

en la hipótesis también concurre porque luego de fallecido el otorgante del acto toda apreciación retrospectiva sobre un intervalo de lucidez que no fue comprobado en su momento por el procedimiento de rehabilitación del insano se torna dubitativo e incierto. Para eludir, pues, estas contingencias parece prudente dejar a los actos de última voluntad sujetos a los principios generales que proyectan la incapacidad del interdicto sobre toda clase de actos jurídicos.¹¹⁹

769. ACTOS ANTERIORES A LA INTERDICCIÓN. — En el sistema del Código de Vélez la sentencia de interdicción también ejercía cierta influencia sobre el pasado, haciendo nacer un período de “sospecha” a partir de la época de existencia pública de la enfermedad mental que dicha sentencia verificaba. Pues lógicamente la enfermedad ha necesitado un lapso de generación, y aun es dable pensar que antes del juicio o de la sentencia ha podido conocerse públicamente esa misma dolencia que luego comprobaran los jueces como existente en el incapaz. Por tanto, lo razonable era invalidar los actos jurídicos efectuados por el insano con la sola prueba de que ellos fueron realizados luego de ser públicamente conocida su enfermedad mental.¹²⁰

A este respecto el art. 473 expresaba: *“Los anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de interdicción declarada por el juez existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados”*.

La disposición transcrita introducía una diversidad de régimen probatorio de la causa de invalidez —la carencia de discernimiento

¹¹⁹ Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 32, n° 821, ps. 271-273; Lafaille, H., *Sucesiones*, t. II, n° 268, ps. 202 y ss.; Prayones, E., *Derecho de Sucesión*, n° 89, p. 330; Arias, J., *Sucesiones*, ps. 101-102; Machado, J. O., *op. cit.*, t. III, p. 132; Montarcé Lastra, A., *op. cit.*, n° 367 y ss.; Dassen, J., su nota en “J. A.”, 1945-I, sec. doctr., p. 22; Fassi, S., *La sucesión hereditaria*, n° 321; León P., *A propósito de la capacidad de testar del alienado interdicto*. “Boletín del Instituto de Derecho Civil”, Córdoba, año 9, n° 1, p. 7 y ss.; Buteler, J., *Situación jurídica del demente*; *id.*, año 8, núms. 1-2, ps. 14 y ss.; Cichero, Néstor, *Testamento otorgado por el interdicto en un intervalo lúcido*, “Rev. Fac. Derecho de Bs. As.”, t. 10, p. 32 y ss.; Ovejero, D., en su nota “J. A.”, t. 44, sec. doctr., p. 53; Cám. Civ. 1°, “J. A.”, t. 38, p. 209.

¹²⁰ Orgaz, A., *op. cit.*, p. 351 y ss., n° 22, quien habla de ese período de sospecha que se inicia con la “época” desde la cual existe “públicamente” la enfermedad del insano luego verificada por la sentencia de interdicción.

del agente— según que al tiempo de la impugnación del acto promediara o no, la interdicción del autor del acto.

Pues si esto no ocurría sólo podía hacerse caer el acto impugnado por la vía del art. 1045 en conexión con los arts. 897, 900 y 921 del Código, demostrando que el sujeto carecía de discernimiento en el “momento” de obrar el acto, no bastando la sola prueba de su enfermedad mental por entonces, aunque el hecho fuese público, pues bien pudo celebrarse el acto en un intervalo de lucidez.

En cambio, cuando se impugnaba la validez de un acto otorgado por un insano que luego había sido declarado incapaz, la ley venía en auxilio del impugnante, aliviándole de una prueba casi imposible de rendir, y facilitándole la invalidez con la sola demostración de dos extremos: a) que la actual enfermedad mental del autor del acto remontaba a la “época” de la celebración del mismo; b) que la enfermedad existía “públicamente” por entonces.¹²¹

Todavía podría ser que la enfermedad no fuese “pública” pero sí conocida de quien contrató con el insano. En tal hipótesis quedaba suplido el extremo del conocimiento público de la enfermedad, porque como dice Orgaz aún concurre en ella más cumplidamente la razón de la ley, desde que la exigencia de aquel requisito debía computarse especialmente respecto del adversario y en el caso la mera inferencia de un conocimiento eventual resultante del carácter público de la enfermedad, estaba sustituido ventajosamente por la prueba de que el adversario conocía la existencia de la enfermedad.¹²²

Finalmente cabía dejar de lado, la creencia de que la impugnación del acto obrado por el demente luego interdicto estaba exclusivamente supeditada a la prueba de aquellos extremos legales.¹²³ La previsión

¹²¹ Orgaz, A., *op. cit.*, ps. 352-353; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 543, p. 418; Molinas, A. J., *op. cit.*, t. 2, p. 167; Montarcé Lastra, A., *op. cit.*, n° 359, p. 200; Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3°, n° 825, ps. 275-276; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 576, p. 322; Cám. Civ., Sala “D”, “L. L.”, t. 108, fallo n° 49.211; íd., Sala “A”, “J. A.”, 1963-III, fallo n° 6770.

¹²² Orgaz, A., *op. cit.*, p. 353, texto nota 60; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 543, p. 418; Molinas, A. J., *op. cit.*, t. 2, p. 174. Conf. Cám. Civ., Sala “C”, “J. A.”, 1953-I, p. 140, con valiosa nota de Spota; Cám. Civ., Sala “B”, “L. L.”, t. 74, p. 584; Cám. Civ. 1° “L. L.”, t. 38, p. 582; Cám. 1°, La Plata, “L. L.”, t. 27, p. 129.

¹²³ Es muy difundida la opinión según la cual el art. 473 había creado un régimen especial de impugnación de los actos anulables de los insanos, condicionando la admisibilidad de la acción de nulidad a la prueba de los extremos indicados en dicho artículo. Así Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3° n° 811 y ss., ps. 249 y ss. Nosotros creemos con Orgaz, que las previsiones del art. 473 tendían a “facilitar” la impugnación del acto del insano y no a “dificultarla”, pues siempre podía el demandante prescindir de lo dispuesto en dicho artículo y proceder como si la sentencia de interdicción no se hubiera dictado, hipótesis en la cual para invalidar el acto se exigía la ardua prueba de la ausencia de discernimiento bastante en el

del art. 473 tendía a facilitar la invalidez de los actos anteriores obrados por el interdicto, pero no creaba tropiezos u obstáculos especiales a ese efecto, de modo que si se probaba la ausencia de discernimiento del agente en el "momento" del acto igualmente correspondía anularlo, no ya por la incidencia retroactiva de la sentencia de interdicción (supuesto del art. 473), sino por los principios generales de los actos obrados sin discernimiento (conf. arts. 897, 900, 921 y 1045, cláusula 1ª, del Código Civil).

En suma, quien impugnaba el acto de un insano luego interdicto, podía optar por ubicar su reclamo en una de dos situaciones: o prescindía de la sentencia de interdicción y entonces debía probar la ausencia de discernimiento en el "momento" del acto, o invocaba la sentencia de interdicción y en tal caso le bastaba probar aquellos dos extremos que "facilitaban" el pronunciamiento de la invalidez, por la fuerza presuntiva que la sentencia ejercía, en aquellas condiciones, respecto del pasado.

770.— En el estudio de este problema hay otra cuestión que podía hacer tropezar al intérprete. Nos referimos al verbo "podrán" usado por el art. 473, que ha hecho pensar que el precepto había querido dejar librada la anulación del acto, no obstante la prueba de los extremos legales, a la discrecionalidad del juez. Y por aquí se pensaba que el juez podría abstenerse de pronunciar la anulación si llegase a persuadirse de que el acto no había sido perjudicial para el insano, o si le hubiera sido provechoso, o que fue razonable y discreto, conforme a las circunstancias.¹²⁴

Pensamos que esta opinión desnaturalizaba la función del juez que en el caso no era de asistencia de la actividad del incapaz, sino de imparcial apreciación de los extremos legales para dirimir una contro-

"momento" del acto (conf. Orgaz, A., *op. cit.*, p. 354, texto nota 71, y Aubry y Rau, *op. cit.*, t. I, párr. 127, p. 524, 1º "in fine", quienes dicen así: "Por lo demás quede bien entendido que el interdicto así como sus representantes o sucesores son siempre admitidos a demandar la nulidad de los actos otorgados por él con anterioridad a la interdicción, establecido que estaba en el momento preciso del otorgamiento de estos actos privado del uso de sus facultades intelectuales". Y luego, estos autores agregan, lo que no consideramos adecuado: "En este caso el demandante de la nulidad no estaría sujeto a la doble prueba exigida por el art. 503 —nuestro art. 473— y los tribunales no podrían tomar en consideración la buena fe de los terceros"). Según nuestro punto de vista la buena fe de quien ha contratado con el insano era siempre irrelevante para fijar la suerte del acto obrado por éste porque la nulidad se establece a favor del insano y no contra la otra parte, de manera que aun cuando ésta fuere de buena fe no por ello hubiera dejado de anularse el acto si se demostraba la efectiva ausencia de discernimiento bastante en el "momento" de obrar, por parte del insano.

¹²⁴ Orgaz A., *op. cit.*, ps. 354-355, nº 23.

versia entre partes. La valoración de lo que es conveniente para los intereses del insano, si impugnar el acto o mantenerlo en su eficacia, puesto que él solamente puede accionar por nulidad, es asunto que sólo incumbe al criterio del curador, o del propio interesado, si éste actúa después de su rehabilitación, y si éstos han optado por articular la nulidad es porque consideran que es ello lo que consulta la conveniencia del incapaz, acerca de lo cual el juez no puede hacer prevalecer su personal criterio contrario, sencillamente, porque no es eso lo que es materia de la litis, sino la *ausencia de discernimiento del agente*.

Y es claro que el codificador no podía en el art. 473 sino usar el verbo "podrán" y no "deberán" porque no obstante la prueba de los extremos legales podría no corresponder anular el acto si el adversario contraprobare la lucidez mental del agente en el "momento" del acto. Pues, en tal caso, como ha sido bien observado por Orgaz, la prueba sólo aproximativa y un tanto vaga sobre la carencia de discernimiento del agente que se induce de la existencia "pública" de la enfermedad en la "época" del acto cede ante la prueba más precisa y concreta de que el acto fue efectivamente otorgado en un "momento" de razón.¹²⁶

770 bis. ALTERACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY 17.711. — El desarrollo que realizamos en los núms. 769-770, aparece desbaratado por la reforma que la ley 17.711 ha introducido en el art. 473 al agregarle el siguiente párrafo: "*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*".

El agregado rompe toda la armonía del sistema de nulidades establecido en el Código Civil. Sabido es que los actos que adolecen de fallas en el discernimiento de las personas, son de nulidad relativa e implican instituir una protección de las personas en cuyo beneficio se ha establecido la nulidad (conf. art. 1048 parte final, del Cód. Civil). Empero, con este agregado se viene a frustrar esa protección impidiéndose la declaración de nulidad cuando la demencia no fuere notoria y sea que promediara o no sentencia de incapacidad, siempre que el otro contratante fuere de buena fe y a título oneroso. De esta manera, se distorsiona todo el asunto y se perturba el armónico funcionamiento de la nulidad relativa, como protección de los agentes que obraren involuntariamente.

771. CARÁCTER DE LA NULIDAD. — Acerca del carácter de la nulidad, tres son las opiniones que se han emitido:

¹²⁶ Orgaz A., *op. cit.*, p. 355.

1) Para la mayor parte de la doctrina nacional los actos otorgados por los dementes son inválidos, pero difieren tales actos en cuanto a la *índole* de la invalidez y en cuanto al *carácter* de la misma, según que hayan sido obrados *antes* o *después* de la interdicción. Si los actos remontan a un tiempo anterior a la interdicción son “anulables” y de “nulidad relativa”; pero si han sido practicados luego de la interdicción son “nulos” y de “nulidad absoluta”.¹²⁶

Esa opinión es exacta sólo respecto a la *índole* de la invalidez del acto porque no se duda que los primeros son *anulables* y los segundos *nulos* (véase *infra*, núms. 1924 y 1946). Pero carece de fundamento cuando atribuye a los primeros nulidad *relativa* y a los segundos nulidad *absoluta*.

Observa Orgaz, con razón, que en unos y otros actos la razón de ser de la invalidez es la misma, la carencia de discernimiento del agente, si bien esta causa opera diversamente en ambas situaciones pues cuando ya promedia la sentencia de interdicción, aquella circunstancia está tipificada desde que como se ha dicho el pronunciamiento judicial crea una presunción “*juris et de jure*” de que el agente obra en tales condiciones en estado de ausencia de razón, sin admitirse la prueba en contrario porque ella sería irrelevante para alterar la incapacidad declarada del sujeto.¹²⁷ En cambio cuando se trata de un insano no interdicto, no pesa sobre él tal presunción, dependiendo la suerte del acto de la convicción que se forme el juez, acerca del efectivo estado de discernimiento del agente. Pero, observa Orgaz, “la misma causa produce siempre la misma nulidad, con independencia de cómo aparezca —manifiesta o encubierta—, es decir con independencia de que el acto sea nulo o anulable, que es lo único sujeto a variación”.¹²⁸ De ahí que siempre la nulidad reviste el mismo carácter, sea que se trate de actos anteriores a la interdicción —anulables— o sean posteriores a ella —nulos—, opinión que compartimos.

2) En una postura solitaria opina Orgaz que la nulidad de los actos obrados por insanos, es *siempre absoluta*, por-

¹²⁶ Salvat R., *op. cit.*, nº 2636, 1º, p. 1090; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 32, nº 818, ps. 262 y ss.; Busso E., *op. cit.*, t. II, art. 85, “Ley matr. civil”, nº 30, p. 304; Lafaille H., *Familia*, nº 776, p. 549; Montarcé Lastra A., *op. cit.*, núms. 363 y 374.

¹²⁷ Baudry-Lacantinerie G., y de Loynes P., *Personas*, nº 898.

¹²⁸ Orgaz A., *op. cit.*, p. 356, nota 76.

que en ambos casos a su juicio se está frente a un acto carente de voluntad.¹²⁹ Sería así un supuesto de acto inexistente que en la opinión de varios autores da lugar a la nulidad absoluta de lo obrado.

Por nuestra parte pensamos, que no hay en los actos obrados por los insanos ausencia de voluntad, sino falta de discernimiento suficiente para que el acto pueda ser considerado válido. El discernimiento es noción que admite toda clase de gradaciones, de donde la necesidad de examinar en concreto cada caso para apreciar si el sujeto ha obrado o no con discernimiento suficiente para dar valor jurídico al acto. En fin, el acto del insano, aunque inválido por esa razón, no es inexistente.

3) Para la doctrina y la jurisprudencia más recientes, los actos de los insanos son siempre de *nulidad relativa*, sea que hayan sido obrados antes de la interdicción o después de ella.¹³⁰ La base inmovible de esta conclusión reside en la aplicación al caso del criterio de distinción de las nulidades absolutas y relativas: el acto inválido es de nulidad absoluta cuando la invalidez ha sido instituida en resguardo de un interés público, y es de nulidad relativa cuando tiende a la protección de un interés privado. Es lo que aquí ocurre, en que la sanción de nulidad es uno de los medios de que la ley

¹²⁹ Orgaz A., *op. cit.*, p. 356, n° 24 "in fine".

¹³⁰ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 546, p. 419; Arauz Castex M., su voto en "L. L.", t. 71, p. 340; Llambías J. J., *Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos*, "L. L.", t. 50, p. 876, n° 8, nota 16; *id.*, *Nulidad relativa de los actos celebrados por dementes interdictos*, "Revista Fac. Derecho y C. Sociales", jul-ag., 1949, p. 925; Mazinghi J. A., *Acerca de la nulidad de los actos otorgados por dementes*, "Rev. Fac. Derecho y C. Sociales", jul-ag. 1950, p. 947; Díaz de Guijarro E., su nota en "J. A.", 1953-III, p. 443; Cám. Civ. 1°, "J. A.", 1949-II, p. 571; Cám. Civ., Sala "A", "J. A.", 1953-III, p. 443, y "L. L.", t. 71, 340. La doctrina francesa unánimemente, acuerda a estos actos nulidad "relativa": Colin, Capitant y de la Morandière, *op. cit.*, t. I, n° 370, p. 685; Planiol M. y Ripert G., *Traité élémentaire*, 10ª ed., t. I, n° 2083, p. 660; Baudry Lacantinerie y de Loynes, *Des personnes*, t. V, núms. 896 y 901; Aubry y Rau, *op. cit.*, t. I, p. 523; Josseland, *Derecho Civil*, ed. Bs. As., t. I, vol. 1º, n° 545, p. 406. Comp. Planiol, Ripert y Savatier, *Tratado Práctico*, ed. Habana, t. I, n° 724, p. 673, quienes entienden que el acto es inexistente si bien reconocen que la jurisprudencia juzga que es una nulidad relativa. Para la doctrina italiana, en el sentido del texto véase Degni Francesco, *Le persone fisiche*, n° 8, ps. 20 y ss.

se vale para proteger a las personas que por su deficiencia mental no están en condiciones de proveer adecuadamente al ejercicio de sus derechos. Y la demostración más concluyente de que éste es el sentido de la nulidad consiste en que quien ha tratado con el insano —sea éste interdicto o no— no puede alegar la situación para invalidar el acto, independientemente de que haya conocido o no el estado mental de su contraparte (conf. arts. 1049 y 1164, Cód. Civ.).

771 bis. EFECTOS DE LA ENFERMEDAD MENTAL SOBRE LA LIBERTAD PERSONAL (art. 482).— No obstante la enfermedad mental que padece quien ha sido declarado interdicto, la ley ha querido preservar al extremo su libertad personal. Por ello dispone el art. 482, como principio que *“el demente no será privado de su libertad personal”*. Empero, ese principio cede cuando sea de temer que usando de su libertad pueda el insano dañarse a sí mismo o dañar a los demás, aunque no será trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial (art. 482 primera parte, “in fine”).

Esa posible internación del insano en una casa de salud ha sido reglamentada mediante los agregados que hizo la ley 17.711 al art. 482, concebidos en los siguientes términos: *“Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales . . . pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación sólo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial”*.

“A pedido de las personas enumeradas en el art. 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia . . . que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aun evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos”.

Esos agregados prevén la *internación* del enfermo, como medida de *prevención* (nuevo art. 482 segunda parte) o de *curación* (mismo artículo, tercera parte). En cuanto a lo primero compete actuar a las *autoridades policiales* para prevenir delitos, pero su intervención está sujeta a la decisión del juez a quien se le debe dar *inmediata cuenta*. En cuanto a lo segundo, aunque la internación persigue el mejor tratamiento del enfermo siempre la decide el juez, a quien toca por intermedio de un delegado suyo verificar que *no se prolongue más de lo indispensable*, si no puede ser evitada. De este modo se ha reglamentado apropiadamente la restricción a la libertad de los enfermos mentales.

Finalmente, es de notar que el mismo régimen de internación ha sido extendido por el nuevo art. 482, a los *alcoholistas crónicos y toxicómanos*.

V. — CESACIÓN DE LA INCAPACIDAD

772. REHABILITACIÓN DEL INTERDICTO. — La incapacidad provocada por la declaración de interdicción perdura indefinidamente mientras el incapaz no sea rehabilitado.

A este respecto el art. 150 del Código Civil dispone: *“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”*.

773. CAUSA DE REHABILITACIÓN. — La única causa de rehabilitación es el restablecimiento mental del interdicto, que ha de ser “completo” según el criterio legal, para que tenga aquella virtualidad. Consecuentemente, si el restablecimiento fuere parcial y consistiere en una simple mejoría del enfermo no procede disponer la rehabilitación del interdicto. Por esto se ha dicho que es diversa la postura del juez según que se trate de establecer la incapacidad de un insano, o de levantarla, pues toda duda en la primera hipótesis ha de conducir a

mantener la capacidad de la persona denunciada, en tanto que en la segunda ha de resolverse en el mantenimiento de la incapacidad.¹⁸¹

774. NECESIDAD DEL JUICIO DE REHABILITACIÓN. — El levantamiento de la incapacidad del interdicto está sujeto a ciertos requisitos, a saber: a) la promoción de un juicio especial con ese objeto; b) la necesidad del examen de facultativos; c) la sentencia de rehabilitación del interdicto.

775. QUIÉNES PUEDEN PEDIR LA REHABILITACIÓN. — El Código no aclara el punto, pero hay unanimidad de pareceres, por analogía de situación, en que pueden promover el juicio de rehabilitación todos los que están facultados para denunciar la insania (conf. art. 144), con la excepción de cualquier persona del pueblo cuya situación muy especial ya hemos analizado, y que desde luego carecería de personería para iniciar este proceso.¹⁸²

Además de las personas aludidas, que pueden promover el juicio, facultativamente, está en el deber de hacerlo el *curador*. Si su representado ha curado constituye una obligación estricta suya, derivada del deber que tiene de “cuidar que el incapaz recobre su capacidad” (art. 481), promover el pertinente juicio de rehabilitación a ese efecto.¹⁸³

Por último, aunque con alguna discrepancia, la doctrina y la jurisprudencia consideran que el *propio interdicto* está habilitado para promover el juicio, si bien como sigue siendo incapaz, en el trámite del mismo, continúa representado por el *curador*.¹⁸⁴ Razones de hu-

¹⁸¹ Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 150, n° 4, p. 710. Conf. Salvat R., *op. cit.*, n° 860, p. 392; Llerena B., t. I, p. 343, n° 5; Cám. Civ., Sala “B”, “J. A.”, t. 1953-II, p. 149. Comp. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 553, p. 426.

¹⁸² Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 554, p. 426; Orgaz A., *op. cit.*, p. 364 “in fine”; Salvat R., *op. cit.*, n° 862, p. 393; Montarcé Lastra A., n° 335.

¹⁸³ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 465; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 581, p. 325; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 554, p. 426; Salvat R., *op. cit.*, n° 8663, p. 394; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 150, n° 19, p. 712; Montarcé Lastra A., *op. cit.*, n° 335.

¹⁸⁴ Conf. Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 150, n° 20, p. 712; Salvat R., *op. cit.*, n° 862, p. 393; Llerena B., *op. cit.*, t. I, p. 341, n° 1; Orgaz A., *op. cit.*, p. 365; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 554, p. 426; Arauz Castex M., *op. cit.*, n° 581; p. 325; Montarcé Lastra A., *op. cit.*, n° 341; Cám. Civ. 2°, “J. A.”, t. 55, p. 178; Cám. Civ. 1°, “J. A.”, t. 35, p. 1205; Spota G. A., *op. cit.*, t. I, vol. 32, n° 924,

manidad obligan a introducir esta excepción a la incapacidad del interdicto, para eludir la eventualidad de que alguien que haya recobrado la salud mental pueda seguir siendo considerado incapaz por la incuria o malicia de quienes deben velar por él.

El art. 635 del Cod. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434, dice: "*El declarado demente podra promover su rehabilitación*".

776. JUEZ COMPETENTE. — Tampoco el Código Civil aclara el punto, pero no es dudoso que la competencia para entender en el juicio de rehabilitación del interdicto corresponde al juez que ha determinado la interdicción por aplicación de los arts. 404 y 405 que rigen la situación de conformidad a lo prescripto en el art. 475 segunda parte.

El art. 5º, inc. 8º del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434, dice que es competente en los procesos de rehabilitación, el juez "*que declaró la interdicción*".

Consiguientemente el juicio intentado ante un juez incompetente es nulo, pero, como toda nulidad procesal, es meramente "relativa", puede ser cubierta por la confirmación expresa o tácita del curador y del Ministerio de Menores.¹³⁵

777. QUIÉNES SON PARTE EN EL JUICIO. — Se concluye que lo son todos los que revisten ese carácter en el juicio de interdicción (véase *supra* nº 757).

Esa conclusión es admitida por la doctrina que sienta la necesidad de ventilar esos trámites con las mismas personas que intervinieron en el juicio de interdicción, con la sola variante de que el curador "ad-litem" está aquí sustituido por el curador definitivo del incapaz, que es su representante legal de acuerdo al art. 57, inc. 3º, y como tal ha de intervenir en todos los actos concernientes al mismo, arts. 411 y 475, Cód. Civil.¹³⁶

p. 491, hasta exagera las posibilidades del insano que para él no se limitan a una mera denuncia para excitar la iniciación del procedimiento sino que reconoce su personería para actuar en el juicio con prescindencia de la representación del curador. Con ello viene a hacerse cesar la incapacidad del interdicto antes de la rehabilitación, lo que no se justifica. Comp. en derecho francés la opinión de Baudry-Lacantinerie y de Loynes, contraria a la facultad del interdicto para promover el juicio de rehabilitación (*op. cit.*, t. V, núms. 941 y ss.).

¹³⁵ Cám. Civ. 2º, "J. A.", t. 53, p. 352, y "L. L.", t. I, p. 94.

¹³⁶ Conf. Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 150, núms. 25-27, p. 712; Orgaz A., *op.*

778. EXAMEN MÉDICO. — También en el juicio de rehabilitación el examen de facultativos médicos constituye un elemento esencial del mismo que no puede ser omitido, bajo pena de nulidad de todo lo obrado con tal deficiencia. El nombramiento de los médicos debe hacerse por el juez con sujeción a los mismos principios que rigen el juicio de interdicción (véase *supra* n° 742).

Sobre el valor del dictamen médico, Orgaz piensa que es obligatorio para el juez, en tanto que Busso considera que es dable ponderar otros elementos de convicción, como el examen personal del incapaz, el certificado o informe del director y médico del hospicio donde estuvo internado, etc.¹³⁷ Nosotros consideramos que es preciso adoptar una distinción análoga a la que hemos efectuado en el n° 707, y por fuerza de ella, entendemos que si los médicos dictaminan que el interdicto sigue enfermo no puede el juez tenerlo como curado para rehabilitarlo, pero si a la inversa aquellos lo consideran curado el juez está habilitado para considerar todas las pruebas rendidas y en vista de ellas llegar a una conclusión diferente. Recordemos que en esta hipótesis toda duda se resuelve por el mantenimiento de la incapacidad.

779. SENTENCIA DE REHABILITACIÓN. — El punto a decidir en la sentencia se refiere al “completo” restablecimiento del interdicto, asunto que queda librado a la discreta apreciación del juez, con la sola variante ya indicada precedentemente en el sentido de no poderse arribar a ese resultado si los médicos se expiden coincidentemente manifestando que subsiste la enfermedad mental.

La sentencia produce, desde que pasa en autoridad de cosa juzgada, el efecto de hacer cesar la incapacidad que pesaba sobre el interdicto. Éste recobra consiguientemente su capacidad, de inmediato y sin dependencia de formalidad alguna (arg. art. 129 “in fine” aplicable por analogía). Desde entonces se reanudan los plazos de prescripción que

cit., n° 27 “in fine”, p. 365; Borda G. A., *op. cit.*, n° 554, p. 426; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 581, p. 325.

¹³⁷ Orgaz A., *op. cit.*, p. 365 “in fine”. Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 150, n° 36, p. 713; ver Cám. Civ. 1^a, “Gac. del Foro”, t. 84, p. 267.

hubieren estado en suspenso por razón de la incapacidad del interesado según el régimen anterior a la ley 17.711.¹³⁸

En la Capital Federal la sentencia de rehabilitación se inscribe en el Registro de Incapaces, creado por una acordada de la Cámara Civil. Luego de la sanción del Decreto-ley 8204/63, el art. 76 del mismo dispone la inscripción de las rehabilitaciones (inc. g) en un libro especial del Registro Civil. Empero la recuperación de la capacidad del rehabilitado no depende de la inscripción de la sentencia respectiva, formalidad no prevista en el Código Civil que sólo persigue una finalidad de publicidad para los terceros por lo demás altamente plausible. Empero una rehabilitación no inscrita, no sería oponible a los terceros de buena fe, es decir, que la ignoraran (conf. art. 77 del Decreto-ley 8204/63).

VI. — INDEPENDENCIA DE LO CIVIL Y LO PENAL EN ESTA MATERIA

780. — El principio de independencia de la cosa juzgada civil y penal, en lo concerniente a la insania de las personas, está consignado bajo sus dos aspectos en los arts. 151 y 152 del Código Civil.

Según el art. 151, *“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 condenaciones”*.

El principio expresado en el art. 151 es una consecuencia de la distinción ya efectuada entre la capacidad y la responsabilidad (véase *supra*, n° 763).

La sentencia de interdicción o de rehabilitación no trae consecuencias para excluir o admitir la responsabilidad de las personas. Con relación a la responsabilidad civil tal independencia resulta con claridad del art. 1070, y respecto a la responsabilidad penal está determinada por el art. 151, transcripto.

781. — A la inversa, *“tampoco constituye cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos de que se trata en los artículos precedentes, cualquier 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”* (art. 152).

¹³⁸ Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 150, núms. 39-40, p. 714; Montarcé Lastra A., *op. cit.*, n° 345; Colmo A., *Obligaciones*, Bs. As., 1920, núms. 1002 y 1008, pá. 680 y 683, respectivamente.

Por consiguiente, siempre será factible, después de considerada la situación mental de un procesado en el fuero penal, revisar esa misma situación en el fuero civil, sea para contemplar la posibilidad de la interdicción del sujeto, sea para proveer a la rehabilitación civil de éste, sea para apreciar su responsabilidad civil.

782. IMPUTABILIDAD POR ACTOS ILÍCITOS: REMISIÓN. — La cuestión de la imputabilidad de los actos ilícitos a los enfermos mentales la hemos encarado *supra* núms. 724 y 764-765, adonde remitimos al lector. Fuera de ello, nos hemos detenido con mayor atención en nuestra obra *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. III n° 2262, donde consideramos el asunto en el Capítulo XXX: *Elementos de los actos ilícitos*.

§ 3. Sordomudos: concepto y condición jurídica. Actos permitidos. Responsabilidad. Insubsistencia de esta categoría en el derecho moderno.*

783. CONCEPTO. — En la noción vulgar los sordomudos son aquellos que están privados del habla a causa de su sordera de nacimiento.

En el concepto jurídico son los que no pueden hablar con los demás ni oír lo que se les dice, sin atender al origen de su deficiencia.¹³⁰

Tal situación los coloca en una posición de inferioridad respecto de sus semejantes, motivo por el cual desde antiguo se ha creado para ellos un sistema de protección por el que se los incapacita si no saben darse a entender por escrito.

Modernamente se escogen otros procedimientos para alcanzar el resultado deseado de amparar a quienes padecen esas deficiencias (véase *infra*, n° 790-791).

* BIBLIOGRAFÍA: Madrazo J. A., *La incapacidad civil del sordomudo*, tesis, Bs. As., 1950; Orus M., *Matrimonio de sordomudos*, en "L. L.", t. 19, sec. doctr., p. 25; Bernard T. D., *Los sordomudos en el derecho notarial argentino*, "Rev. del Notariado", mayo de 1941, p. 201; Parrel y Lamarque, *Les sourde-muets*, París, 1925.

¹³⁰ Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 153, n° 7, p. 718.

784. CONDICIÓN JURÍDICA.— El art. 54, inc. 4º, declara absolutamente incapaces a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.

Concordantemente el art. 153 dispone: *“Los sordomudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no puedan darse a entender por escrito”*.

Es de notar que la terminología usada por el Código no es siempre uniforme pues en los arts. 469 y 3617 cambia aquella fórmula —no darse a entender por escrito— por la frase “no saber leer ni escribir” que la jurisprudencia ha conceptualizado equivalente.¹⁴⁰

785. PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN.— Para verificar la ineptitud de los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito se sigue un procedimiento semejante al dispuesto con relación a los insanos.

Así lo determina el art. 154: *“Para que tenga lugar la representación de los sordomudos, debe procederse como con respecto a los dementes; y después de la declaración oficial debe observarse lo que queda dispuesto respecto a los dementes”*.

Por tanto, para incapacitar a las personas que se encuentran en estas condiciones hay que recurrir a un procedimiento judicial de análogas características al estudiado en los números 739 y siguientes.

786. REQUISITOS DE LA INTERDICCIÓN.— Para pronunciar la incapacidad de estas personas debe comprobarse: 1º) que ellas son sordomudas; 2º) que no saben o no pueden darse a entender por escrito.

Aquí, diversamente de lo que ocurre con los insanos, la ley no exige que se acredite la ineptitud del sujeto para el gobierno de sí mismo y para el manejo de sus bienes, entendiéndose que aquella deficiencia trae necesariamente esta otra.¹⁴¹

¹⁴⁰ Cám. Civ. 1ª, “J. A.”, t. 38, p. 209.

¹⁴¹ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 375, nº 3; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 564, p. 431.

787. FINALIDAD DEL EXAMEN MÉDICO. — Por razón de la causa determinante de la incapacidad de los sordomudos la finalidad del examen médico está relacionada con aquélla.

Así dice el nuevo art. 155: *“El examen de los facultativos verificará si pueden darse a entender por escrito. Si no pudiesen expresar su voluntad de ese modo, los médicos examinarán también si padecen de enfermedad mental que les impida dirigir su persona o administrar sus bienes, y en tal caso se seguirá el trámite de incapacidad por demencia”*.

El nuevo texto se hace cargo de la posibilidad de que el impedimento para darse a entender por escrito que padece el sordomudo, sea de origen psiquiátrico, y en tal caso, lo somete al trámite de incapacidad por demencia. Sin duda es lo correcto, pero este agregado confirma lo que decimos en el n° 790 acerca de la eliminación de esta categoría de incapaces en el derecho moderno. Porque si el orden del impedimento no es psíquico, no hay motivo para determinar la incapacidad sino a lo sumo como era contemplado en el Anteproyecto de 1954 (véase *infra*, n° 791) para que la deficiencia de manifestación del sordomudo proveniente de su falta de educación y no de su enfermedad, fuese contemplada a fin de someterlo al régimen de protección de la inhabilitación judicial (art. 94, inc. 2° y 96 del Anteproyecto de 1954).

Aunque no está expresado especialmente por la disposición, también han de verificar los peritos médicos la existencia misma de la sordomudez.

En cuanto al valor del dictamen médico concordante sobre el pronunciamiento judicial, su eficiencia legal es la misma que la que tiene el dictamen que versa sobre la demencia (véase *supra*, n° 707).

787 bis. PERSONAS QUE PUEDEN SOLICITAR LA INTERDICCIÓN. — Son las mismas que pueden solicitar la declaración de demencia, como lo determina el art. 156, que prescribe: *“Las personas que pueden solicitar la declaración de la incapacidad de los dementes, pueden pedir la de la incapacidad de los sordomudos”*.

Pero ha de aclararse que en el caso no cabe la acción popular que puede esgrimir cualquier persona del pueblo tratándose de un in-

sano furioso e incómodo, por ausencia del presupuesto a que está condicionada esa acción.

787 ter. EFECTOS DE LA INTERDICCIÓN. — La sentencia que verifica la ineptitud del sordomudo tiene por efecto la supresión de la capacidad de que gozaba hasta el momento de pasar el pronunciamiento en autoridad de cosa juzgada.¹⁴²

Desde entonces el sujeto queda en la condición de un absolutamente incapaz, cuya representación es asumida por el curador que ha de nombrársele en el mismo acto. El curador del sordomudo extiende su representación a todos los actos de la vida civil (conf. art. 62), con exclusión de los actos personalísimos que son aquellos que están al margen de toda posible representación (matrimonio, testamento, reconocimiento de filiación, etc.). Por tanto y salvo algún expreso facultamiento como el referente al matrimonio, el sordomudo queda impedido de realizar los actos personalísimos, en forma absoluta.

788. NULIDAD DE LOS ACTOS OBRADOS. — Como consecuencia de la interdicción todo acto obrado por el sordomudo después del pronunciamiento judicial respectivo es nulo, si bien de nulidad relativa, por la finalidad protectora de la incapacidad.

En cuanto a los actos anteriores al pronunciamiento judicial sólo podrían ser invalidados si se estableciese la carencia de discernimiento del sujeto en el momento de otorgarlos. Es claro que se trata de un supuesto teórico, pues la misma ineptitud natural del sujeto constituye un impedimento de hecho para el otorgamiento de actos jurídicos que si aparecen documentados lo probable es que los documentos sean falsos, de modo que acreditada esta circunstancia el acto ha de reputarse inexistente por ausencia del sujeto.¹⁴³

788 bis. MATRIMONIO DEL SORDOMUDO. — El principio de incapacidad del sordomudo presenta una importante excepción con respecto al matrimonio. Según el art. 10 de la ley de matrimonio civil *"los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, no pueden casarse entre sí ni con otra persona, sin el consentimiento de su padre, o sin el del tutor o curador a falta de ambos o en defecto de éstos sin el del juez"*.

¹⁴² Cám. C. 1ª, "J. A.", t. 38, p. 209.

¹⁴³ Véase el estudio que hemos hecho de un supuesto semejante en nuestra nota inserta en "L. L.", t. 50, sec. doctr., p. 876.

De aquí se infiere que los sordomudos incapacitados, no obstante su carencia de aptitud para darse a entender por escrito, si manifiestan su voluntad asertivamente de otra manera y si cuentan con el consentimiento del curador pueden contraer matrimonio, disposición que ha sido objeto de críticas.¹⁴⁴

Luego de la reforma introducida por la ley 23.515, el art. 166 del Cód. Civ. dispone: "*Son impedimentos para contraer el matrimonio: ... 9º) La sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera.*"

789. LEVANTAMIENTO DE LA INTERDICCIÓN. — Para el levantamiento de la interdicción corresponde proceder como está indicado para los insanos.¹⁴⁵

Así lo expresa el art. 158: "*Cesará la incapacidad de los sordomudos del mismo modo que la de los dementes.*"

790. ELIMINACIÓN DE ESTA CATEGORÍA EN EL DERECHO MODERNO. — Se ha dicho con razón que la incapacidad del sordomudo es un anacronismo, en nuestro tiempo.¹⁴⁶

Porque el defecto que el sujeto padece puede provenir de una lesión cerebral, en cuyo caso la incapacidad corresponde por *insania*, o puede provenir de un defecto orgánico remediable por una educación adecuada que no justifica por la potencial lucidez de la persona el remedio extremo de la incapacidad.

La sordomudez, por sí sola, no excluye las posibilidades de la lucidez mental, pero suele coincidir con la oligofrenia.¹⁴⁷

En suma, el problema del sordomudo no es jurídico, sino médico y pedagógico. Si es posible remediar el defecto físico y restituir al sujeto a su sociabilidad natural no habrá caso jurídico alguno. Si ello no es posible será porque el defecto físico es una consecuencia de la inepticia mental que la enfermedad cerebral provoca y entonces el sordomudo podrá ser interdicto, no por sordomudo, sino por oligofrénico, sin que sea menester crear un tipo específico de incapacidad.

¹⁴⁴ Machado J. O., *op. cit.*, t. I, p. 245 y 286; Bibiloni J. A., su nota al art. 545 de su *Anteproyecto*; Lafaille H., *Familia*, Bs. As., 1935, n° 76, p. 69; Busso E., *op. cit.*, t. II, art. 10, "Ley matr. civil", n° 22 y ss., ps. 60-61; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 571, ps. 434-435.

¹⁴⁵ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 38, p. 209.

¹⁴⁶ Da Cunha Gonçalves, citado por Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 32, n° 938, p. 510, nota 1109.

¹⁴⁷ Conf. Weygandt, *Psiquiatría Forense*, trad. del alemán, Barcelona, 1940, p. 245.

De aquí que los códigos modernos como el venezolano (arts. 409 y 410), el alemán (arts. 6º y 1910), el italiano (art. 416) y el suizo (art. 369) hayan suprimido la sordomudez como causa constitutiva de incapacidad, sin perjuicio de admitirla como supuesto de incapacidad de derecho para realizar ciertos actos, v. gr., el testamento por acto público (conf. nuestro art. 3651), y de acudir en amparo del sordomudo ineducado por los medios apropiados. Pero obsérseve que cuando se provee a esto último no lo es en razón de la causa —la sordomudez— sino del efecto —la ineducación—, por hipótesis transitoria y remediable en corto tiempo, por aplicación de los métodos técnicos contemporáneos.

791. ANTEPROYECTO DE 1954. — En este Anteproyecto desaparece la categoría del sordomudo como incapaz. Si la sordera no responde a una lesión cerebral o meníngea con repercusión cerebral, el sujeto es inteligente, pudiendo manejarse por signos en una forma sorprendente y llegar a expresar pensamientos exclusivamente con mímica.¹⁴⁸ Pero “cuando el niño sordomudo no ha sido educado se detiene en su evolución mental, y se calcula que un niño sordomudo de nueve años no educado, por su sola sordomudez sin trastornos intelectuales de otro orden, tiene un desarrollo mental equivalente al de un niño normal de dos años”.¹⁴⁹

Para estos casos de desidia de los padres o tutores, que cada vez con el progreso de la instrucción general de la población se harán más escasos, el Anteproyecto de 1954 provee el remedio de la inhabilitación (véase *supra*, nº 580).

Según el art. 94 de dicho Anteproyecto “podrán ser inhabilitados judicialmente: . . . 2º) Los sordomudos y los ciegos que no hubiesen recibido una educación suficiente . . . si del ejercicio de su plena capacidad pudiese resultarles, presumiblemente, algún daño”.

Los inhabilitados no pueden sin la conformidad expresa de su curador realizar los actos enumerados en el art. 96, que son susceptibles por su complejidad o trascendencia patrimonial de provocar daños al agente, en razón de la inferior condición de éste. Si el curador negase su conformidad o estuviere impedido para darla, es dable recurrir al juez.

Es de notar que la ley 17.711 no ha recogido este supuesto específico de inhabilitación porque no quedan comprendidos los sordomudos en la hipótesis del nuevo art. 152 bis, inc. 2º La cuestión está, pues, en los términos en que la dejó el codificador.

¹⁴⁸ Rojas N., *La psiquiatría en la legislación civil*, Bs. As., 1938, p. 119.

¹⁴⁹ Rojas N., *op. cit.*, p. 118.

- § 4. Ausencia: diversas clases. Discutida incapacidad de los ausentes declarados tales en juicio. Régimen del Código y de la ley 14.394. Normas para la declaración de la ausencia simple. Efectos.

I.—AUSENCIA: DIVERSAS CLASES

792. INTERÉS DEL ASUNTO.—Según el antiguo art. 54 inc. 5º tenían “*incapacidad absoluta . . . los ausentes declarados tales en juicio*”. Este inciso ha sido derogado por la ley 17.711. No obstante ello no significa que haya desaparecido el “ausente declarado tal en juicio” de nuestra legislación, como lo prueba la subsistencia de los arts. 15 a 21 de la ley 14.394, que le están dedicados. Lo que ha variado es el enfoque a su respecto, porque el legislador de 1968, no lo conceptúa un incapaz, y con razón, pues allí donde se encuentre puede obrar por sí mismo sin reato alguno.

Con esta aclaración daremos cuenta sumaria del asunto que planteaba la enunciación del citado art. 54, inc. 5º del Código de Vélez para luego concentrar nuestra atención en la regulación que hace la ley 14.394 de la declaración de ausencia, aclarando que los arts. 15 a 21 de dicha ley están tomados casi a la letra de los arts. 53 a 59 del Anteproyecto de 1954.

793. DIVERSOS SUPUESTOS DE AUSENCIA.—La ausencia, en su sentido vulgar, indica el alejamiento de alguien del lugar donde se supone había de estar presente.

a) En derecho la voz ausencia es usada para caracterizar diversas situaciones de hecho, sin alusión directa a una persona determinada: en tal sentido se habla de formación del consentimiento entre ausentes (arts. 1147 y ss.), aludiéndose a personas “no presentes” en el lugar considerado.

b) También se denominan “ausentes” a los que no comparecen a estar en juicio no obstante estar debidamente citados. Su situación

es definida por el derecho procesal,¹⁵⁰ pero también tiene alguna incidencia en supuestos particulares del derecho civil: arts. 757, inc. 3º (consignación en pago), 2846 (inventario hecho por el usufructuario), 3203 (cancelación de hipoteca) y 3463 (partición de herencia).

c) En el *Esbozo* de Freitas se computaba como incapaces a los ausentes declarados como tales en juicio (art. 41, inc. 5º), que eran los imposibilitados físicamente para obrar en razón de su alejamiento del lugar donde se exigía estar para el ejercicio de los derechos (ver nota al art. 41 del *Esbozo*). Freitas legislaba sobre estos ausentes, respecto de los cuales no se planteaba cuestión alguna sobre su existencia, en los arts. 107 y siguientes.

d) Finalmente se denominan ausentes con presunción de fallecimiento aquellos que por la prolongada ausencia de su domicilio, sin dar noticias del paradero, son reputados muertos. Aquí en verdad no hay supuesto propiamente de ausencia, sino de presunción de fallecimiento, inducida de la anterior ausencia de la persona. Pero en rigor hay contradicción en denominar a alguien ausente y al propio tiempo difunto presunto.

II. — DISCUTIDA INCAPACIDAD DE LOS AUSENTES DECLARADOS TALES EN JUICIO

794. QUIÉNES ERAN EN EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO. — Mucho se ha discutido acerca de cuáles eran los ausentes a quienes aludía el art. 54, inc. 5º, del Código y para quienes se instituía la representación del art. 57, inc. 3º, antiguo.

Varias fueron las opiniones emitidas al respecto:

1) Para Salvat, De Gásperi, Díaz de Guijarro, Borda, Llerena y Guastavino, los ausentes declarados tales en juicio eran los ausentes con presunción de fallecimiento sobre los que legislaban los arts. 110 y siguientes del Código, ahora derogados por la ley 14.394.¹⁵¹

¹⁵⁰ Salvat R., *op. cit.*, nº 877, p. 401, ap. b); Díaz de Guijarro E., su nota en "J. A.", t. 67, p. 749; Busso E., *op. cit.*, t. I, nº 5, p. 586.

¹⁵¹ Salvat R., *op. cit.*, nº 880, ap. b), p. 403; De Gásperi Luis, *Tratado de las Obligaciones*, Bs. As., 1945, t. I, nº 166, p. 137, y nº 200, p. 165; Díaz de Guijarro E., su nota en "J. A.", t. 67, p. 749; Llerena E., *op. cit.*, t. I, ps. 138-139, nº 4; Guastavino, *op. cit.*, t. I, nº 77. Conf. Cám. Civ. 1º, "J. A.", t. 37, p. 253; Cám. Com., "J. A.", t. 7, p. 307; Cám. Fed. La Plata, "J. A.", t. 67, p. 749.

2) Para Aguiar los ausentes declarados tales en juicio eran los "simples ausentes" que citados a un juicio donde fuesen parte dejaren de concurrir a estar a derecho.¹⁵²

3) Para Machado todos los ausentes aludidos por los anteriores autores quedaban comprendidos en el art 54, inc. 5º.¹⁵³

4) Para la opinión doctrinaria dominante, que nosotros compartimos, los ausentes de referencia no podían ser confundidos con los ausentes presuntamente fallecidos y constituían una categoría especial que omitió reglamentar el codificador.¹⁵⁴

795. LA CRÍTICA DE ORGAZ. — Nos parece que la crítica llevada por Orgaz a la opinión hasta ese momento prevaleciente por contar a su favor con la autoridad de Salvat, según la cual los ausentes a que nos referimos eran los presuntamente fallecidos, fue decisiva para mostrar su inconsistencia.

Observaba Orgaz, aun dejando de lado el contrasentido de considerar incapaz a alguien reputado al propio tiempo muerto, que esa opinión no resistía las siguientes objeciones: a) No hay incapacidad de hecho sin representación (art. 58), teniendo los ausentes declarados tales en juicio su representante en el curador que se les nombre. Pero como a los presuntamente fallecidos no se les nombra curador, éstos no

Borda, si bien participa de esta comprensión, la critica acerbamente; *op. cit.*, t. I, n° 251, p. 228.

¹⁵² Aguiar H., orientó su enseñanza magistral en la Universidad de Córdoba, en este sentido, según Orgaz, *op. cit.*, p. 281, nota 6. Este mismo autor enrola en esta tendencia aunque dubitativamente a Segovia pero nos parece que no era de ese sentir, como resulta de la nota 1 al art. 54 donde dice: "Con relación a los ausentes declarados tales en juicio, nuestro Código no determina los requisitos y trámites para esa declaratoria, vacío sensible que se encuentra llenado en varias legislaciones. La materia es indudablemente propia de la ley sustantiva y nuestro legislador debió tratarla como lo hace respecto a la demencia y sordomudez, estableciendo los justificativos y trámites para declararla. Es claro, por lo demás, que el n° 5 de este artículo no se refiere a los ausentes con presunción de fallecimiento, que tienen su legislación peculiarísima" (Segovia L., *op. cit.*, t. I, p. 23, nota 1). De lo transcrito inferimos que la posición de Segovia era la de los autores que trataremos en seguida.

¹⁵³ Machado, J. O., *op. cit.*, t. I, págs. 118-119, nota art. 54, n° 5. Comparar, sin embargo, por la vacilación de pensamiento que indica, p. 199, nota al art. 110.

¹⁵⁴ Segovia L., *op. cit.*, t. I, p. 23, nota 1; Bibiloni, *Anteproyecto*, su nota al Título V de la sección 1ª del Libro Primero; Lafaille H., *Parte General* (apuntes de Busso y Morixe), t. I, pá. 116 y ss.; Spota A. G., *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 31, n° 660, y vol. 32, n° 984; León P., *Dos temas relativos a la ausencia*, en "Rev. del Centro de Estudiantes de Derecho", Córdoba, agosto de 1929, pá. 20 y ss.; Orgaz A., *op. cit.*, pá. 382 y ss.; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 699, p. 391. Conf. C.C.N., Fallos, t. 37, p. 439; *id.*, t. 48, p. 207.

pueden identificarse con aquéllos; b) El Ministerio de Menores es "parte" para pedir la declaración de incapacidad pertinente. Pero no es parte para pedir la declaración del fallecimiento presunto, ergo...; c) En todo juicio en que se solicita la declaración de incapacidad de una persona es parte "esencial" en el juicio el Ministerio de Menores (conf. arts. 147 y 154). Pero no se duda que ese organismo no interviene en el juicio de presunción de fallecimiento, luego...; d) En el sistema de Freitas es indudable que tales ausentes —los declarados en juicio y los presuntamente fallecidos— no se identificaban. No es creíble que pudiera llegarse a tal identificación en nuestro Código, inspirado en aquel sistema, en la redacción de los arts. 54 y 57.¹⁵⁵

Por fuerza de estas objeciones no quedaba sino concluir que en la reglamentación de los incapaces en particular, personas por nacer, menores, dementes, etc., el Código había dejado una laguna, al no legislar sobre la situación de los ausentes. Tal laguna es la que quedó colmada con la sanción de la ley 14.394.

III.—NORMAS REFERENTES A LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA

796. REQUISITOS PARA LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA.— De acuerdo al art. 15 de la ley 14.394 la declaración de ausencia está subordinada a la comprobación de los siguientes requisitos: 1) la "desaparición" de la persona; 2) la existencia de bienes que exijan cuidado; 3) la falta de apoderado o situación análoga.

El art. 15 aludido, dice así: *"Cuando una persona hubiere desaparecido del lugar de su domicilio o residencia, sin que de ella se tengan noticias y sin haber dejado apoderado, podrá el juez, a instancia de parte interesada, designar un curador a sus bienes, siempre que el cuidado de éstos lo exigiere. La misma regla se observará si, existiendo apoderado, sus poderes fueren insuficientes, no desempeñare convenientemente el mandato o éste hubiese caducado"*.

El precepto sigue la línea del Anteproyecto Bibiloni (art. 134 de la redacción 1ª, art. 120 de la redacción 2ª), del Proyecto de 1936 (art. 59) y del Anteproyecto de 1954 (art. 53).

¹⁵⁵ Orgaz A., *op. cit.*, ps. 382 y ss., n° 4.

797. — El primer requisito es la “desaparición” de la persona que es indispensable para interferir en el patrimonio del desaparecido y disponer la administración del mismo.

Bibiloni prescindía de este requisito cuando aun conociéndose la actual residencia del ausente éste tuviera imposibilidad de proveer al cuidado de sus bienes (art. 135 del Anteproyecto, art. 121 de la 2ª redacción), hipótesis adoptada por la Comisión de 1936 en el art. 60 de su Proyecto.

Para nosotros en ese supuesto no se justifica la ingerencia en el patrimonio del ausente, pues si éste no toma medidas su omisión no ha de ser suplida para la generalidad de su actividad por los parientes, etc. Por ello no incluimos en el Anteproyecto de 1954 disposición similar, sin perjuicio de que con respecto a algún caso determinado procediera la curatela de bienes prevista en el art. 62 de este Anteproyecto.

La ley 14.394 ha seguido igual criterio, no considerando la posibilidad de declarar la ausencia cuando se conoce el paradero del interesado.

798. — 2) El segundo requisito es la existencia de *bienes en peligro*, por la necesidad de tomar alguna medida a su respecto. Es una fórmula amplia, comprensiva de muchas hipótesis diversas, tales como la posibilidad de una ejecución judicial o la pérdida de ganados, etc.

799. — 3) El tercer requisito se refiere a la *inexistencia de persona autorizada* para obrar en nombre del ausente.

Es claro que si el ausente ha dejado un mandatario no procederá en principio la declaración de ausencia, por ser ella innecesaria y ser éste un procedimiento realmente excepcional, habiéndose decidido que, si existe mandatario con poderes suficientes, la esposa del ausente no puede incoar este procedimiento.¹⁸⁶

Pero en cambio, si no hay mandatario, o éste no tiene poderes bastantes para resolver el punto en cuestión, o si abusa desempeñándose inconvenientemente, procede la declaración de ausencia.

La ley 14.394 agrega el supuesto de caducidad del mandato, que figuraba ya en el Proyecto de 1936 (art. 59) y suprimió el Anteproyecto de 1954 (art. 53). Pero se trata de una hipótesis que no debió mentarse, porque la caducidad del mandato se traduce en la falta de mandatario que es el supuesto principal.

800. QUIÉNES PUEDEN DENUNCIAR LA AUSENCIA. —
La declaración de ausencia no puede ser decretada de oficio

¹⁸⁶ Cám. Civ., Sala “C”, “L. L”, t. 92, p. 52.

sino a "instancia de parte" (art. 15, ley 14.395). Es una garantía normal en los procesos que versan sobre asunto tan grave como el referente a la capacidad de las personas (v. gr., demencia, incapacidad por sordomudez) y que elude el peligro del prejuzgamiento.

El art. 17 de la ley 14.394 dice: *"Podrán pedir la declaración de ausencia y el nombramiento del curador, el ministerio público y toda persona que tuviere interés legítimo respecto de los bienes del ausente"*.

El precepto está tomado a la letra del art. 55 del Anteproyecto de 1954 que supera ventajosamente a las enunciaciones anteriores contenidas en el Anteproyecto Bibiloni (art. 16, redacción 1ª, y art. 122, redacción 2ª) y el Proyecto de 1936 (art. 61) especialmente porque una categoría de las personas autorizadas para hacer la denuncia en estos últimos proyectos eran "las que tuvieren un interés legítimo respecto de los bienes". No es buena técnica legislativa mezclar en una enumeración menciones concretas como la del cónyuge o los herederos presuntos del ausente con una indicación genérica que cubre a las anteriores y por tanto las hace innecesarias, eludiendo la grave falla del casuismo.

801. JUEZ COMPETENTE. — La declaración de ausencia debe ser solicitada ante el juez del domicilio del ausente, o última residencia del mismo, si no se conociere el domicilio.

Así resulta del art. 16 de la ley 14.394: *"Será competente el juez del domicilio, o en su defecto, el de la última residencia del ausente. Si éste no los hubiere tenido en el país, o no fuesen conocidos, lo será el del lugar en que existiesen bienes abandonados, o el que hubiese prevenido cuando dichos bienes se encontraren en diversas jurisdicciones"*.

El origen del precepto está en el Anteproyecto Bibiloni (art. 134, última parte, redacción 1ª, art. 120, redacción 2ª), seguido también por el Proyecto de 1936 (art. 59, segunda parte) y el Anteproyecto de 1954 (art. 54).

La frase final "o el que hubiese prevenido cuando dichos bienes se encontraren en diversas jurisdicciones" no figura en aquellos proyectos. Sin duda tiende a evitar la multiplicidad de procesos de ausencia cuando faltando el factor unificador del domicilio pudieran intentarse

juicios diferentes por razón de la distinta jurisdicción de los bienes del ausente.

802. PROCEDIMIENTO A SEGUIR.—Está indicado en el art. 18 de la ley 14.394, que dice: *“El presunto ausente será citado por edictos durante cinco días y si vencido el término no compareciese, se dará intervención al defensor oficial, o en su defecto se nombrará defensor al ausente. El ministerio público será parte necesaria en el juicio”*.

Entendimos antes que de la solicitud de ausencia debía darse vista al asesor de menores como representante de la rama del Ministerio Público a la que está confiada la protección de los incapaces, y por esa calidad le incumbía la intervención en el juicio de ausencia, en calidad de “parte necesaria” como dice el art. 18 de la ley 14.394 antes transcripto. Es una conclusión que ha variado después de la derogación del inc. 5º del art. 54, consumada por la ley 17.711, pareciendo que ahora cuadra interpretar que el aludido representante del Ministerio Público es el agente fiscal (conf. art. 119, inc. 9º, de la ley 1893).

Evacuada la vista por el agente fiscal, debe nombrarse defensor al ausente indicando la ley que el nombramiento recaerá en el defensor oficial, “o en su defecto se nombrara defensor del ausente”. La indicación sigue la prelación propuesta por Bibiloni (art. 137, primera redacción; art. 132, segunda redacción) y aceptada por el Proyecto de 1936, art. 62. El Anteproyecto de 1954 contenía una redacción menos rígida que permitía optar por la designación de un defensor oficial o privado, lo que eventualmente puede ser hasta de interés para las partes: así decía “el presunto ausente será citado por edictos por un breve plazo. Y si vencido éste no compareciere se le designará defensor o se dará intervención al respectivo funcionario, si lo hubiere dentro de la jurisdicción” (art. 56).

Escuchado el defensor del ausente procede abrir el juicio por un breve período de prueba para recibir las medidas que acrediten los extremos legales a fin de declarar la ausencia.

En este sentido dice el art. 19 de la ley 14.394: *“Oído el defensor del ausente, y concurriendo los extremos legales, se declarará la ausencia y se nombrará curador”*. Pero para que el juez forme convicción sobre la concurrencia de los extremos legales aludidos es menester acreditarlos: de ahí la necesidad de que previamente a la declaración de la ausencia se reciba a prueba la causa, por un breve término dado el carácter sumario del juicio.

Con todo, en caso de urgencia, será viable una designación pro-

visional de administrador sin esperar al cumplimiento estricto de los recaudos procesales antes indicados. Es lo que autoriza el art. 18 de la ley en su última parte que dice así: "*En caso de urgencia el juez podrá designar un administrador provisional o adoptar las medidas que las circunstancias aconsejen*".

Una disposición similar preveían el Anteproyecto Bibiloni (artículo 137, primera redacción: art. 125, segunda redacción), el Proyecto de 1936 (art. 62) y el Anteproyecto de 1954 (art. 56, parte final).

803. NOMBRAMIENTO DE CURADOR. — Conjuntamente con la declaración de la ausencia se hará el nombramiento de curador que antes estaba llamado a representar al ausente "en todos los actos de la vida civil que no fueren exceptuados en este Código" (art. 62). Ahora es un curador que realiza actos conservatorios.

Según el art. 19 de la ley 14.394 "*para esta designación serán preferidos los parientes idóneos del ausente en el siguiente orden*:"

"1º) *el cónyuge, cuando conservare la vocación hereditaria o subsistiese la sociedad conyugal*;

"2º) *los hijos*;

"3º) *el padre o la madre*; (texto según la ley 23.264)

"4º) *los hermanos y los tíos*;

"5º) *los demás parientes en grado sucesible*".

El precepto está tomado del art. 57 del Anteproyecto de 1954, pero se ha suprimido la parte final de este último que dice: "La prelación establecida no limitará el arbitrio del juez, quien elegirá a la persona más idónea por sus aptitudes, responsabilidad o buen concepto".

Este agregado tenía por finalidad suministrar al juez una directiva para efectuar el nombramiento de curador, "la del más idóneo" y en paridad de idoneidad la del orden de prelación indicada en el texto legal. Con esa supresión ha quedado eliminado el primer criterio y el juez deberá atenerse al orden de prelación mentado, prescindiendo de los parientes que no fueren idóneos para el cargo.

804. CALIDADES, FACULTADES Y OBLIGACIONES DEL CURADOR. — Lo concerniente a las calidades personales que

ha de reunir la persona para desempeñar el cargo de curador, y a las facultades y obligaciones que le competen en el ejercicio del cargo, está reglado por el art. 20 de la ley 14.394, que reza así: *“Las calidades personales, facultades y obligaciones del curador del ausente se rigen por lo dispuesto en el Código Civil respecto de los tutores y curadores. Si antes de la designación de curador se dedujeran acciones contra el ausente, le representará el defensor cuyo nombramiento prevé el artículo 18”*.

Esta disposición, tomada del art. 58 del Anteproyecto de 1954, contiene una remisión a las previsiones de Código referentes a los tutores y curadores. Por tanto las incapacidades de derecho para el ejercicio de la tutela y curatela (arts. 398 y 475, segunda parte) rigen también para la curatela del ausente. En cuanto a las facultades y deberes del curador del ausente se rigen también por las disposiciones del Código Civil, pero como en el caso se trata de una curatela de bienes entendemos que la remisión es en tal caso al art. 488 de dicho Código.

Por consiguiente las facultades del curador del ausente hacen a la mera custodia y conservación de los bienes, y al cobro de las créditos y pagos de las deudas. Pero carece de atribuciones para innovar en la administración, cambiando el destino y explotación de los bienes.

Finalmente, compete al curador del ausente *“el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus representados y las personas que tengan créditos contra los bienes, podrán hacerlos valer contra los respectivos curadores”* (art. 488).

Es de notar que cuando con anterioridad a la designación del curador hubiera necesidad de asumir la representación en juicio del ausente, ello será obligación del administrador que se haya designado por razón de urgencia (conf. art. 18, parte final de la ley 14.394), o del que se designe con ese motivo por aplicación de esta misma disposición (conf. art. 20, parte final).

805. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA. — La declaración de ausencia autoriza a instituir un representante del ausente que supla la imposibilidad de obrar en que éste se encuentra, en el lugar donde se instituye la representación.

Desde luego tal declaración no obsta a que el ausente obre en el lugar donde se encuentre con la capacidad que le corresponda sin considerar a la declaración de ausencia. Pero este pronunciamiento sirve para fijar el estado de las relaciones jurídicas pendientes o que se formalizaren después, con respecto a terceros, para quienes el ausente está hábilmente sustituido en la administración de los bienes por el curador que se le ha nombrado. Es desde este punto de vista que la ley instituye la representación del ausente, quien por razón de esa ausencia está, en la especie, impedido para realizar cualquier acto jurídico. Pero basta que su presencia se verifique en algún lugar determinado para que cese su "desaparición" y consiguientemente la representación que se apoyaba en ella (conf. art. 15, ley 14.394).

Con todo, la reaparición del ausente no impide que hasta ese momento haya subsistido su imposibilidad de obrar que era cubierta por la representación del curador. De ahí que cuanto haya obrado éste en el desempeño de su función obliga y beneficia al ausente reaparecido, como ocurre con cualquier representado.

806. CESACIÓN DE LA CURATELA DEL AUSENTE. — A este respecto el art. 21 de la ley 14.394 dice: "*Termina la curatela de los ausentes declarados:*

"1º) por la presentación del ausente, sea en persona o por apoderado;

"2º) por la muerte del mismo;

"3º) por su fallecimiento presunto, judicialmente declarado".

El precepto transcribe el art. 59 del Anteproyecto de 1954, que a su vez vertía a grandes líneas las disposiciones respectivas del Anteproyecto Bibiloni y del Proyecto de 1936.

Se trata de una previsión que aunque no tiene carácter normativo, presenta la ventaja de enmarcar apropiadamente el funcionamiento de la institución.

Como antes se dijo, la verificación de la presencia del ausente en cierto lugar, es antecedente adecuado para poner término a una curatela que estaba basada sustancialmente en su "desaparición".

En cuanto a las causales de los incs. 2º y 3º se explican por sí solas.

§ 5. Incapacidad por condenaciones penales. Su alcance: actos que no pueden realizar los penados. Duración de la incapacidad.

I.—INCAPACIDAD DE LOS PENADOS *

807. FUENTE DE LA INCAPACIDAD.— El art. 12 del Código Penal dice: *“La reclusión y la prisión por más de tres años . . . importan . . . la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces”*.

Se trata de una consecuencia de la sentencia penal que acompaña automáticamente a los condenados a privación de libertad por más de tres años. La condena penal tiene esta repercusión en el orden civil, cuyo alcance vamos a determinar.

808. LEGISLACIÓN COMPARADA.— La incapacidad de los penados es una institución que aparece en la generalidad de las legislaciones extranjeras, mencionándose como excepcionales las de Alemania y el Brasil, que no determinan tal consecuencia.

Este accesorio de la condena penal está dispuesto por lo general en los códigos penales, lo que ha confundido, a veces, acerca del fundamento de la incapacidad. Así como en nuestro país ocurre en Francia (Cód. Pen., arts. 28 y ss.), Italia (íd., art. 32), España (íd. arts. 43, 54 y 57), Rusia (íd., art. 40, inc. d)], etc.

Sólo en Suiza está tratada en el Código Civil, arts. 371 y 432.

809. FUNDAMENTO.— Acerca del fundamento que tiene esta incapacidad hay dos concepciones diferentes:

* BIBLIOGRAFÍA: Orgaz A., *Incapacidad civil de los penados*, Córdoba 1939; Moyano J. A., *La incapacidad civil de los penados*, “J. A.”, t. 63, sec. doctr., p. 35 y ss.; Valdés H., *La incapacidad civil de los penados*, “Rev. Fac. de Derecho”, Bs. As., t. VII; Lanfranco H. P., *La incapacidad civil de los penados*, “Rev. Penal y Penitenciaria”, Buenos Aires, oct.-dic. 1940, n° 18; Díaz de Guijarro E., *Capacidad civil del liberado condicional*, “J. A.”, t. 67, ps. 712 y ss; Busso E., *Código Civil Anotado*, Bs. As., 1944, t. 5, ps. 421-425; Borda G. A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, 3° ed., t. I, ps. 438-443.

1) La concepción *punitiva* entiende que la incapacidad es una pena civil accesoria de la pena criminal. Obedece al hecho de que es la ley penal la que establece la interdicción, a modo de indignidad del condenado que resultaría indigno de gozar de la capacidad civil. Complementariamente se agrega que si se dejase al penado en el manejo de sus bienes éste contaría con medios, en el caso de tener rentas, que le facilitarían la fuga por el soborno eventual de los carceleros.

Esta opinión es la generalmente seguida en Francia e Italia, pero entre nosotros sólo es apoyada por Soler, Valdés y Lanfranco.¹⁵⁷

2) La concepción *tuitiva* estima que la interdicción de los penados como toda incapacidad de hecho, tiene un sentido de protección al incapaz. Observa Orgaz que no hay duda sobre la índole de la incapacidad que es de hecho y no de derecho. lo que basta para concluir que no se da contra el incapaz sino a favor suyo como un remedio para paliar la inferioridad de su situación. Por otra parte el ejercicio de los derechos civiles no depende de la moralidad del sujeto, por lo que no se concibe, entonces, que en este caso la privación de ese ejercicio encuentre su base en una falta de moralidad que no tiene su incidencia en el orden jurídico general.¹⁵⁸

Por su parte Borda, que adhiere a esa posición, arguye que la incapacidad del penado sólo se extiende a los actos que el penado no puede realizar eficazmente por su reclusión, pero que es dable efectuar por medio de un representante, lo que muestra el sentido protector de la incapacidad, puesto que si se hubiese querido sancionar al penado se lo habría privado del ejercicio de aquellos actos que el recluso puede realizar sin inconveniente, como el testamento.¹⁵⁹

La generalidad de la doctrina¹⁶⁰ así como la jurisprudencia¹⁶¹ siguen esta opinión que nosotros compartimos.

¹⁵⁷ Valdés H., *Incapacidad civil de los penados*, "Rev. Fac de Derecho y C. Sociales", Ba. As., t. VII, p. 505; Lanfranco H. P., *La incapacidad civil de los penados*, Ba. As., 1941, n° 18, ps. 29 y ss., Soler S., su nota en polémica con Orgaz, publ. en "J. A.", 1960-VI, sec. doctr., p. 112.

¹⁵⁸ Orgaz A., *op. cit.*, ps. 389 y ss., n° 4.

¹⁵⁹ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 580, p. 439.

¹⁶⁰ Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 55, n° 65, p. 422; Orgaz, A., *op. cit.*, *loc. cit.*, Borda G. A., *op. cit.*, *loc. cit.*; Arauz Castex, *op. cit.*, t. I, n° 587, p. 329; Díaz de Guijarro E., su nota en "J. A.", t. 67, p. 712; Moyano Juan A., *La incapacidad civil de los penados*, "Rev. Penal y Penitenciaria", año III, n° 9, p. 307 y su nota en "J. A.", t. 63, sec. doctr., p. 37; Gómez E., *Tratado de Derecho Penal*, Ba. As., 1939, t. I, n° 294.

¹⁶¹ Cám. Crim. Córdoba, "L. L.", t. 25, p. 782; Cám. Crim. Cap., "J. A.", t. 74, p. 48; Cám. Com. y Crim. Mendoza, "L. L.", t. 12, p. 613; Cám. Fed. Bahía Blanca, "J. A.", t. 67, p. 712.

II. — ALCANCE DE LA INCAPACIDAD

810. LA REGLA ES LA CAPACIDAD. — La incapacidad de los penados es puramente excepcional y no se extiende sino a aquella actividad prevista por la ley. En consecuencia el penado sigue siendo una persona capaz, en general, para todos los actos de la vida civil, y sólo incapaz para aquello que expresamente ha sido exceptuado de su capacidad.

De esta manera la condición del penado puede denominarse de “capacidad restringida” similar, en cuanto al juego de los principios que la gobiernan, a la capacidad restringida del menor emancipado. Pero sólo se trata de una analogía de situación, en cuanto el “penado” y el “menor emancipado” gozan de una capacidad genérica y padecen una incapacidad excepcional, pues muy diversas son las restricciones que alcanzan a uno y a otro, y muy diferente, también, el modo de suplir la excepcional incapacidad de cada uno.

811. ALCANCE DE LA INCAPACIDAD. — Como resulta del art. 12 del Cód. Penal antes transcrito, el penado por más de tres años de privación de libertad, queda “*privado de la patria potestad, de la administración de sus bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos*”.

1) En cuanto a la *patria potestad* del penado sobre sus hijos, no se trata de la pérdida del derecho, porque tal pérdida sería definitiva (conf. arts. 307, Cód. Civil, y art. 12 de la ley 10.903), sino de la suspensión del ejercicio “*mientras dure la pena*”. Es decir se trata de un supuesto de automática suspensión del ejercicio de la patria potestad que complementa la enunciación de los supuestos del art. 309, reformado, del Cód. Civil, si bien en éstos se requiere una especial sanción dictada por el juez, que en el caso de los penados está suplida por la condena criminal por más de tres años de prisión o reclusión. Tal suspensión cesa en la misma forma que se establece, de pleno derecho y con la extinción de la pena.

Durante la suspensión, el ejercicio de la patria potestad pasa a la madre y a falta de ésta al curador del penado (conf. art. 480, Cód. Civil) sin perjuicio de las funciones de patronato del Estado.¹⁶²

¹⁶² Comp. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 589, p. 331, quien considera que a falta o incapacidad de la madre los hijos quedan bajo el patronato del

2) La incapacidad del penado se extiende a toda forma de *administración* de los bienes. En consecuencia el penado queda impedido por el hecho de la condena para *efectuar* tales actos, los que quedan encargados al curador que se le nombre, quien en el desempeño de su administración está sujeto al mismo control que el curador del demente.¹⁶³

3) El penado carece de atribuciones para *disponer* de sus bienes por actos entre vivos. En principio los actos de *disposición* le están también vedados al curador a menos que cuente con la aprobación judicial (conf. arts. 443, 450 y 475, Cód. Civ.).

El art. 12 del Cód. Penal aclara que la incapacidad es para *disponer por actos entre vivos*; por tanto el penado mantiene su capacidad para testar.

812. ACTOS QUE PUEDEN REALIZAR. — Como se ha expresado los penados conservan su capacidad general, por lo que pueden realizar válidamente todos los actos que no les han sido prohibidos por la ley que no tengan significación patrimonial; sólo los actos de carácter patrimonial (de administración o de disposición de bienes) les están vedados.

Entre los principales actos que caen en esa regla general de capacidad podemos mencionar los siguientes:

1) Celebración de matrimonio. A este respecto un tribunal negó autorización para contraer nupcias a dos penados, considerando que sólo era dable conceder la autorización para legitimar hijos naturales.¹⁶⁴ Pero tal resolución no es correcta, pues crea una incapacidad de derecho carente de base legal, por lo que ha sido justamente reprobadada por la doctrina.¹⁶⁵

2) Otorgamiento de testamento. No hay a este respecto dificultad alguna por la claridad de la disposición del art. 12 del Cód. Penal.

Estado. Conf. con el texto: Orgaz A., *op. cit.*, p. 393, n° 6 "in fine", y Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 583, p. 441.

¹⁶³ Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 55, n° 85, p. 424; Orgaz A., *op. cit.*, p. 392, texto nota 12; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 583, p. 441.

¹⁶⁴ Comp. Sup. Corte Mendoza, "J. A.", t. 35, p. 504.

¹⁶⁵ Conf. Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 55, n° 74, p. 423; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 582, ap. b), p. 440; Orgaz A., *op. cit.*, p. 392, texto nota 10; Cám. Ap. Tucumán, "J. A.", t. 25, p. 1175.

3) Reconocimiento de hijos extra-matrimoniales.¹⁶⁶

4) Actuación en juicio donde se ventilen actos que no les sean prohibidos.¹⁶⁷

En consecuencia pueden promover y contestar acciones de estado, v. gr., de divorcio, eligiendo el apoderado que quieran, con prescindencia de toda intervención del curador o del juez. También pueden actuar en el juicio de tenencia de los hijos, por su derecho potencial a la patria potestad que está simplemente suspendida.¹⁶⁸ Igualmente se ha decidido que pueden realizar personalmente ciertas diligencias procesales como absolver posiciones y comparecer en audiencias de conciliación.¹⁶⁹

813. REPRESENTACIÓN DEL CURADOR.— El curador nombrado para que represente al penado, extiende sus facultades al orden patrimonial, y ejerce la administración de los bienes del mismo con sujeción a las disposiciones previstas para los curadores de los dementes y sordomudos. En cuanto a la patria potestad sobre los hijos del penado, le compete a la madre, pero a falta de ella, ha de nombrarse tutor de tales hijos al curador del penado (conf. art. 480).

Es de notar que el curador del penado no es un curador de bienes sino un representante del incapaz, en todo lo concerniente a la esfera de la incapacidad. Por tanto a ese respecto es necesaria la intervención del Ministerio de Menores, como en los supuestos de los demás incapaces (conf. art. 59, Cód. Civ.).

814. CRÍTICA DEL SISTEMA DE LA CURATELA DEL PENADO.— La institución de la curatela del penado, por el art. 12 "in fine" del Código Penal, ha sido criticada justamente por nuestros autores.¹⁷⁰⁻¹⁷¹

Se comprende cuando se trata de suplir la incapacidad de una

¹⁶⁶ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 582, ap. c), p. 440; Orgaz A., *op. cit.*, p. 392; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 55, n° 77, p. 423.

¹⁶⁷ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 591, 3°, p. 332; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 582, ap. d), p. 440; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 55, núms. 78-79, p. 423; Orgaz A., p. 392, texto nota 11; Cám. Civ. 1°, "L. L.", t. 66, p. 177; Cám. Ap. Rosario, "Repertorio de Santa Fe", t. 8, p. 113. Comp. Lanfranco H., *op. cit.*, n° 77, p. 46, quien entiende que en todos los juicios debe ser representado el penado por el curador.

¹⁶⁸ Cám. Civ. 1°, "L. L.", t. 66, p. 177.

¹⁶⁹ Íd., nota anterior.

¹⁷⁰⁻¹⁷¹ Orgaz A., *Incapacidad civil de los penados*, Córdoba, 1939, p. 137; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 584, p. 441; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 55, n° 86, p. 424.

persona por razón de su inferioridad intelectual, que se la desplace del ejercicio de sus derechos para encomendar esa tarea a un extraño encargado de velar por el interés de aquél. Pero cuando la restricción de la incapacidad no obedece a esa insuficiencia del sujeto sino a la situación de imposibilidad en que se encuentra el penado, por la reclusión, para atender al adecuado manejo de sus bienes, ya no se justifica tal sustitución del incapaz por su representante sino que sería mejor suplir esa deficiencia por la vía de la asistencia, que es el sistema apropiado para remediar la incapacidad de quienes no padecen fallas de discernimiento (véase *supra*, nº 610).

III. — DURACIÓN DE LA INCAPACIDAD

815. COMIENZO Y CESACIÓN DE LA INCAPACIDAD. — La condición de "capacidad restringida" propia del penado, *comienza* a partir del momento en que la sentencia que impone una pena privativa de libertad por más de tres años pasa en autoridad de cosa juzgada, y *perdura* hasta tanto no cesen los efectos de dicha sentencia.

Por consiguiente, el penado recobra la plenitud de su capacidad:

- 1º) Cuando se cumple la condena;
- 2º) Cuando la condena se tiene por cumplida y extinguida la pena por amnistía, indulto o prescripción de la pena (conf. arts. 61, 65 y 68, Cód. Penal);
- 3º) Cuando se concede al penado la libertad condicional (conf. art. 13, Cód. Penal), que permite al condenado que ha mostrado síntomas de readaptación y buena conducta, pasar en libertad el resto de la pena, con sujeción a diversos requisitos y especialmente la no comisión de nuevos delitos.

Acerca de la influencia de la libertad condicional sobre la cesación de la incapacidad del penado hay algunas vacilaciones, pero la doctrina dominante se inclina a esa solución por ser la que concuerda con el fundamento de la incapacidad. Pues si ésta se impuso como un modo de reparar la inferioridad que causa al penado la situación de reclusión para el ejercicio de ciertos derechos, es lógico pensar que debe cesar toda restricción cuando el penado vuelve a la libertad y

está por ello en condiciones de proveer al cuidado de sus intereses y atender al cumplimiento de sus deberes paternos.¹⁷²

En cuanto a la *fuga* a que se hubiere dado el penado, es irrelevante para alterar la condición de su capacidad.¹⁷³ Pues aun cuando el sujeto fugado haya puesto fin a la reclusión que le impedía proveer al ejercicio de sus derechos, ese hecho por su ilegitimidad no puede ser computado para convertirlo en título de habilitación del incapaz.

IV. — SANCIÓN DE LA INCAPACIDAD

816. INVALIDEZ DE LOS ACTOS PROHIBIDOS. — Los actos jurídicos realizados por el penado durante el período de su incapacidad, que cayeren dentro de la órbita de dicha incapacidad son *nulos*, pues se trata de una causa de invalidez independiente de la apreciación judicial (véase *infra* núms. 1965 y ss.).

En cuanto al *carácter* de la nulidad se trata de una nulidad meramente *relativa* por comportar una sanción que se establece en favor del penado y no en resguardo de un interés público —véase *infra* n° 1971—. ¹⁷⁴ Por ello cuando cesan los efectos de la condena el penado puede confirmar los actos nulos celebrados con anterioridad, derecho que no tiene la otra parte que ha tratado con él (conf. arts. 1048 y 1049 del Código Civil).

¹⁷² Orgaz A., *Personas Individuales*, Bs. As., 1946, p. 393, ap. c); Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 587, p. 443; Moyano J. A., su nota en "J. A.", t. 63, sec. doctr., p. 38, núms. 5 y 11; Díaz de Guijarro E., su nota en "J. A.", t. 67, p. 712; Busso E., *op. cit.*, t. I, núms. 81 y ss., p. 424. Conf. Cám. Fed. Bahía Blanca, "J. A.", t. 67, p. 712; Cám. Crim. Córdoba, "L. L.", t. 25, p. 782; Cám. Crim. Cap., "J. A.", t. 74, p. 48; Cám. Com. y Crim. Mendoza, "L. L.", t. 12, p. 613. Contra: Lanfranco H., *op. cit.*, n° 52, ps. 34 y ss.; Gómez E., *op. cit.*, t. I, n° 592, p. 294.

¹⁷³ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 587, p. 442; Orgaz A., *op. cit.*, p. 593.

¹⁷⁴ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 394, n° 8; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 588, p. 443. Contra: Valdés H., *op. cit.*, n° 44, y Lanfranco H. P., *op. cit.*, n° 78, quienes consideran que la nulidad es absoluta en función del fundamento punitivo que asignan a la incapacidad del penado.

V.—INCAPACIDADES DE DERECHO QUE AFECTAN A LOS PENADOS

817. ENUNCIACIÓN.—Independientemente de la incapacidad de hecho que afecta a los penados, diversas disposiciones legales enuncian algunas incapacidades de derecho respecto de ellos, que se distinguen de las estudiadas por el fundamento de su imposición. Pues mientras las incapacidades resultantes del art. 12 del Cód. Penal son instituidas para favorecer la situación del penado y remediar mediante una adecuada representación las dificultades que para el ejercicio de los derechos contemplados pueda traerle la misma reclusión que padece, éstas otras las impone la ley para sancionar al sujeto con una pena civil consistente en la prohibición del acto o función a que ellas se refieren.

Las incapacidades de derecho a que aludimos son:

a) Los penados no pueden ser tutores ni curadores si han sido condenados a pena infamante (conf. arts. 398, inc. 10, y art. 475). En la legislación de Partidas se habla de la infamia en que incurrían los que cometían ciertos delitos particularmente lesivos de la honra del delincuente (Partida VII, títulos 5º y 6º), pasando a denominarse penas infamantes las que correspondían a esa clase de delitos, cuando en verdad la "infamia" no era producida por la pena sino por el hecho del delito que se castigaba con ella, o más bien por el conocimiento público de haberse cometido. Todavía el Código Penal francés, reformado en 1832, consignaba como penas infamantes el destierro y la degradación cívica en tanto que consideraba penas aflictivas la de muerte, trabajos forzados, deportación, reclusión y detención. Para el Código Penal español de 1822 sólo eran penas infamantes la de muerte por delito de traición y la de trabajos forzados. Pero a partir del Código Penal español de 1848, desaparecen las penas infamantes con la declaración de su art. 23 según la cual "La Ley no reconoce pena alguna infamante".

En nuestra legislación penal patria nunca se ha conocido la llamada "pena infamante", por lo que la alusión del art. 398, inc. 10º, ya en el tiempo de la sanción del Código Civil carecía de significación real, por carecer de correspondencia tal calificación, en la legislación represiva. Busso piensa que toda condena es una nota contraria a la

honestidad del candidato a tutor o curador.¹⁷⁵ Machado entiende que las penas infamantes son las de presidio y penitenciaria que traen consigo la pérdida de derechos políticos y la inhabilitación mientras dure la condena.¹⁷⁶

En los proyectos de reforma esta incapacidad de derecho para la función de tutor o curador alcanza a quienes han sido condenados a prisión o reclusión por más de tres años (Proyecto de 1936, art. 525, inc. 9º) o según otro criterio a los autores de un delito no culpable (Anteproyecto de 1954, art. 589, inc. 6º).

b) Son *incapaces para suceder* como indignos el condenado en juicio por delito o tentativa de homicidio contra el causante, su cónyuge o descendientes (art. 3291), y el condenado por adulterio con la mujer del difunto (art. 3294).

c) Son *incapaces para contraer nupcias* los condenados por homicidio de uno de los cónyuges, respecto del supérstite (art. 9º, inc. 6º, ley de matr. civil).

d) Son *incapaces para ser testigos en instrumentos públicos* los condenados por falso testimonio, art. 990, Cód. Civil.¹⁷⁷

e) Hasta la sanción de la ley 14.237, eran *incapaces para depone* como testigos en juicio, los condenados por delito que tuviera pena corporal y los convictos de falso testimonio (art. 206, incs. 5º y 6º del antiguo Cód. de Procs. de la Capital Federal). Pero luego de la vigencia de la ley 14.237, tales incapacidades han sido suprimidas (artículo 32 de dicha ley) correspondiendo al juez apreciar según las reglas de la sana crítica, las circunstancias y motivos conducentes a desconocer o corroborar la fuerza de las declaraciones de tales personas. Ese criterio ha sido mantenido por el art. 458 del vigente Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación que derogó a la ley 14.237.

f) Pierde la *jubilación, pensión o goce de montepío* el penado a reclusión o prisión mayor de tres años, pasando el importe de la jubilación o pensión a la esposa, los hijos menores de cualquier clase, o los padres ancianos o desvalidos (conf. art. 19, Cód. Penal). Los montepíos son los fondos reunidos con los aportes periódicos de los socios para auxiliar la eventual invalidez de ellos o pensionar a sus viudas o huérfanos.

g) Finalmente, en el orden político, los condenados a más de tres años de reclusión o prisión, son privados del sufragio, así como de

¹⁷⁵ Busso E., *op. cit.*, t. II, art. 398, nº 31, p. 963

¹⁷⁶ Machado J. O., *op. cit.*, t. II, p. 10, nota al art. 398, nº 10.

¹⁷⁷ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, nº 585, p. 442.

empleo o cargo público aun proveniente de elección popular, e incapacitados para obtenerlos en lo sucesivo (conf. arts. 12 y 19, incs. 1º, 2º y 3º, Cód. Penal).

§ 6. Situación jurídica de las mujeres casadas. Evolución del régimen legal a través del Código Civil y de la ley 11.357. La mujer casada menor de edad. Reforma de la ley 17.711.

I.— SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA *

818. ANTECEDENTES.— Durante la antigüedad la situación jurídica de la mujer casada era de evidente inferioridad respecto de su marido pues la sociedad familiar estaba estructurada sobre la base de la autoridad del marido o padre.

Todos los testimonios de la época muestran un eco prolongado de la condena que cayó sobre nuestros primeros padres en los albores de la humanidad y que el Génesis relata con palabras expresivas: "Dijo entonces el Señor Dios... a la mujer: Multiplicaré tus trabajos y miserias en tus pequeñeces; con dolor parirás los hijos, y estarás bajo la potestad o mando de tu marido, y él te dominará" (3,16).

La historia antigua comprueba tanto entre los hebreos, como en Grecia y Roma, el cumplimiento de aquella sentencia, que aun se agravó por la corrupción de las costumbres. La mujer quedó reducida, muchas

* BIBLIOGRAFÍA: Anastasi L., *Derechos civiles de la mujer*, Bs. As., 1938; Acuña Anzorena G. (h.), su nota en "J. A.", t. 76, p. 37; Colmo A., *La mujer en el derecho argentino*, Bs. As., Alsina Atienza D., *Derechos civiles de la mujer*, "Rev. de Derecho Civil", t. 2, año 1930, ps. 293 y ss.; Arata R. H., *La mujer en el derecho civil argentino*, Bs. As., 1946; Argüello I. P., *Capacidad civil de la mujer casada*, Bs. As., 1945; Bravo M., *Derechos civiles de la mujer*, Bs. As., 1912; Díaz de Guijarro E., *La ley de derechos civiles de la mujer ante la jurisprudencia*, Bs. As., 1939; Llambías J. J., *La igualdad jurídica de los cónyuges*, "Rev. Fac. de Derecho de Buenos Aires", en-abr. 1954, ps. 107-138; Rábora J. C., *El estatuto de la mujer y las relaciones emergentes del matrimonio*, Bs. As., 1927; Spota A. G., sus notas en "J. A.", t. 30, sec. doct., p. 1; t. 32, p. 350; t. 76, sec. doct., p. 41; 1942-IV, p. 65 y 1944-I, p. 593; Servini E., *La igualdad jurídica de los cónyuges*, "J. A.", 1952-II, sec. doct., p. 12; Zeballos J., *Derechos civiles de la mujer*, Córdoba, 1943; Yorio A., *Tratado de la capacidad jurídica de la mujer*, Bs. As., 1943; Alessandri Rodríguez A., *Tratado práctico de la mujer casada, de la mujer divorciada y de la mujer separada de bienes*, Santiago de Chile, 1940; Angel Manc, *Traité de la capacité civile de la femme mariée*, Paris; Frugoni E., *La mujer ante el derecho*, Montevideo, 1940.

veces a la condición de instrumento de placer del varón; de ahí que éste pudiera repudiarla discrecionalmente.

819. INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO. — Contra tan lamentable estado de cosas se alzó ese hecho verdaderamente revolucionario que es el Cristianismo, cuya doctrina al proclamar la filiación divina por la Gracia, de todos los hombres sin distinción de sexo ni de raza, vino a protestar contra tal situación de envilecimiento en que se tenía a “esa preciosa mitad del género humano”, en el decir de Balme. Desde entonces no pudo repetirse en donde quiera llegó el influjo del Cristianismo el lamento que Eurípides pone en boca de Medea: Entre todos los vivientes somos nosotras, las mujeres, la raza más abyecta.

La acción de la Iglesia se hizo sentir en su lucha por la santidad del matrimonio, que se traducía en el enaltecimiento de la mujer: lo que Dios ha unido no lo separe el hombre. En torno a esta doctrina las voces de los pensadores católicos han entonado un verdadero himno a la excelsa dignidad de la mujer. Y el principio de la indisolubilidad del matrimonio que coopera primordialmente a la efectiva defensa de las esposas y de las madres, ha sido mantenido con inflexible constancia por la Iglesia Católica, en toda circunstancia y contra todos los poderes de la tierra.

En lo concerniente a las relaciones jurídicas entre marido y mujer, el Cristianismo ha reconocido al marido o padre como cabeza y autoridad de la familia pero ha acentuado el carácter de tutela o protección que el ejercicio de esa autoridad debe llevar consigo, y que resulta incompatible con una abusiva tiranía de los poderes conferidos. Como cualquier autoridad, la del esposo o padre no tiene un sentido de fruición personal de quien la ejerce sino que está ordenada al bien de quienes están sujetos a ella. La autoridad no se confiere para el bien del gobernante, sino para el bien de los gobernados, y por ahí es que San Pablo si bien sujeta a las casadas a su marido, como la Iglesia respecto de Cristo, ordena también a los esposos que amen a sus mujeres y se sacrifiquen por ellas, como Cristo amó a su Iglesia y se sacrificó por ella.

820. FUNDAMENTO DE LA AUTORIDAD MARITAL.— La sociedad familiar necesita, como toda sociedad, de una autoridad encargada de dirigir el grupo hacia la obtención de la finalidad social respectiva, para que el grupo familiar no se disgregue o desvíe de sus fines. Es esa necesidad la que exige en la familia unidad de dirección y de gobierno, que en la generalidad de los supuestos habrá de obtenerse por el acuerdo de los esposos. Pero cuando ello no resulte posible, y con todo sea indispensable dar una solución o marcar un rumbo en la vida de la familia, será menester optar por la decisión que determine el marido.

Por esto, consideramos que la autoridad marital no se sustenta en una específica inferioridad de la mujer que reputamos inexistente. No se trata de un lejano rastro de la "fragilitas spiritualis" o peor todavía de la "imbecilitas sexus" de que hablaron desacertada e injustamente los primitivos jurisconsultos romanos. Son los intereses del hogar, de la familia y de los hijos los que aquí están en juego, según las expresiones concordantes de Aubry y Rau y de Laurent.¹⁷⁸ Es para preservar y salvaguardar esos supremos intereses que ha de reconocerse la decisión final del marido en lo que a ellos respecta, para prevenir el antagonismo entre las dos voluntades iguales de los esposos, susceptible de provocar el desquicio del hogar y la desintegración de la familia.¹⁷⁹

II.—EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL

821. DIVERSAS ETAPAS.— La situación de la mujer casada ha evolucionado en nuestro país de acuerdo a las transformaciones operadas en las costumbres y a las variaciones de criterio de las distintas épocas.

En esa evolución pueden señalarse tres grandes jalones, constituidos por el Código Civil, la ley 11.357 del año 1926, y la ley 17.711 del año 1968, regímenes de los que pasamos a ocuparnos.

¹⁷⁸ Aubry y Rau, *op. cit.*, t. V, p. 472, p. 138, nota 5; Laurent F., *Principes de droit civil français*, 4^o ed., t. III, ps. 126 y ss.

¹⁷⁹ Conf. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, t. III, ps. 715 y ss. Machado, entre nosotros, da como fundamento de la incapacidad de la mujer la necesidad de que la sociedad conyugal tenga una sola cabeza dirigente (*op. cit.*, t. I, p. 120, nota art. 55, 2^o).

III. — SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL

822. CONDICIÓN DE INCAPACIDAD RELATIVA. — Decía el primitivo art. 55, inc. 2º, “*Son incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos . . . las mujeres casadas*”.

La incapacidad que pesaba sobre la mujer casada, en la regulación del Código Civil, era una incapacidad de *hecho, relativa*. Incapacidad de hecho porque se refería al ejercicio de los derechos sin afectar la aptitud para ser titular de los mismos, y se remediaba con la venia marital o con la autorización del juez (conf. arts. 193 y 194, Cód. Civ.). E incapacidad relativa porque no abarcaba la totalidad del obrar jurídico de la mujer casada sino que incidía sólo en la realización de “*ciertos actos o en el modo de ejercerlos*” (art. 55).

823. ACTOS PROHIBIDOS. — En el sentido indicado le quedaban expresamente prohibidos a la mujer casada los siguientes actos:

- 1) los actos de administración de sus bienes propios, o ganancias adquiridos por ella, cuyo ejercicio correspondía al marido (arts. 186 y 1277);
- 2) la actuación en juicio (art. 188);
- 3) la celebración o rescisión de contratos (art. 189);
- 4) la adquisición de bienes o acciones, a título oneroso o gratuito (arts. 189 y 1808, inc. 1º);
- 5) la enajenación de bienes y contracción de obligaciones a su cargo (art. 189);
- 6) la aceptación o repudiación de herencias;
- 7) los actos concernientes a la partición de bienes hereditarios (art. 3454).

824. ACTOS PERMITIDOS. — En cambio, la mujer casada podía, por sí sola, ejecutar actos “*personalísimos*”, tales como: el otorgamiento de testamento (art. 191), la defensa en juicio criminal (art. 191), la denuncia de insania o de ausencia con presunción de fallecimiento (arts. 144, inc. 1º y 113), y la promoción del divorcio (conf. art. 206).

También podía administrar con independencia del marido los bienes que se hubiera "reservado" en la convención matrimonial (arts. 191 y 1217, inc. 2º), así como promover acciones judiciales en los supuestos de "conflicto de intereses" con el marido, v. gr., reivindicar bienes enajenados sin su consentimiento (art. 1253) o pedir la separación de bienes de la sociedad conyugal (arts. 1290, 1294, 1306 y 1307).

825. DISCUSIÓN SOBRE LA EFECTIVA CONDICIÓN DE LA MUJER CASADA. — Las disposiciones que acabamos de recordar en los dos números anteriores nos muestran la defectuosa técnica seguida por el codificador para caracterizar la situación de capacidad de la mujer casada. Por un lado una serie de disposiciones que le impedían la realización por sí sola de actos determinados: tales los arts. 186, 189, 193, 1277, 1808, inc. 1º, y 3454. En otro sentido, los arts. 113, 144, 191, 206, 1253, 1290, 1294, 1306 y 1307 del mismo Código, autorizaban a la mujer casada a celebrar ciertos actos, sin la anuencia marital.

Es bien claro que alguna de esas series de disposiciones legales estaba de más. Pues si se consideraba a la mujer casada, incapaz, salvo facultamientos especiales, sobran las disposiciones de la primera serie, que quedaban englobadas en la regla general de incapacidad. O se la consideraba capaz en general, con incapacidades excepcionales, y entonces las que sobran eran las disposiciones del segundo grupo que conferían facultamientos ya comprendidos en la regla general de capacidad.

Si resultaba claro el error de técnica en que había incurrido el codificador, no ocurría lo mismo con la comprensión del sistema básico adoptado que cabalgando sobre normas paralelas dejaba al intérprete en la mayor confusión, que no alcanzaba a despejar el art. 55, inc. 2º, del Código Civil puesto que ese precepto sólo determinaba la incapacidad de la mujer casada "respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos" sin aclarar si esta última previsión se refería a la actividad genérica de la mujer o sólo aludía a ciertos supuestos excepcionales.

Mientras se tratara de actos enunciados en una u otra de ambas series aludidas, no había la duda sobre la solución legal correspondiente. Pero en cambio cuando se salía del casuismo legislativo y se presentaba algún acto no mentado por la ley, entonces resultaba necesario fijar la condición básica de capacidad de la mujer casada, para cuya tarea el intérprete quedaba sumido en una gran perplejidad sin poder esperar un criterio orientador de esa enunciación casuística de facultamientos y prohibiciones que el Código había dedicado a la mujer casada.

Como en el caso del menor adulto —véase *supra*, nº 649— era

preciso elaborar la construcción jurídica adecuada que permitiese obtener una conclusión asertiva sobre la cuestión indagada.

A primera vista la solución no parecía difícil, pues según el artículo 53 del Código pueden las personas de existencia visible efectuar todos los actos no prohibidos. De donde se seguiría que a falta de un precepto expreso que alterase para la mujer casada la aplicación de ese principio, su condición básica sería de capacidad.

Sin embargo esta comprensión simplista del régimen del Código resultaba incompatible con varios otros preceptos del Código, entre los cuales revisten la mayor significación los siguientes: 1º) los arts. 56, 57, 58, 59, 60 y 61, que explícita o implícitamente califican a la mujer casada como "incapaz" aludiendo a la condición del sujeto y no a su situación respecto de actos determinados; 2º) el art. 62 extiende la representación de los incapaces a todos los actos de la vida civil, no exceptuados, con lo que se dice que tales incapaces, y entre ellos la mujer casada, lo son con relación a esa totalidad de actos de la vida civil, salvo excepción; 3º) en igual sentido, el art. 185 no sólo autorizaba sino que también obligaba al marido "a ejercer todos los actos y acciones" que correspondieren a la mujer; 4º) el art. 192 preveía "la nulidad de los actos y obligaciones de la mujer por falta de la licencia del marido".

En razón del juego de todas esas disposiciones se imponía admitir la incapacidad básica de la mujer casada, pues de otra manera no se habría explicado que el Código la calificase como incapaz, lisa y llanamente, ni se habría explicado que la proveyese de un representante necesario para todos los actos no exceptuados; ni tampoco se habría explicado que se sancionara con la nulidad a los actos obrados por ella, en general, sin licencia del marido.

Por tanto la doctrina, no obstante aquellas ambigüedades, no dudaba de que la mujer casada era en el sistema del Código una persona "incapaz".¹⁸⁰

826. FUNDAMENTO DE LA INCAPACIDAD. — Acerca de este punto no se dudaba tampoco de que el fundamento de la incapacidad, no residía de ninguna manera en las viejas ideas sobre la inferioridad del sexo femenino, sino en la conveniencia de concurrir a la consolidación del núcleo familiar, en obsequio de lo cual se imponía a la mujer el sacrificio de su autonomía. De aquí que cuando ya el grupo estaba quebrantado —casos de divorcio, viudez, etc.— la mujer recobraba su

¹⁸⁰ Conf. Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 55, n° 23, p. 417; Salvat R., *op. cit.*, n° 707, p. 324; Orgaz A., *op. cit.*, ps. 190-191; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 593, p. 448; Araus Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 599, p. 336; Machado J. O., *op. cit.*, t. I, p. 120; Lafaille H., *Familia*, núma. 123 y ss., ps. 102 y ss.

capacidad normal, salvo para estar en juicio la divorciada (art. 210).

No obstante como un resabio de perimidos criterios, el codificador privó a la mujer aún soltera, del derecho de ser tutora o curadora (arts. 398 y 475) así como de ser testigo en instrumentos públicos (art. 990).

827. REPRESENTACIÓN DEL MARIDO.— Bajo el sistema del Código el marido era el representante necesario de su mujer, y tenía, respecto de los bienes de ésta, amplias facultades de administración. Podía llegar hasta la enajenación de las cosas muebles de ella (art. 1257), pero en cambio, tratándose de bienes inmuebles, títulos de la deuda pública, o fondos depositados a nombre de la mujer, para la disposición de ellos era menester la conformidad de ambos esposos (arts. 1249 y 1252).

828. SANCIÓN DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL.— La ley 2393 que importó un cambio trascendental en lo concerniente a la institución matrimonial, con todo aportó escasa novedad en el régimen de capacidad de la mujer casada, ya descripto. En efecto, los arts. 185 y ss. del Código que resultaron derogados por aquella ley fueron reproducidos casi literalmente en los arts. 51 y ss. de la misma. El nuevo estatuto, en el art. 73, declaró que la divorciada mayor de edad era plenamente capaz, y determinó que, sobreviniendo la separación de bienes sin divorcio, según lo prevenido en el art. 1299, Cód. Civ., quedaba la mujer casada mayor de edad habilitada para todos los actos relativos a la administración de los bienes que le fueran adjudicados o devueltos al practicarse la liquidación respectiva.^{180 bis}

IV.— SISTEMA DE LA LEY 11.357

829. PERSISTENCIA EN LOS DEFECTOS DE TÉCNICA.— Las deficiencias de orden técnico que exhibía el ya descripto sistema del Código Civil, no fueron subsanadas por la ley 11.357 del año 1926. El legislador del año 1926 persistió en el error del casuismo, en que ya había caído Vélez, sin definir con precisión cuál era la condición básica en que quedaba la mujer casada, lo que dio lugar a divergencias doctrinarias que luego examinaremos.

^{180 bis} De ese modo vino a alterar el art. 1302 del Código, la incidencia, en el mismo, del art. 73 de la ley 2393 (conf. Rébora J. C., *Instituciones de la Familia*, t. II, 1946, p. 296). Asimismo quedó eliminada la restricción del art. 210 relativa a la actuación en juicio de la divorciada.

En efecto, tal vez con el propósito de patentizar a los ojos del vulgo las conquistas que el nuevo régimen significaba para la mujer casada, la ley 11.357 contenía una serie de disposiciones nuevas que se conciliaban mal con el régimen del Código cuya estructura no había sido derogada, puesto que el art. 9º de dicha ley sólo deroga "las disposiciones del Código Civil y de las leyes complementarias en cuanto sean modificadas o se opongan a la presente".

Por otra parte la ley 11.357 no sólo se refería a la capacidad de la mujer —soltera, casada, divorciada, o viuda— sino que también mezclaba disposiciones referentes a la sociedad conyugal, todo lo cual influyó para dificultar la comprensión adecuada del régimen adoptado.

Dejando de lado cuanto concierne a la sociedad conyugal, materia que es objeto del estudio del derecho de familia, pasaremos a examinar las modificaciones que la ley de referencia había introducido en la capacidad de la mujer, cuya situación examinaremos a través de tres estados: 1) el de la mujer soltera, divorciada o viuda; 2) el de la mujer casada mayor de edad; y 3) el de la menor casada.

830. I) SITUACIÓN DE LA MUJER SOLTERA, DIVORCIADA O VIUDA. — El art. 1º de la ley 11.357 decía: "*La mujer mayor de edad (soltera, divorciada o viuda) tiene capacidad para ejercer todos los derechos y funciones civiles que las leyes reconocen al hombre mayor de edad*".

Esta disposición era sumamente importante y representaba la automática abrogación de toda diferencia entre el hombre y la mujer soltera, divorciada o viuda, en cuanto a sus derechos civiles. Por tanto, desaparecían las incapacidades de derecho por razón del sexo que impedían a la mujer ser tutora (art. 398, inc. 8º), curadora (art. 475) o testigo en instrumento público (art. 990).

La disposición era también sumamente esclarecedora del motivo por el cual se mantenía alguna diferenciación respecto de la mujer casada, que se advierte es la vida de la familia y en especial de los cónyuges. De ahí que cuando la vida matrimonial ya quedase resentida por la disolución del matrimonio (caso de la viuda) o por divorcio (caso de la divorciada) cesaban todas las restricciones referentes a la capacidad de la mujer casada y ésta obtenía, ya como viuda o divorciada, el góce de su plena capacidad. Por consecuencia de ello se ha decidido que la mujer divorciada no necesitaba autorización para donar inmuebles gananciales que le hubiesen correspondido en virtud de la separación judicial de bienes,¹⁸¹ mientras la mujer casada —no

¹⁸¹ Cám. Civ., Sala "C", "J. A.", 1952-I, p. 46.

divorciada— no podía obrar de esa manera por necesitar la autorización marital.^{181 bis}

831. CONVENCIÓN DE BOGOTÁ DEL AÑO 1948.— Prácticamente nula fue la influencia en nuestro derecho positivo de la convención aprobada en Bogotá, en el año 1948, por la 9ª Conferencia Internacional Americana, cuyo art. 1º expresa que “los Estados Americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre”.

En nuestro país, esa igualación de los derechos civiles del hombre y de la mujer, en cuanto tales e independientemente de los derechos y deberes impuestos por el estado conyugal, existía desde la sanción de la ley 11.357 (véase *supra* nº 830). Por eso fue sobreabundante la ratificación de aquella convención dispuesta por el decreto-ley 9983/57, como lo muestra su primer considerando que dice: “que en la Nación Argentina la legislación vigente ha equiparado a la mujer y al hombre desde el punto de vista de sus derechos civiles y políticos”.

En suma el régimen de capacidad de la mujer, no resultaba afectado por la convención de Bogotá que en nuestro país reiteró una situación ya existente: la diversidad de sexo, por sí sola, no se traducía en una diferencia de capacidad.

832. II) SITUACIÓN DE LA MUJER CASADA MAYOR DE EDAD.— A este respecto las modificaciones de la ley 11.357 estaban contenidas en el art. 3º, que decía así:

“La mujer mayor de edad, casada:

”1º) *conserva y ejerce la patria potestad de sus hijos de un matrimonio anterior;*

”2º) *sin necesidad de autorización marital o judicial, puede:*

”a) *ejercer profesión, oficio, empleo, comercio o industria honestos, administrando y disponiendo libremente del producido de esas ocupaciones; adquirir con el producto de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria, toda clase de bienes, pudiendo administrar y disponer de estos bienes libremente.*

”La mujer podrá hacer constar en la escritura de adquisición

^{181 bis} Aun cuando los inmuebles fueran adquiridos con el producido de una actividad lucrativa, la mujer necesitaba la conformidad marital para donarlos, pues se ha considerado juiciosamente que la restricción del art. 1807, inc. 1º, alcanzaba a la mujer, en su caso, después de la sanción de la ley 11.357 (Cám. Civ., Sala “A”, “J. A.”, 1962-I, fallo nº 4650 y “L. L.”, t. 105, p. 694).

que el dinero proviene de alguno de esos conceptos. Esa manifestación importará una presunción «juris tantum»;

"b) formar parte de asociaciones civiles o comerciales y de sociedades cooperativas;

"c) administrar y disponer a título oneroso de sus bienes propios y de los que le correspondan en caso de separación judicial de bienes de los esposos.

"Se presume que el marido tiene mandato para administrar los bienes de la mujer, sin obligación de rendir cuentas por las rentas o frutos percibidos, mientras la mujer no haga una manifestación de voluntad contraria inscrita en un registro especial o en el de mandatos donde no lo hubiere;

"d) administrar los bienes pertenecientes a sus hijos de un matrimonio anterior, sin que los frutos naturales o civiles de los mismos pertenezcan a la nueva sociedad conyugal;

"e) aceptar o repudiar el reconocimiento que de ella hicieron sus padres;

"f) aceptar herencia con beneficio de inventario;

"g) estar en juicio en causas civiles o criminales que afecten su persona o sus bienes o a la persona o bienes de sus hijos menores de un matrimonio anterior.

"h) ser tutora, curadora, albacea, testigo en instrumentos públicos, y aceptar donaciones".

833. DISCUSIÓN ACERCA DEL ALCANCE DE LA REFORMA. — Se ha dividido la doctrina de los autores acerca del alcance de la reforma de la ley 11.357, con respecto a la anterior incapacidad de la mujer casada.

a) Según una *primera opinión*, profesada por Busso, Lafaille, Arauz Castex, Rébora y Acuña Anzorena, si bien la ley 11.357 aportó modificaciones sustanciales en el régimen de capacidad de la mujer casada, con todo, como no cambiara la estructura del sistema, no alteró el funcionamiento genérico de la incapacidad de aquélla, ni derogó el art. 55 del Código Civil. Es cierto que los facultamientos a favor de la mujer casada, previstos por la nueva ley eran tan numerosos e importantes, que prácticamente había sido cubierta con excepciones la incapacidad básica de aquélla. Pero en razón de la técnica usada por el legislador, la regla general e indefinida que gobernaba el régimen de capacidad de la mujer casada, seguía siendo el criterio

de la incapacidad, a punto tal que aquélla era incapaz para realizar cualquier acto a cuyo respecto no concurriera un facultamiento expreso de la ley.¹⁸²

Por consiguiente, allí donde la ley callaba, funcionaba automáticamente la incapacidad básica de la mujer casada, como ocurría tratándose de: 1) actos de disposición gratuita de bienes propios, 2) repudiación de herencia, y 3) aceptación de herencia, pura y simplemente.

Por su parte Rébora ha puntualizado un número relativamente elevado de actos que la mujer casada no podía realizar, por no haber a su respecto una concreta autorización de la ley y quedar, entonces englobados en la órbita genérica de incapacidad establecida por el Código Civil. Así a los actos anteriormente mencionados, este autor agregaba: 4) la actuación como gestor de negocios ajenos (conf. artículo 2288); 5) la constitución de prenda (art. 3213); 6) la constitución de depósito (conf. art. 2192); 7) el otorgamiento de fianza (artículo 2192); 8) la constitución de renta vitalicia (art. 2073); 9) la participación en sociedades —no asociaciones ni cooperativas— civiles o comerciales (art. 3º, inc. 2º b), ley 11.357).¹⁸³

b) Para una *segunda opinión* expresada por Salvat, Orgaz y Spota, pese a la técnica usada por el legislador de 1926, la incapacidad de la mujer casada había quedado derogada por la ley 11.357.

Para fundar este aserto Salvat transcribía el art. 1º de la ley 11.357 manifestando que en virtud del precepto había venido a desaparecer la incapacidad para celebrar actos jurídicos y contratos sin la venia del marido, con lo que interpretaba esa disposición como si su letra incluyera a la mujer casada.¹⁸⁴

A su vez Orgaz concedía que la ley no había eliminado completamente las incapacidades que afectaban a la mujer casada, pero, entendía que sí había suprimido la incapacidad como situación general, y concluía que la mujer casada era capaz en principio e incapaz por excepción, a la inversa de lo que antes ocurría. Dice que aun cuando la exterioridad de la ley no traducía ese concepto, estimaba indiscutible que la finalidad de la ley era suprimir la incapacidad

¹⁸² Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 55, núms. 30 y 31, p. 418; *id.*, *id.*, t. II, art. 55, "Ley matr. civil", nº 28, p. 179, núms. 43-44, p. 181; Lafaille H., *op. cit.*, nº 126, pá. 105 y ss.; Rébora J. C., *Instituciones de la Familia*, Bs. As., 1946, t. II, pá. 308-316, núms. 13 a 15; Acuña Anzorena, G. (h.) Su nota en "J. A.", t. 76, p. 37; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 604, p. 338. Este autor en un símil muy gráfico decía que la incapacidad genérica de la mujer casada estaba casi totalmente cubierta con excepciones, como una tela negra que tuviera grandes manchas blancas. Conf. Cám. Civ., Sala "A", "L. L.", t. 107, p. 717.

¹⁸³ Rébora J. C., *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁸⁴ Salvat R., *op. cit.*, nº 708, p. 325.

como situación general, lo que resultaría tanto de su letra cuanto de su espíritu. Reconocía que subsistían algunas incapacidades —para disponer gratuitamente de sus bienes propios, para repudiar herencias o para aceptarlas sin beneficio de inventario— pero agregaba que el art. 55, inc. 2º, y el art. 57, inc. 4º, del Código Civil habían quedado derogados.¹⁸⁵

Spota no agregaba nuevas consideraciones a las expresadas.¹⁸⁶

834. NUESTRA OPINIÓN.— Nosotros adherimos a la primera de las opiniones expuestas (ver ap. a] precedente).

Salvat, que basaba su opinión en el art. 1º de la ley 11.357 le hacía decir a la ley lo que notoriamente no decía. Está muy claro que dicho art. 1º no se ocupaba de la mujer casada sino de la soltera, divorciada o viuda, para predicar de ésta una equiparación con el varón que tácitamente quedaba eliminada respecto de aquella cuya situación era tratada por los arts. 3º a 6º de la ley.

Tampoco persuadían las reflexiones de Orgaz que suponía gratuitamente una regla general de capacidad de la cual beneficiaría la mujer casada, con excepciones particulares a esa regla. Observamos que nada había en el texto de la ley que condujera a esa afirmación de principio, ni que obligara a la derogación de los arts. 55, inc. 2º, 57, inc. 4º, del Código Civil, por no haber incompatibilidad entre esas disposiciones y lo preceptuado por la ley 11.357.¹⁸⁷ Sin duda esta ley había venido a ampliar notablemente las excepciones al principio de incapacidad sustentado por el Código, pero por la estructura de las normas, ello no alteraba los términos de la cuestión ni convertía en excepción lo que antes era un principio general. A este respecto, se ha dicho acertadamente, que “el carácter de regla frente al de excepción no afirma valores, ni depende por cierto del número de casos que comprende la una o la otra. Trátase de una caracterización de orden sistemático de las normas fundada en que las unas —las reglas o principios— poseen una virtualidad universal, en tanto que las segundas —las excepciones—, sólo la tienen particular. Los casos a los que corresponde la aplicación de la norma excepcional deben hallarse provistos por ella; los de la regla general no. La excepción subtrae del total un cierto número de casos; la regla es residual. Nada

¹⁸⁵ Orgaz A., *op. cit.*, p. 191-193.

¹⁸⁶ Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 1º, nº 10, texto y nota 39; *id.*, t. I, vol. 3º, nº 678, p. 320-343.

¹⁸⁷ Conf. Rábora, quien sostiene que el art. 55, inc. 2º, del Cód. Civil “subsiste por no haber sido dictada norma alguna cuyo contenido y cuyo alcance puedan ser reconocidos como aptos para causar substitución” (*op. cit.*, t. II, p. 309, nº 13).

tiene de extraño que la excepción comprenda un campo más vasto que el de la regla".¹⁸⁸

Pero volvamos a la opinión que impugnamos, para mostrar las consecuencias inadmisibles a que daba lugar. Si los arts. 55, inc. 2º, y 57, inc. 4º estaban derogados y con todo había algunas incapacidades que todavía soportaba la mujer casada, de ahí se seguía que no había manera de suplir esas incapacidades, con lo cual para favorecer a la mujer casada con una regla general de capacidad que no resultaba de la estructura de la ley 11.357, se terminaba imponiéndole algunas prohibiciones que antes —como incapaz— podían ser superadas por la intervención del marido, pero que, según la inteligencia que se venía a acordar al nuevo sistema, ahora ya no habría manera de remediar.

Por nuestra parte pensamos que no era legalmente exacto que el marido, después de la sanción de la ley 11.357, hubiese dejado de ser representante legal de su mujer, absolutamente. Creemos que la distinción se imponía: si se trataba de actos que la mujer podía realizar por sí sola, respecto de ellos el marido no era sino un representante voluntario, un mandatario tácito de la mujer, cuyo poder para administrar sus bienes ella podía revocar mediante la inscripción de su voluntad en el Registro de Mandatos (conf. art. 3º, inc. 2º, ap. c] de la ley 11.357). Pero si se trataba de actos que la esposa no podía realizar por sí sola, el marido continuaba siendo a título de representante legal de ella para tales supuestos, el encargado de suplir con su venia la incapacidad de la mujer con respecto a tales actos. Esta investidura del marido, que aún subsistía después de la sanción de la ley 11.357, resultaba comprobada por lo dispuesto en esa misma ley, cuyo art. 7º sometía la realización de los actos de disposición de la mujer casada menor de edad a la venia del marido mayor. Si como opinaban los sostenedores de la opinión que impugnamos, el art. 57, inc. 4º, del Cód. Civil estuviese derogado, el recordado art. 7º de la ley 11.357 carecería de razón de ser, ya que la menor casada hubiese sido simplemente una menor emancipada que debería haber tenido que acudir al juez, según el art. 135 del Código Civil, para remover el impedimento de su libre actuación. En cambio al establecer la ley que el contralor normal de la actividad de la menor casada, radicaba en la conformidad marital, estaba también reconociendo el carácter de representante legal que ostentaba el esposo para remediar con su "consensus" la incapacidad de la esposa, en la medida en que dicha incapacidad todavía subsistía.

¹⁸⁸ Arauz Castex M., *La ley de orden público*, Bs. As., nº 30, p. 44.

835.—Esta última verificación nos brindaba un argumento corroborante de la incapacidad que aun después de la sanción de la ley 11.357 pesaba sobre la mujer casada. Pues sabido es que sólo a los incapaces provee la ley de un representante, exactamente para remediar o suplir su incapacidad (conf. art. 58, Cód. Civ.). Probado, entonces, que la menor casada tenía un representante que era el marido, quedaba también probado que esa menor era incapaz. Y no se piense que fuese incapaz en razón de su minoridad puesto que la emancipación causada por el matrimonio le había eliminado la incapacidad proveniente de la edad (conf. arts. 128 y 131). Luego no cabía sino concluir que la menor casada era incapaz, no en cuanto menor sino en cuanto casada, siguiéndose de ahí que igualmente era incapaz, en cuanto casada la mayor de edad. Pues siendo el matrimonio causa determinante de la incapacidad de la mujer independientemente de su edad, si es cierto que era incapaz la casada menor de edad debía serlo también la casada mayor de edad, o debía considerarla tal la ley para no pecar de incongruencia.

En suma, consideramos que la situación básica de la mujer casada —mayor o menor no importaba porque ello sólo influía en cuanto al número de los facultamientos excepcionales— era la incapacidad. Ella sólo podía ejercer, por sí misma e independientemente del marido, aquellos derechos, muy numerosos, cuyo ejercicio le había sido concedido expresamente por la ley. Pero allí donde la ley callaba, funcionaba automáticamente su incapacidad que obstaba a la válida ejecución de los derechos respectivos. Por tanto, la mujer casada seguía siendo, en principio, incapaz pese a que los posibles actos englobados en el silencio de la ley era comparativamente de número más reducido, a aquellos cuyo ejercicio le había sido conferido explícitamente por la ley 11.357.

836. REPRESENTACIÓN DEL MARIDO.—Como hemos explicado precedentemente (véase nº 834) la ley 11.357 había variado en gran medida el carácter de la representación del marido.

Según el Código Civil (art. 57, inc. 4º), el marido era el representante legal de la esposa, hasta exento del control del Ministerio de Menores (conf. art. 60).

Después de la sanción de la ley 11.357 el título del marido quedó desdoblado según la índole de los actos de que se tratara. Si se trataba de actos aun prohibidos para la mujer, el marido conservaba su título anterior de representante legal, pero tratándose de actos —muy numerosos— concedidos por esa ley a la mujer, el marido había pasado a ser un representante voluntario de la esposa que ella podía desplazar, en forma universal, inscribiendo su voluntad en tal

sentido en el registro respectivo, y en forma singular por su sola actuación respecto a actos determinados.¹⁸⁹

837. III) SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MENOR CASADA. — Trataremos de esta cuestión en el apartado siguiente.

V.— LA MUJER CASADA MENOR DE EDAD

838. PLANTEO ANTERIOR A LA LEY 17.711. — La situación de la mujer casada menor de edad debe ser examinada antes de la sanción de la ley 11.357, o sea bajo la vigencia exclusiva del Código Civil, y después de dicha sanción pero con anterioridad a la ley 17.711, a la que luego nos habremos de referir.

839. RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL. — No era enteramente clara la condición de la mujer casada menor de edad, bajo el primitivo régimen del Código Civil.

Por una parte el art. 131 de dicho Código establecía la emancipación de los menores por el matrimonio "sin distinción de sexo", lo cual suponía para las menores casadas la cesación de la incapacidad (art. 128) y la habilitación para el ejercicio de todos los actos de la vida civil (art. 129).

Pero, sin embargo, la mujer casada aun mayor de edad se encontraba en una situación de incapacidad general, según ya se ha visto (supra, nº 825). De manera que, paradójicamente, el matrimonio resultaba al propio tiempo causa de cesación de la incapacidad proveniente de la edad, y causa determinante de incapacidad de la mujer, con independencia de su edad.

¿Cómo debía, entonces, ser considerada la menor emancipada?

840. — Nosotros pensamos que conforme al art. 131 la menor casada se encontraba en una situación de capacidad potencial, puesto que en la generalidad de los supuestos su condición resultaba modificada por la dependencia de la autoridad marital. En otras palabras la

¹⁸⁹ En general los autores no hacían esta distinción, pero resultaba impuesta por la estructura misma de la ley 11.357. De ordinario se pensó que dicha ley había variado el título de la representación del marido (ver p. ej., Busco E., *op. cit.*, t. I, art. 57, nº 21, p. 428; Lafaielle H., *op. cit.*, nº 361, p. 363), pero ello era así sólo tratándose de los actos que podía efectuar la mujer casada, mas no de los prohibidos para ella, por sí sola, respecto de los cuales el marido conservaba su carácter de representante legal para poder convalidarlos agregando su "consensus" a la voluntad de la mujer.

condición básica de la menor emancipada que era de capacidad venía a quedar cambiada por la superposición del "status" de mujer casada que sobre ella recaía y que determinaba el apartamiento del sistema de la "emancipación" consagrado por los arts. 133, 134, 135 y 136 del Código Civil.

Con todo, allí donde no incidía el "status" jurídico propio de la mujer casada, la "emancipación" recobraba sus fueros y hacía sentir su influencia: así la menor casada quedaba exenta de la patria potestad (art. 306, inc. 4º, reformado por la ley 10.903), y de la tutela (art. 455, inc. 2º). Y cuando desaparecía la autoridad del marido la menor emancipada quedaba exclusivamente sujeta al régimen de la emancipación, como cuando estaba divorciada (art. 210), o si había enviudado, o finalmente si se había declarado la nulidad del matrimonio celebrado por ella de buena fe, art. 231 (véase *supra*, nº 692).

En suma, tratándose no del varón sino de la mujer, el régimen de la emancipación funcionaba como subsidiario del estatuto propio de la mujer casada, y por razón de ese mismo carácter favorecía a la interesada toda vez que dejara de actuar la incapacidad que le había provocado el matrimonio: así si en la convención prenupcial la menor se había reservado la administración de algún bien propio suyo, para lo que estaba autorizada (conf. arts. 191 y 1217, inc. 2º), esa administración que la esposa ejercía con independencia del marido, estaba sujeta a las prescripciones de los arts. 135 y 136 relativas a la emancipación.

Este sistema delicado que resultaba de la conciliación de preceptos aparentemente contrapuestos, y que respondía a los puntos de partida adoptados por el codificador para legislar sobre las mujeres casadas y los menores emancipados, fue enteramente sustituido por una sola disposición, harto simplista, de la ley 11.357.

841. RÉGIMEN DE LA LEY 11.357. — El art. 7º de esta ley decía: *"La mujer casada menor de edad tiene los mismos derechos civiles que la mujer casada mayor de edad, con la salvedad de que para hacer actos de disposición de sus bienes, necesita la venia del marido, cuando éste sea mayor de edad. Cuando el marido fuere menor de edad o se negare a acordar su venia, la mujer necesitará la correspondiente autorización judicial"*.

Como se ve, la nueva ley partía de una equiparación básica de la condición jurídica de la menor casada y de la mujer casada mayor de edad con la importante diferencia de que ésta podía realizar actos de disposición siempre que se tratara de los enunciados en el art. 3º de la ley 11.357, y en cambio, aquélla requería para ello la conformidad del marido o la venia supletoria del juez.

Ahora bien, ¿qué es lo que debía entenderse por actos de disposición en la fórmula de este precepto legal? ¿Se había querido referir el legislador al concepto doctrinario de "acto de disposición" (véase *infra* n° 1452), o había querido aludir de una manera simple a los actos que podían realizar los varones emancipados con arreglo a los arts. 135 y 136 del Código Civil?

Sobre esto se emitieron opiniones contrapuestas que es importante conocer.

842.— Para una *primera opinión*, sustentada por Salvat y Orgaz la ley 11.357 al recoger el concepto doctrinario de "acto de disposición" vino a establecer un régimen diferencial entre el varón emancipado y la mujer emancipada, que favorecía a esta última. Así comprobaban esos autores que la mujer casada sólo estaba impedida para realizar actos de disposición, o sea de enajenación de valores de su capital, pero estaba facultada para ejercer toda clase de actos de administración y consiguientemente recibir pagos aun por cifras muy superiores a los \$ 1.000 del art. 135, lo que le estaba vedado al varón emancipado. Tal diferencia entre los emancipados de uno y otro sexo no podía ser allanada, según el parecer de aquellos autores, "mediante consideraciones generales, como la igualdad de los cónyuges o la supuesta voluntad del legislador".¹⁹⁰

843.— Para *otra opinión* que reprochó a la anterior el asentimiento a una comprensión de la ley que acordaría a la mujer una situación de superioridad respecto del varón, el art. 7° de la ley 11.357 vino a sustituir el sistema del art. 135 del Código Civil tanto para el varón como para la mujer. Según Spota "la ley 11.357 tendió a equiparar la capacidad de obrar de la mujer con la del varón, pero no a establecer un desnivel en sentido peyorativo, para el segundo. Toda interpretación contraria no resiste a esta comprensión valorativa de dicha ley".¹⁹¹ En suma: para esta tendencia el varón emancipado se beneficiaba con lo dispuesto por el art. 7° de la ley 11.357 debiendo entenderse que lo que allí se establecía a favor de la menor casada, también aprovechaba al varón.

A nosotros, nos pareció que no obstante la buena intención de esta corriente, su comprensión del sistema legal tenía el inconveniente

¹⁹⁰ Orgaz A., *op. cit.*, p. 32. Conf. Salvat R., *op. cit.*, n° 779, p. 355.

¹⁹¹ Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3^o, n° 781, *in fine*, p. 190. Conf. Lafaille H., *Familia*, n° 319, p. 234; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 613, p. 343; Alsina H., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I, p. 282; Cám. Civ. 1^a, "J. A.", t. 40, p. 436; *id.*, "J. A.", t. 27, p. 725; Corte Suprema Tucumán, "J. A.", t. 53, p. 519.

de exagerar las posibilidades del intérprete, que no puede dejar de moverse dentro del marco señalado por la propia norma legal cuya inteligencia indaga. Estamos de acuerdo en que los términos de una ley son susceptibles de una mayor o menor extensión, de conformidad a las exigencias de la hermenéutica, pero no puede ser legítima una comprensión del precepto que resulta ajena por completo a la fórmula legal. Desde este punto de vista no era aceptable que donde la ley contemplaba específicamente a la menor casada que tenía en el sistema del Código una condición jurídica tan diversa de la del menor emancipado, pudiera verse incluido también al varón casado que tenía asignado en el mismo Código un estatuto completo y peculiar, que no podía resultar implícitamente derogado por una escueta disposición que no aludía sino a la mujer casada menor de edad. El argumento "a pari" al que se recurría, debía encontrar un fundamento más consistente que el mero deseo de no consentir en la inferioridad jurídica del varón.

844.— Una *tercera opinión* fue sostenida acerca de la interpretación del art. 7º de la ley 11.357 por Rébora, Borda y Etcheverry Boneo, que nosotros reputamos exacta.

Ciertamente no era razonable interpretar una ley que se sancionaba para aproximar la condición jurídica de la mujer casada a la del varón, en el sentido de que aquélla podía quedar bajo ciertos aspectos en situación más ventajosa, pues sería ultrapasar el manifiesto designio legislativo. De aquí que resultase inaceptable la primera opinión expuesta que se resentía de un apego exagerado a la letra de la ley con menoscabo de su espíritu.

Pero si no era admisible el reconocimiento de una inferioridad jurídica del varón respecto de la mujer impuesta por una ley que tendía a la paridad de ésta con aquél, ni tampoco había suficiente fundamento para considerar derogado el régimen normal de la emancipación organizado por el Código Civil, era lógico, en cambio, conceptuar que desde la sanción de la ley 11.357 la capacidad de la menor casada era idéntica a la que determinaba para el varón el juego de los arts. 134 y 135 del Código Civil, con la sola variante acerca del modo de suplir las particulares incapacidades subsistentes para ambos por igual: mientras el varón había de acudir directamente al juez, la mujer como reconocimiento de la autoridad de su marido debía recurrir primeramente a éste y sólo supletoriamente al juez.

Observa Borda con toda razón que "la determinación del límite que separa los actos de administración de los de disposición es, en realidad, muy compleja, sobre todo en nuestro Código Civil; en esta materia es evidente que la enumeración del art. 135 deslinda lo que debe entenderse por actos de disposición que están prohibidos, de los

de simple administración, que están permitidos. Por consiguiente, al prohibir la ley 11.357 los actos de disposición alude precisamente a los enumerados en el art. 135¹⁹².

Todavía en la letra misma de la ley había un indicio que abonaba esta interpretación. En efecto al decir el legislador que "cuando el marido se negare a acordar su venia, la mujer necesitará la *correspondiente* autorización judicial" deja entender que esto ocurría en los casos que de no haberse exigido la conformidad marital hubiese *correspondido* obrar con autorización judicial. Pero tratándose de menores emancipados, y no debe olvidarse que lo era también la menor casada (arg. "sin distinción de sexo" del art. 131, Cód. Civ.) sólo el art. 135 alude a supuestos en que se requiera o *corresponda* la autorización del juez. Luego era dable concluir que el art. 7º de la ley 11.357 había querido referirse a los casos del art. 135 del Código citado.

En suma, pensamos que al respecto existía una paridad de capacidad entre los menores casados de uno y otro sexo; paridad que se establecía no en el plano teórico del concepto doctrinario del acto de disposición sino en el plano práctico del estatuto básico de la emancipación adoptado por el codificador. Verosímilmente el legislador del año 1926, que tuvo técnica tan descuidada, sólo quiso establecer equiparación y para ello englobó en una fórmula vaga e imprecisa a todos los actos del art. 135 del Código Civil dentro del concepto de "acto de disposición".

VI.—LA REFORMA DEL SISTEMA DE LA LEY 11.357

845. NECESIDAD DE LA REFORMA.—La incapacidad genérica de la mujer casada no se justificaba y sólo la mala técnica del legislador de 1926 la había dejado subsistente.

Desde luego la unión matrimonial impone a los esposos —tanto al marido como a la mujer— deberes precisos, primordialmente en razón de los hijos que constituyen el fin primario del matrimonio. Para que los niños encuentren en el hogar el ambiente propicio a su formación y educación moral y física, se requiere que la libertad de los padres se subordine al bien de los hijos. El padre no tiene licencia para comportarse de cualquier manera: debe subvenir a las necesidades de la familia y para ello debe empeñar su capacidad de trabajo. A la

¹⁹² Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 508, p. 397. Conf. Rébora, *op. cit.*, *loc. cit.*; Busso E., *op. cit.*, t. I, p. 651, nº 61; Etcheverry Boneo R., t. II, nº 30, voto del doctor A. Ibarlucía en Cám. 2º La Plata, 7-XII-62, publicado en "El Derecho", nº 3661, 23 de febrero 1963, fallo nº 1767.

madre está confiada "la responsabilidad principal en la formación del ambiente del hogar y la educación de los ciudadanos del futuro", según lo expresara la Conferencia Interamericana de México.¹⁸⁸ Son funciones distintas, complementarias y ambas dirigidas al bien de la familia.

Por esto, sin hacer cuestión de la capacidad genérica de ambos esposos, un buen ordenamiento legal debe coartar razonablemente la libertad de uno u otro para que la finalidad del matrimonio sea convenientemente alcanzada. Así han procedido los proyectos de reforma del Código Civil.

846. ANTEPROYECTO BIBILONI.— Se ocupa del asunto en los arts. 606 a 608. Según el art. 606 la mujer no puede sin la autorización del marido ejercer cualquier profesión o industria, por cuenta propia, así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común. Tampoco puede sin ese requisito contratar locación de sus servicios, ni sociedades colectivas de capital e industria, o en comandita, civiles o comerciales.

El art. 607 se refiere a la autorización tácita del marido, y el art. 608 al procedimiento judicial para remover la oposición del marido.

El sistema elaborado por el Anteproyecto Bibiloni está convincentemente fundado en la nota a dichos artículos que trae en su favor el ejemplo del derecho comparado, especialmente del "common law" anglo-norteamericano, del derecho francés alemán y suizo.

847. PROYECTO DE 1936.— Es similar al anterior pero ha adoptado una forma distinta.

Según el art. 365 se supedita a la conformidad de ambos cónyuges el ejercicio, por parte de la mujer, de profesión, industria o comercio por cuenta propia, o efectuar trabajos fuera de la casa común (inc. 1º); la locación de sus servicios (inc. 2º); la constitución por ella de sociedades colectivas, de capital e industria o en comandita, civiles o comerciales (inc. 3º); su aceptación de donaciones o herencias sin beneficio de inventario (inc. 4º); la renuncia por parte de ella de herencias o legados que le sean deferidos (inc. 5º) y la disposición gratuita de los bienes que ella administra (inc. 6º).

Cuando el marido niegue su asentimiento, lo prestará el juez a instancia de la mujer si la petición respondiera a las necesidades o intereses del hogar (art. 365, parte final).

Nosotros estamos de acuerdo con la idea fundamental de este sistema, pero nos parece excesivo en cuanto a las restricciones que

¹⁸⁸ Véase Diario de Sesiones de la convención Nacional Constituyente de 1949, t. I, p. 393.

viene a establecer y creemos que algunas de tales restricciones deben alcanzar igualmente al marido.

Con todo, es de notar que al discutirse este sistema en el seno del Instituto Argentino de Estudios Legislativos, fue aprobado después de un debate sumamente interesante.¹⁹⁴

848. ANTEPROYECTO DE 1954. — El sistema de este Anteproyecto se atiene a estas dos ideas básicas: 1) es innegable la capacidad de hecho de la mujer y el varón aún después de la celebración del matrimonio; 2) con todo, el matrimonio impone a uno y otro cónyuge ciertas restricciones a su capacidad, según la función que a cada cual incumbe en la vida matrimonial.

Conforme a tales ideas el art. 452 de' Anteproyecto de 1954 dice: "Se requerirá el acuerdo, expreso o tácito de los esposos para que la mujer pueda aceptar donaciones o formar parte de sociedades civiles y comerciales. La oposición del marido podrá ser removida, si no la justificase el interés de la familia. En tal caso la sentencia convalidará en su caso, el acto obrado por la mujer".

Y el art. 453 agrega: "Ninguno de los cónyuges podrá sin la conformidad del otro, disponer a título gratuito de sus bienes propios o gananciales, ni repudiar herencias o legados".

En esta forma se eliminaba la posibilidad autorizada por una interpretación literal de la ley 11.357, de que el marido pudiera hacer donaciones a extraños de sus bienes propios y que la mujer pudiese hacer otro tanto con los bienes gananciales adquiridos por ella. Es de notar la incongruencia de tales donaciones pese a que el marido —no la mujer —no puede donar los bienes raíces gananciales (conf. art. 1807, inc. 2º) ni la mujer donar sus bienes propios, en virtud de que esta última forma de enajenación no estaba contemplada en la ley 11.357.

849. LA MENOR CASADA. — Tanto el Anteproyecto Bibiloni como el Proyecto de 1936 derogan el art. 7º de la ley 11.357 en cuanto

¹⁹⁴ Véase Instituto Argentino de Estudios Legislativos, *Proyecto de Reformas del Código Civil*, Libro II, "Actas de la Sección de Derecho Civil", t. II, pp. 139-148 y 151-158. En este debate los impugnantes del régimen estructurado por el Proyecto de 1936 se fundaron entre otras consideraciones en lo dispuesto por la ley francesa del 18 de febrero de 1938. Pero es de notar que esta ley fue modificada por otra del año 1942 en el sentido auspiciado por aquel Proyecto. Con todo el Anteproyecto de Código Civil Francés elevado al Gobierno en diciembre de 1953 no contiene restricción alguna a la capacidad de los esposos, previéndose solamente la acción de un esposo contra el otro para que se prohíba el ejercicio de una profesión "por el interés de la familia" (art. 326). Se ve claramente que tal recurso judicial está dirigido al control de la esposa sin nombrarla, pues no se advierte cómo el ejercicio de una profesión por el marido pueda ser contrario al interés de la familia.

impedita la realización de ciertos actos de la menor casada a la previa conformidad del marido mayor, y sólo a falta de esta anuencia a la venia supletoria del juez. Para esos proyectos no hay motivo para hacer ninguna distinción entre varones y mujeres menores, casados, los que quedan sujetos al régimen de la emancipación común a ellos.

Nosotros consideramos que el sistema de la ley 11.357 era bueno en el aspecto que conservaba la autoridad marital, pues no se justifica que siendo el marido mayor de edad, deba la esposa acudir al juez para suplir la parcial incapacidad resultante de su minoridad, a lo que puede llegarse sólo si media disentimiento de los esposos al respecto.

Por ello el art. 83 del Anteproyecto de 1954, ubicado en el capítulo de la emancipación que desde luego establece un régimen de capacidad uniforme para varones y mujeres, dice: "Cuando se tratase de una menor emancipada, la venia judicial requerida en el artículo precedente será suplida por la venia del marido, salvo que éste fuera menor de edad o se negare a acordarla".

VII. — SISTEMA DE LA LEY 17.711

849 bis. **ELIMINACIÓN DE LA INCAPACIDAD DE LA MUJER CASADA.** — La ley 17.711 ha hecho desaparecer todo rastro de incapacidad de la mujer por razón de haber contraído nupcias. A ese respecto, el art. 1º de la ley 11.357 ha quedado redactado en los siguientes términos: "*La mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil*".

La norma está plenamente justificada y con ella se pone la legislación vigente en la línea que propiciarán los proyectos anteriores de reforma al Código Civil. Por nuestra parte reclamamos esa modificación en esta obra, nº 845, y propugnamos por ella en el Anteproyecto de 1954.

849 bis 1. — **REPRESENTACIÓN DEL MARIDO.** — La ley 17.711 a través de la reforma introducida en el art. 1276 del Código Civil, última parte, ha eliminado toda representación presunta que el marido deseara hacer valer con respecto a los derechos de su cónyuge.

El art. 1276, tercer párrafo dice: "*Uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le está reservada al otro sin mandato expreso o tácito conferido por éste. El mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas*".

Esto significa que ya no hay más mandato presumido por la ley a favor del marido, sino el que provenga del contrato de mandato que pudiere concertarse entre los cónyuges. Sólo queda entre el mandato ordinario y el mandato convencional entre cónyuges una diferencia fundamental que se refiere a la obligación de rendir cuentas (comp. art. 1909 del Cód. Civil).

849 bis 2. — RÉGIMEN DE LA MENOR CASADA DESPUÉS DE LA SANCIÓN DE LA LEY 17.711. — En la actualidad la menor casada luego de suprimida la incapacidad de la mujer, causada por el matrimonio, no tiene un estatuto legal diferente del que corresponde al menor varón. Por consiguiente el régimen de capacidad que hemos estudiado *supra*, 666 bis, 668 bis y 680 bis, se aplica igualmente para la menor casada.

849 bis 3. — LA MUJER CASADA Y EL RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN CONYUGAL. — La sociedad conyugal es una entidad societaria integrada por dos socios, que son los cónyuges. Su capital o haber está formado por los bienes gananciales que son los adquiridos por los esposos por cualquier título que no sea donación, herencia o legado (conf. art. 1272). También pertenece a la sociedad conyugal el usufructo sobre los bienes propios de cada cónyuge. En cambio quedan al margen del patrimonio societario los bienes propios de cada esposo que son los adquiridos con anterioridad al matrimonio, o después por donación, herencia o legado.

En el sistema de Vélez Sarsfield, el marido era el administrador de la sociedad conyugal con facultades de disposición bastante amplias. Asimismo era representante legal de su esposa y en tal carácter administraba los bienes propios de ella si bien tratándose de inmuebles no los podía enajenar pues la enajenación requería la voluntad de la mujer con la conformidad del marido, o siendo ella menor de su esposo con autorización judicial. Sólo quedaban al margen de la administración marital: a) los inmuebles determinados que la esposa se hubiera reservado a ese fin en la convención nupcial (conf. art. 1217, inc. 2º); b) los bienes donados por el esposo a la esposa mediante el mismo acto (conf. arts. 1217, inc. 3º y 1226); c) los bienes que adquiriera la esposa por donación, herencia o legado, bajo condición de no ser administrados por el marido (conf. art. 1227).

La situación relatada cambió sustancialmente con la sanción de la ley 11.357. Aunque el marido continuó siendo el administrador de la sociedad conyugal con arreglo a lo dispuesto en el antiguo art. 1276, cesó en la gestión de los bienes de administración reservada a la mujer, integrantes del peculio profesional de ella (conf. art. 3, inc. 2º, ap. a). En cuanto a los bienes propios de la esposa, la ley 11.357 alteró el título del marido para administrarlos convirtiéndolo en un mandatario presunto de su mujer, en tanto y cuanto no qui-

siera ella asumir la gestión de tales bienes, para lo cual bastaba la inscripción de su voluntad en ese sentido en el Registro Público de Comercio, o bien la sola actuación personal de la esposa en cada caso.

La ley 17.711 sustituyó el régimen de comunidad con administración marital, aunque con las excepciones indicadas por un *sistema de comunidad con administración dividida o separada*. En efecto, según el nuevo art. 1276 cada cónyuge administra lo suyo, es decir, sus bienes propios y los gananciales que adquiriera. La adquisición define a quien pertenece la administración, no pudiendo uno de los cónyuges "administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le está reservada al otro, sin mandato expreso o tácito conferido por éste" (nuevo art. 1276 "in fine"). El marido ahora ha dejado de ser el mandatario presunto de su mujer.¹⁸⁵

¹⁸⁵ Sobre los temas expuestos en el texto puede verse nuestra obra *Estudio de la reforma del Código Civil, Ley 17.711*, ps. 362 a 379.

CAPÍTULO VII

DOMICILIO

§ 1. Domicilio. Concepto. Caracteres. Especies. Principios de necesidad y unidad. Aplicaciones del principio del domicilio: diversos casos.

1. — EL DOMICILIO; CONCEPTO, CARACTERES *

850. CONCEPTO DE DOMICILIO.— El domicilio es el asiento jurídico de la persona.¹

Busso considera que “es el lugar que la ley instituye como asiento de las personas para la producción de determinados efectos jurídicos”.²

Para Orgaz es “la sede legal de la persona” o también “el centro territorial de las relaciones jurídicas de una persona o bien el lugar en que la ley sitúa a una persona para la generalidad de sus relaciones de derecho”.³

* BIBLIOGRAFÍA: Vázquez A., *Domicilio especial*, “J. A.”, 1947-I, sec. doctr. p. 3; Alsina H., su nota en “J. A.”, t. 42, p. 1155; Díaz de Guijarro E., su nota en “J. A.”, t. 59, p. 925; Wasserzug H., su nota en “J. A.”, t. 27, p. 754; Carnelutti F., *Note critiche intorno ai concetti di domicilio, residenza e dimora*, “Archivio Giuridico”, t. 75, ps. 433 y ss.; Loison Y., *Des éléments constitutives du domicile*, Angers, 1942; Tedeschi U., *Del domicilio*, Padua, 1936; Spota A. G., *Tratado de derecho civil*, Bs. As., 1950, t. I, vol. 3^o, ps. 525-810.

¹ Salvat R., *op. cit.*, n^o 888, p. 408; Arauz Castax M., *op. cit.*, t. I, n^o 617, p. 347; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3^o, n^o 1229, p. 525.

² Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 89, n^o 4, p. 526. Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n^o 350, p. 293.

³ Orgaz A., *op. cit.*, p. 234, n^o 2.

La noción de domicilio es una imposición de la buena organización social, porque ésta necesita "ubicar" a las personas que integran la convivencia general, a fin de poder exigir de ellas el comportamiento adecuado. Con este fin se relaciona necesariamente a toda persona con un lugar en el cual se la reputa presente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.⁴

Por consiguiente el domicilio contribuye a la eficiencia de las relaciones jurídicas. De nada le valdría al acreedor el derecho constituido a su favor si no pudiese ejercerlo por la imposibilidad de traer a juicio a su deudor. Pero por el funcionamiento del concepto jurídico del domicilio, podrá citarse allí al deudor con la consecuencia de que toda comunicación dejada en su domicilio se considerará conocida de él aunque de hecho no esté allí. Si el deudor se ausentó del domicilio sin dejar las providencias del caso para que se le informara de las comunicaciones allí recibidas sólo él será responsable de las derivaciones desagradables que el hecho pueda traerle. puesto que para la ley y la sociedad es reputado presente para los efectos jurídicos —salvo aquellos que requieran indispensablemente un conocimiento efectivo— en el lugar de su domicilio.

851. DIFERENCIACIÓN DE CONCEPTOS.— No ha de confundirse el *domicilio* con la *residencia* y la *habitación*.

El domicilio es una noción jurídica que según los casos quedará en un lugar o en otro, v.gr., el domicilio de un militar en actividad está en el lugar donde está destacado, el domicilio de un militar retirado está en el lugar donde vive con su familia.

La *residencia* es una noción vulgar, que alude al lugar donde habita ordinariamente la persona. Puede o no, según los casos, ser un elemento constitutivo del domicilio, revistiendo ese carácter cuando la ley determina el domicilio (concepto jurídico) de la persona en función de su residencia (concepto material).

La *habitación* es el lugar donde la persona se encuentra accidental o momentáneamente, v.gr., donde pasa una estadía de vacaciones. Comparada la habitación con la residencia, se advierte que ambas nociones son de orden vulgar, no técnico, diferenciándose por la nota de habitualidad y permanencia que corresponde a la última y de la que carece la primera.

852. CARACTERES DEL DOMICILIO.— El domicilio presenta los siguientes caracteres:

⁴ Aubry y Rau, *op. cit.*, t. I, párr. 141, p. 575.

1) *Es legal* en cuanto la ley lo instituye, computando uno u otro elemento material o intencional, según los casos:

2) *Es necesario* en cuanto no puede faltar en toda persona, pues si alguien careciera jurídicamente de domicilio quedarían sin soporte territorial sus derechos y deberes.

3) *Es único*, en cuanto queda eliminada la posibilidad de dos domicilios simultáneos, pues la constitución de un nuevo domicilio extingue los efectos del precedente. Siempre la persona tiene un domicilio general y sólo uno.

II. — DISTINTAS ESPECIES

853. CLASIFICACIÓN. — Lo que hemos venido diciendo se aplica al domicilio *general*, que es el que la ley determina para cualesquiera derechos u obligaciones.

Por oposición al domicilio general, se conoce el domicilio *especial*, que produce efectos limitados a una o varias relaciones jurídicas determinadas.

A su vez estos dos *géneros* de domicilio se subdividen en *especies* diferentes.

El domicilio general se integra con 2 especies, que son: 1) el domicilio legal; 2) el domicilio real. Algunos autores mencionan separadamente el domicilio de origen, pero según entendemos, es un supuesto de domicilio legal.

A su vez el domicilio especial se integra con varias especies de las cuales las principales son: a) el domicilio convencional o de elección; b) el domicilio procesal o constituido; c) el domicilio conyugal; d) el domicilio comercial de la mujer casada; e) el domicilio de las sucursales, etc.

III. — NECESIDAD Y UNIDAD DEL DOMICILIO GENERAL

854. PRINCIPIO DE NECESIDAD. — Es éste, como se dijo, uno de los caracteres del domicilio. Siendo el domicilio un

atributo de la persona, es decir, una calidad de ella, que concurre a caracterizarla e individualizarla como tal —véase *supra*, n^o 389— teóricamente al menos no es concebible la existencia de una persona sin domicilio. Para dar efectividad al principio de necesidad del domicilio, la ley ha cubierto todas las situaciones posibles, a fin de que sea factible, en función de las circunstancias propias de cada persona, determinar su domicilio. Por ejemplo, los transeúntes o personas de trabajo ambulante o los que no tuviesen domicilio conocido por su residencia permanente en él, lo tienen en el lugar de su residencia actual (conf. art. 90, inc. 5^o), es decir, en el lugar de su simple habitación —véase n^o 851—. Consecuentemente siempre es posible determinar cuál es el domicilio de una persona, luego de superar las dificultades de hecho que puedan presentarse para conocer las circunstancias de ella que según la ley son constitutivas de domicilio.

855. PRINCIPIO DE UNIDAD DEL DOMICILIO. — Así como la persona tiene un nombre, una condición de capacidad, un estado de familia, un patrimonico general, no puede sino tener un domicilio general.* Este no es un principio explícitamente consagrado por nuestro Código, pero se infiere de varias disposiciones que dan por admitida la imposibilidad de coexistencia de dos domicilios generales, lo que traería un verdadero caos por la indeterminación de una noción que rige a través de la ley de ese lugar la capacidad de la persona, el régimen de los bienes muebles no permanentes, el cumplimiento de las obligaciones, la competencia judicial, etc. Es de imaginar las confusiones que podrían resultar en todo esto si se admitiera la posibilidad de la existencia de dos o más domicilios generales, con lo cual también podría una persona ser capaz e incapaz al mismo tiempo, tener sujetos unos mismos bienes a regímenes legales diferentes, estar presente en dos o más lugares para el cumplimiento de sus obligaciones con lo que el acreedor tendría que acudir simultáneamente a ellos, y, en fin, ser justiciable ante los jueces de dos o más jurisdicciones territoriales.

* Conf. Cám. 2^a La Plata, Sala III, "L. L.", 132-195.

856. CRÍTICA DEL PRINCIPIO DE UNIDAD.— El carácter único del domicilio si le da una gran fijeza, puede por su misma rigidez ser perjudicial para los terceros. Parece injusto que el tercero que contrata con una persona en el lugar donde ella tiene una casa de comercio o fábrica, tenga que investigar si posee otro asiento más importante para acudir a litigar a la jurisdicción correspondiente al mismo. Y cuando la persona tiene disociada la residencia familiar y el asiento de los negocios, no es lógico que quienes han entablado relaciones comerciales con ella no conociéndola sino en este lugar, tengan que someter las acciones judiciales del caso al juez de una jurisdicción extraña como puede ser el del lugar de su residencia familiar.⁵

Según nuestro punto de vista esta crítica no se justifica. Lo único que demuestra es la conveniencia de ampliar la competencia de los jueces para conferirla optativamente al juez del domicilio o al juez del lugar donde se hubieren constituido las obligaciones, o lo que es lo mismo, la conveniencia de admitir como domicilio especial para el cumplimiento de las obligaciones allí constituidas el lugar donde se tiene establecido un asiento profesional o comercial.

Pero esto es asunto de simple técnica legislativa, que no afecta al principio de unidad del domicilio general, el cual es compatible con la coexistencia de diversos domicilios especiales.

En este sentido el Anteproyecto de 1954 en su art. 45, parte segunda, dice: "Si la persona tuviere varios establecimientos, será considerado domicilio especial el asiento de los mismos respecto de las obligaciones allí contraídas". Una disposición similar contenía el Anteproyecto Biliboni (art. 122, inc. 3º, primera redacción; art. 103, inc. 3º, segunda redacción) y el Proyecto de 1936 (art. 35, segunda parte).

IV.— APLICACIONES DEL PRINCIPIO DEL DOMICILIO: DIVERSOS CASOS

857. IMPORTANCIA DEL DOMICILIO.— Se advierte la importancia que tiene el domicilio por la serie de aplicaciones que se hace de esa noción. En efecto, el domicilio sirve, según los casos: 1) para determinar la ley aplicable; 2) para fijar la competencia de los jueces o autoridades administrativas; 3) para indicar el lugar donde han de efectuarse válidamente las notificaciones a la persona; 4) para preci-

⁵ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 393, p. 312.

sar el lugar del cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor. Consideraremos esos casos separadamente.

858. — 1) En materia de derecho internacional privado, el *domicilio* es una noción fundamental que determina la ley que rige la *capacidad de hecho* de la persona.

Así lo disponen los arts. 6º y 7º del Cód. Civil (ver *supra*, nº 142).

Por lo demás no se duda, de que la capacidad o incapacidad a que el Código se refiere en los preceptos aludidos es la capacidad o incapacidad de hecho de las personas.⁶

También se rigen por la ley del domicilio los atributos inherentes a la persona (ver *supra*, nº 143).

859. — Igualmente se rigen por la *ley del domicilio* de la persona los bienes muebles de ella de situación no permanente. Al respecto dice el art. 11: “. . . los muebles que el propietario lleva siempre consigo, o que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño”.

859 bis. — Asimismo la ley del *domicilio del difunto* rige la sucesión sobre los bienes dejados por la persona fallecida. Así lo expresa el art. 3283: “El derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros”.

860. — 2) La *competencia* de los jueces para entender con respecto a *acciones personales* se determina por el *domicilio del demandado*. Es un principio tradicional acogido en el art. 5, inc. 3º del Cód. Proc. Civ. y Com., ley 22.434, en los siguientes términos: “Cuando se ejerciten acciones personales (será competente) el del lugar en que deba cumplirse la obligación expresa o implícitamente establecida conforme a los elementos aportados en el juicio y, en su defecto, a elección del actor el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación”.

Igualmente el domicilio es factor determinante de la competencia de los jueces o autoridades administrativas en los siguientes casos:

⁶ Salvat R., *op. cit.*, nº 1163, p. 530; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 189, p. 183; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 268, p. 146-147; Segovia L., *op. cit.*, t. I, arts. 6º y 7º, notas 5 y 6, p. 3 y art. 949, nota 5, p. 264; Machado, J. O., *op. cit.*, t. I, pá. 23-27; Llerena B., *op. cit.*, t. I, pá. 39-40; Romero del Prado V. N., *El derecho internacional privado en el Código Civil Argentino y en el Anteproyecto del Dr. Juan A. Biliboni*, Córdoba, 1935, pá. 62-65. Comp. Vico C. M., *Curso de derecho internacional privado*, t. I, ed. 1934, núms. 439-444, pá. 376-385.

1º) Cuando se ejerciten acciones reales sobre bienes muebles, se es competente el juez del lugar donde se hallen o el del domicilio del demandado, a elección del actor si la acción versare sobre bienes muebles e inmuebles conjuntamente, el del lugar donde estuvieran situados estos últimos (conf. art. 5, inc. 2º, Cód. de Procs. citado).

2º) El domicilio del menor determina la competencia del juez para el discernimiento de la *tutela* (conf. art. 400, Cód. Civil).

3º) Los juicios de interdicción por insania o por sordomudez deben promoverse ante el juez del domicilio del posible incapaz (conf. arts. 400 y 475, Cód. Civ.).

4º) Los juicios de ausencia simple o de presunción de fallecimiento deben promoverse ante el juez del domicilio del desaparecido (arts. 16 y 24 de la ley 14.394).

5º) Los juicios informativos por prueba supletoria del estado de las personas, por cambio de nombre o por rectificación de partidas del Registro Civil han de ventilarse ante el juez del domicilio del interesado. A este último respecto el art. 71 del Decreto-ley 8204/63 indica optativamente, también, el juez del registro cuyo asiento ha de rectificarse, e igualmente el art. 16 de la ley de nombre nº 18.248.

6º) Los juicios sucesorios han de tramitar ante el juez del domicilio del difunto (conf. arts. 3284, Cód. Civ.).

7) Los juicios de concurso civil de acreedores y de quiebra, deben promoverse ante el juez del domicilio del deudor (conf. art. 3º, ley de concursos 19.551).

8º) Como principio general, la competencia de las autoridades administrativas, cuando está dividida, se determina por el domicilio del que debe acudir a ellas.⁷ Es el caso de las oficinas del Registro Civil o seccionales de policía existentes en un mismo territorio.

9º) En los asuntos de competencia de la antigua justicia de paz letrada de la Capital Federal ahora denominada Justicia Especial en lo Civil y Comercial, "cuando el domicilio del demandado sea desconocido, la jurisdicción se determinará por el domicilio del actor" (artículo 13, ley 11.924).

861. — 3) Las *notificaciones*, o emplazamientos para estar a derecho, deben ser efectuadas en el domicilio de la persona notificada o emplazada independientemente de que la jurisdicción corresponda a un juez diverso, por la índole del asunto. Así si se demanda por reivindicación de inmueble, es competente para entender en el pleito el juez

⁷ Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 625, p. 351.

del lugar donde el inmueble está situado, pero la demanda debe serle notificada al demandado en su domicilio.

Igualmente se entiende que la notificación para comparecer a absolver posiciones debe notificarse en el domicilio ordinario del citado y no en el domicilio procesal del mismo, especialmente si actúa por intermedio de apoderado.⁸

Por aplicación de la misma idea se ha decidido que no obstante la constitución de un domicilio convencional, en un instrumento privado, la notificación de la demanda respectiva debe hacerse en el domicilio ordinario del demandado.⁹

862. — 4) En cuanto al *cumplimiento de las obligaciones*, si no se ha pactado un lugar determinado, o no se trata de un cuerpo cierto y determinado, debe hacerse efectivo en el lugar del domicilio del deudor (conf. art. 747 "in fine"). Pero si el deudor mudare de domicilio el acreedor podrá exigir el cumplimiento optativamente, en el lugar del último domicilio o donde lo tenía el deudor al tiempo de constituirse la obligación si allí se celebró el contrato (conf. artículos 748 y 1212, Cód. Civ.).

§ 2. Domicilio general. Clasificación.

863. **NOCIÓN.** — El domicilio general u ordinario es el que rige la generalidad de las relaciones jurídicas de una persona. Es el domicilio por antonomasia y al que se alude cuando se lo menciona escuetamente sin calificación alguna.

864. **CLASIFICACIÓN.** — El domicilio general u ordinario, se presenta en el sistema del Código tomado de Freitas¹⁰ bajo dos especies distintas: el domicilio legal y el domicilio real o voluntario.

⁸ Fernández R. L., *Código de Procedimiento comentado*, 2ª ed., p. 213, nota 96, con citas de jurisprudencia en el sentido del texto. Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 394, ap. c), p. 315.

⁹ Cám. Civ. en pleno, "J. A.", 1954-III, p. 273; Cám. Com. en pleno, "L. L.", t. 82, p. 561; Cám. Paz en pleno, "L. L.", t. 83, p. 584; Cám. Fed., "J. A.", 1946-IV, p. 795. Conf. De la Riestra G., *Los domicilios constituidos en instrumentos privados*, "J. A.", 1953-IV, p. 86; Pecach R., *Domicilios especiales constituidos en los contratos y su falta de valor para la notificación de la providencia de emplazamiento de la demanda*, "L. L.", t. 3, p. 848; Dassen J., *Domicilio convencional*, "L. L.", t. 46, p. 911; Podetti R., *Tratado de las ejecuciones*, p. 111. Comp. Spota G. A., *op. cit.*, t. I, vol. 3ª, n° 1280, p. 782; Vázquez A., su nota en "J. A.", 1947-I, sec. doct., p. 12; Acuña Anzorena A., su nota en "J. A.", t. 48, p. 956; Alsina H., *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, t. I, p. 595.

¹⁰ Freitas A. T. de, *Código Civil*, t. I, arts. 175 y ss., ps. 98 y ss.

865. CRÍTICA DE ESTA CLASIFICACIÓN. — Según nuestro criterio esa dualidad no se justifica. El domicilio en cuanto atributo de la persona es una calidad de ésta que la ley le atribuye, y por consiguiente es siempre legal y no deja de serlo cuando la ley lo determina en función de ciertos elementos materiales, como la residencia, librados a la autonomía de la persona. Es siempre la ley la que erige en domicilio, para los efectos del derecho, las circunstancias constitutivas de lo que Freitas y con él Vélez Sársfield denominan domicilio legal o domicilio real y voluntario.

Siguiendo este orden de ideas nosotros eliminamos esa dualidad de conceptos en el Anteproyecto de 1954. El domicilio general u ordinario, porque vale para toda clase de relaciones jurídicas no exceptuadas se determina, en ese Anteproyecto, por el lugar de la residencia habitual (art. 40). Por excepción el domicilio se independiza de la residencia habitual, tratándose de incapaces que tienen el domicilio de sus representantes (art. 42); de la mujer casada que tiene el domicilio de su marido, salvo que esté legalmente separada, o que haya sido autorizada para constituir un domicilio independiente, o que el marido sea interdicto o cambie el suyo para alterar dolosamente la jurisdicción correspondiente a las acciones judiciales de la esposa (art. 43); de los carentes de domicilio conocido que lo tienen en el lugar de su residencia actual (art. 44); y de quienes abandonan su domicilio en el extranjero sin ánimo de regreso, que lo tienen en el domicilio de sus padres el día del nacimiento (art. 44, segunda parte).

§ 3. Domicilio legal. Caracteres. Casos enumerados por el art. 90 del Código Civil. Domicilio de origen. Concepto. Efectos.

I. — DOMICILIO LEGAL. CARACTERES

866. CONCEPTO DE DOMICILIO LEGAL. — Está dado por el art. 90, que dice: *“El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente”*.

Por el concepto transcrito se advierte que la finalidad de la institución de esta clase de domicilio es la seguridad jurídica. Teniendo en cuenta el carácter necesario del domicilio ordinario el codificador ha querido prever ciertos su-

puestos en que el interesado no estaba en condiciones de fijar por sí mismo el domicilio, o señalar en forma absoluta el domicilio de otros, con independencia del hecho de su residencia. Tal el propósito perseguido con la institución de este domicilio.

867. CARACTERES. — El domicilio legal presenta los siguientes caracteres:

1) Es un domicilio forzoso, en cuanto lo impone la ley independientemente de la voluntad del interesado. Sin embargo excepcionalmente no tiene ese carácter el domicilio legal de los militares en actividad, puesto que la ley sólo lo determina si el sujeto no ha manifestado la voluntad de mantener el domicilio real o voluntario precedente;

2) Es un domicilio ficticio o puede serlo. En efecto la ley supone una presencia del interesado en ese lugar, que puede no ser real —“aunque de hecho no esté allí presente”, dice el art. 90—;

3) Es excepcional y de *interpretación restrictiva*, en el sentido de que funciona solamente en las hipótesis previstas por la ley, sin que estas situaciones puedan extenderse por analogía a otros supuestos;

4) Finalmente en cuanto integrante del género de domicilio general u ordinario participa de los caracteres correspondientes a su género. Por tanto es único en el sentido de que la concurrencia de varios hechos constitutivos de domicilio legal hace que sólo uno de esos hechos se tome en cuenta para fijar el domicilio de la persona; por ejemplo: si alguien es dependiente de otro y vive en caso de su principal (art. 90, inc. 8º) y al propio tiempo es incapaz (art. 90, inc. 6º), la primera circunstancia no es apta como constitutiva de domicilio legal, pues, cede ante la segunda, que contempla una situación más estable y general.¹¹

II. — CASOS ENUMERADOS EN EL ART. 90

868. ENUMERACIÓN TAXATIVA. — Los supuestos enumerados en el art. 90 son taxativos, por razón del carácter excepcional que corresponde a esta clase de domicilio. Obsérvese que la imposición de este domicilio comporta una

¹¹ Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 90, nº 11, p. 534. Conf. Beudant, *Cours de Droit Civil Français*, París, 1896, t. I, nº 158; Huc T., *Commentaire du Code Civil*, París, 1892, t. I, nº 375.

restricción a la voluntad individual a la que en los casos considerados se la declara impotente para ser constitutiva de domicilio, por lo que como toda restricción de un derecho ha de ser interpretada estrictamente, sin posibilidad de extender la imposición del domicilio legal a supuestos no contemplados por la ley.

La enunciación de los diversos casos de domicilio legal está efectuada en los diversos incisos del art. 90 que pasamos a considerar.

869. I) FUNCIONARIOS PÚBLICOS. — Dice el art. 90, inc. 1º: “*Los funcionarios públicos, eclesiásticos o seculares, tienen su domicilio en el lugar en que deben llenar sus funciones, no siendo éstas temporarias, periódicas o de simple comisión*”.

Como el precepto aclara son excluyentes de domicilio las funciones públicas por un tiempo determinado¹² o las que importen una simple comisión,¹³ así como las de desempeño periódico, como las de legisladores, concejales, etc.

Hay alguna duda sobre cuáles son los funcionarios públicos a que aquí se alude. Para alguna parte de la doctrina el Código se refiere a toda clase de empleados públicos, cualquiera sea la importancia de su menester.¹⁴ Para otros autores, en cambio, los funcionarios públicos son los que tienen facultad decisoria y concurren con su voluntad a formar la actividad administrativa.¹⁵ Nosotros pensamos que esta es la interpretación adecuada, atendiendo tanto al origen histórico de la institución de esta clase de domicilio, cuanto a la interpretación restrictiva que cuadra hacer del precepto. Por ello consideramos que carecen de domicilio legal los empleados públicos, que están sujetos a las órdenes de sus superiores.

¹² Cám. Civ. 1º, “J. A.”, t. 49, p. 516.

¹³ Por esto se ha considerado que el juicio sucesorio de quien fallece en el ejercicio de una comisión transitoria de una repartición pública, no puede iniciarse en el lugar del fallecimiento: C.S.N., “Fallos”, t. 101, p. 314. Igualmente se ha decidido que no es funcionario temporario, periódico o de simple comisión quien desde hace años está al frente de una oficina regional (C.S.N., “J. A.”, t. 63, n. 361) o dirige una escuela agrícola (Cám. Civ. 2º, “J. A.”, t. 9, p. 287).

¹⁴ Šalvat R., *op. cit.*, nº 904, p. 415; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 90, nº 15, p. 535; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 361, p. 299.

¹⁵ Bielsa R., *Derecho administrativo*, Ba. As., 1947, 4ª ed., t. II, nº 250, p. 79; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol 3º, nº 1250, p. 659; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 631, p. 353. Conf. Cám. 1º La Plata, “J. A.”, t. 19, p. 583.

870.— En cuanto a la *constitución* de este domicilio se produce a partir del momento en que el funcionario toma posesión del cargo respectivo, y no desde la fecha del nombramiento.

871.— En cuanto a los *efectos* son los propios de todo domicilio general u ordinario, y por tanto debe extender su eficacia a todas las relaciones jurídicas, incluso es idóneo para determinar la competencia de los jueces y para practicar las notificaciones que deban hacerse a la persona del funcionario. Con todo, esto que es la verdad legal, no condice con la creencia difundida en el sentido de que el domicilio del funcionario lo es al solo fin del cumplimiento de sus funciones, habiéndose resuelto que las demandas promovidas contra el funcionario deben serle notificadas en el lugar de su residencia.¹⁶ Pero bien se ha observado que no pudiendo coexistir el domicilio legal con el domicilio real o voluntario la constitución del primero importa la extinción del segundo para todos los efectos legales, incluso también para la eficiente recepción de las notificaciones.¹⁷

872.— El domicilio legal de los funcionarios tiende a desaparecer de los códigos, no mencionándolo los códigos alemán e italiano.

En nuestro ambiente fue conservado por el Anteproyecto Bibiloni (art. 122, inc. 1º, primera redacción; art. 103, inc. 1º, segunda redacción) y el Proyecto de 1936 (art. 31, inc. 1º). Pero lo eliminó el Anteproyecto de 1954 por cuanto consideramos que su fijación sólo tenía interés desde un punto de vista administrativo. Esa supresión coincide con la tendencia jurisprudencial ya referida en el sentido de limitar los efectos de tal domicilio.

873. II) MILITARES. — El art. 90, inc. 2º, dice: “*Los militares en servicio activo 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*”.

En esta disposición no están comprendidos los militares retirados pues el texto sólo alude a los que están en servicio activo.¹⁸ Pero sí lo están los que desempeñan funciones auxiliares en el ejército, con carácter permanente, tales como mé-

¹⁶ Cám. Civ. 2º, “J. A.”, t. 42, p. 1084.

¹⁷ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 353, p. 300; Orgaz A., *op. cit.*, t. 241, nota 10. Cám. Paz Letr., Sala III, 16 set. 1964, “Doctrina Judicial” del 2-XI-64. Comp. Salvat R., *op. cit.*, nº 909, p. 418; Cám. Civ. 2º, “J. A.”, t. 18, p. 650.

¹⁸ Cám. Civ. 1º, “J. A.”, t. 42, p. 1084.

dicos, enfermeros, etc., pero no los conscriptos que están incorporados al servicio temporariamente.

En cuanto al arma donde presten servicio no se distingue el ejército de la marina o la aeronáutica, pues todos los individuos que integran esas instituciones son de profesión militar.

Hay dudas acerca del funcionamiento del precepto en tiempo de guerra, entendiéndose en general que cesa el efecto del domicilio legal por la ignorancia acerca del lugar de destino.¹⁹

874. — El domicilio legal de los militares presenta una anomalía que ha sido observada por los autores. Por lo pronto resulta por entero inútil ya que se constituye atendiendo a circunstancias aptas para producir domicilio real, de manera que aun cuando se hubiese omitido este precepto, igualmente el domicilio quedaría fijado en el lugar del destino por ser ese el asiento principal de la persona, a menos de tener la familia establecida en otro lugar. Pero es el caso que en esta hipótesis cesa de funcionar el domicilio previsto en este inciso por concurrir una manifestación contraria del interesado por el mantenimiento en ese otro lugar de un establecimiento permanente (con la familia) o asiento principal de sus negocios allí. Como se ha considerado que tal manifestación resulta tácitamente de la sola existencia de ese establecimiento o asiento²⁰ se comprende la entera inutilidad de la institución de este domicilio con el carácter de legal si puede quedar borrado por la realidad de las circunstancias personales del interesado.

875. — El domicilio legal del militar tiende a desaparecer como el de los funcionarios públicos, y con mayor razón si se atiende a la inocuidad que presenta entre nosotros. Sorprende que haya sido mantenido por el Anteproyecto Bibiloni (art. 122, inc. 2º, primera redacción; art. 103, inc. 2º, segunda redacción) y por el Proyecto de 1936 (art. 31, inc. 2º), tanto más sorprendente en este último, que se limita a decir: "Los militares donde lo prestaren si no tuvieren domi-

¹⁹ Salvat R., *op. cit.*, nº 911, 4º, p. 419; Machado J. O., *op. cit.*, t. I, p. 173; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 90, nº 33, p. 536. Comp. Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3º, nº 1250, p. 654; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 367, p. 301; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 632, p. 354.

²⁰ Conf Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 366, p. 301; Orgaz A., *op. cit.*, ps. 241 y ss.; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3º, nº 655. Comp. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 632, p. 354, quien considera que el militar debe no sólo manifestar su intención de no aceptar el domicilio legal, sino a la vez designar el lugar por el cual opta.

cilio real", hipótesis imposible, pues las mismas circunstancias determinantes de este domicilio —la prestación del servicio en un lugar— son constitutivas de domicilio real conforme a los arts. 30 y 32 de ese proyecto.

En los códigos modernos tales como el alemán e italiano no existe este tipo de domicilio legal y tampoco en el Anteproyecto de 1954.

876. III) PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL. — Dispone el art. 90, inc. 3º: *"El domicilio de las corporaciones, establecimientos y asociaciones autorizadas por las leyes o por el Gobierno es el lugar donde está situada su dirección y administración, si en sus estatutos o en la autorización que se les dio no tuviesen un domicilio señalado"*.

El precepto se refiere a las "corporaciones", a las "fundaciones" y a las "simples asociaciones" —véase *infra*, nº 1217, 1238 y 1251, respectivamente.

En cuanto a las personas jurídicas de existencia necesaria, nacionales o extranjeras, el domicilio está señalado por el art. 44 que dice: *"Las personas jurídicas nacionales o extranjeras tienen su domicilio en el lugar en que se hallaren, o donde funcionen sus direcciones o administraciones principales, no siendo el caso de competencia especial"*.

Por aplicación de este último precepto, el Estado Nacional tiene su domicilio en la Capital Federal (conf. art. 3º, Const. Nac.); los Estados provinciales en la capital de la respectiva provincia; los municipios en la ciudad cabeza de partido; la Iglesia Católica en la sede de cada diócesis o parroquia, de acuerdo a la índole del asunto (véase sobre la personalidad de las diócesis y parroquias *infra*, nº 1103); los Estados y organismos públicos extranjeros en la sede respectiva.

En cuanto a las personas de existencia ideal "privadas" que menciona el inc. 3º del art. 90 su domicilio se determina en primer término por el lugar que constare en los estatutos o autorizaciones. Pero advertimos que los estatutos mencionados deben ser los aprobados por la autoridad que les ha reconocido la personalidad jurídica, no sirviendo como factores constitutivos de domicilio los estatutos aprobados por una simple asociación, sin intervención de la autoridad pública, o los contratos de sociedad formalizados por los socios de una sociedad civil o comercial carente de reconocimiento estatal expreso. En estos supuestos el domicilio de esas entidades se determina por el lugar de la dirección o administración, independientemente de lo que conste en

tales estatutos o contratos, que si tienen valor entre las partes signatarias de los mismos no producen efectos con respecto a terceros.

877. **DOMICILIO DE LAS SUCURSALES: REMISIÓN.** — *En cuanto al domicilio indicado en el inc. 4 del art. 90 no tratándose de un domicilio general u ordinario sino de un domicilio especial, remitimos para su estudio al nº 914.*

878. **IV) DEAMBULANTES.** — El art. 90, inc. 5º, determina: *“Los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tuviesen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual”.*

Este es un supuesto en que la ley computa un elemento por lo general irrelevante, como es la mera habitación o residencia actual —no la residencia permanente—, para fijar en función del mismo el domicilio de la persona. Se trata de una disposición de verdadero interés jurídico porque tiende a ubicar a personas que de otra manera no podrían ser fijadas en algún lugar para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de las obligaciones.

Este tipo de domicilio legal alcanza a los “transeúntes”, a los “trabajadores ambulantes” y a las personas “carentes de domicilio conocido”.

Los “transeúntes” en el lenguaje del Código son los vagabundos que pasan de un lugar a otro sin detenerse en ninguno.

Los “trabajadores ambulantes” son los que por razón de su oficio están precisados a pasar de un lugar a otro, pero a diferencia de los anteriores tienen un oficio conocido aunque no un domicilio conocido: puede ser el caso de los viajeros de comercio.

Los “carentes de domicilio conocido” son los que sin encuadrar en las categorías anteriores, con todo se aproximan a ellos en cuanto son de domicilio desconocido. Pero no sólo desconocido actualmente sino ignorado desde siempre, pues si alguno fuese conocido ese sería el domicilio mientras no se hubiese constituido uno nuevo (conf. art. 98).

879. **V) INCAPACES.** — Según el art. 90, inc. 6º, *“los incapaces tienen el domicilio de sus representantes”.*

Esta norma tiene una base incuestionable, pues se trata de personas impedidas, por la misma ausencia de capacidad,

para constituir válidamente domicilio. Lógico era, entonces, instituirles el domicilio ordinario —sea real o legal, el que fuere— de su representante.

La disposición no se aplica a los menores emancipados que por ser capaces para la generalidad de sus actos, son aptos para constituir domicilio por sí mismos, ni a los penados que igualmente conservan una capacidad genérica y consiguientemente retienen el domicilio precedente como suyo propio mientras no constituyeren uno nuevo.²¹ A este respecto dice el art. 95: “*La residencia involuntaria por destierro, prisión, etc., no altera el domicilio anterior, si se conserva allí la familia, o se tiene el asiento principal de los negocios*”. Cuando el domicilio anterior no subsistiera por desintegración de los elementos constitutivos del mismo, entonces el penado caería en el inc. 5 del art. 90 y tendría a título de domicilio legal “el lugar de su residencia actual” o sea el establecimiento carcelario.

En cuanto al domicilio de los *incapaces* se presentan algunas alternativas de interés, según se trate de hijos legítimos o extramatrimoniales, menores bajo tutela o abandonados, insanos y sordomudos.

880. 1) HIJOS LEGÍTIMOS Y ADOPTIVOS. — Los hijos *legítimos* tienen el domicilio de sus padres, que ejercen conjuntamente la patria potestad.

En caso de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, el hijo tiene el domicilio de aquel de los padres a quien se hubiera otorgado su tenencia (arg. art. 264, inc. 2º, Cód. Civil, texto según la ley 23.264).

El hijo *adoptivo* tiene el domicilio del adoptante (conf. art. 14 “*in fine*” y 20 de la ley 19.134).

881. 2) HIJOS EXTRAMATRIMONIALES. — El hijo extramatrimonial tiene el domicilio del progenitor que lo hubiese reconocido.²³

Mediando reconocimiento por parte de ambos padres, la situación aparece como dudosa, pronunciándose la doctrina en forma dividida,

²¹ Comp. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 378, p. 305, quien entiende que el penado tiene el domicilio del curador.

²³ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 377, p. 305; Salvat R., *op. cit.*, nº 917, p. 421; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol 3º, nº 1254, p. 694; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 90, p. 541; C. S.N., “J. A.”, t. 25, p. 412.

Nosotros pensamos que no estando obligados los padres a vivir juntos la situación debe sujetarse a principios análogos a los que hemos visto cuando los padres legítimos han sido autorizados a vivir separadamente.²⁴

De acuerdo a lo previsto en el art. 264, inc. 4º, del Cód. Civil (texto según la ley 23.264), ahora resulta claro que en el caso de que los padres no vivan juntos, el hijo extramatrimonial tiene el domicilio del progenitor que tenga otorgada la guarda convencional, o judicial, o reconocida mediante información sumaria.

882. 3) MENORES HUÉRFANOS O ABANDONADOS. — Luego de provistos de tutor estos incapaces tienen el domicilio del tutor. Pero antes del discernimiento de tutela y especialmente a los fines de la misma los huérfanos o abandonados por los padres conservan el último domicilio de sus progenitores. Si se ignorase el mismo, el domicilio del menor a esos fines será el del guardador por ser la residencia actual de aquél (conf. art. 90, inc. 5º). Pero si se hubiese tratado de menores de filiación desconocida el discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar donde hubiese sido encontrado el expósito según lo previsto por el art. 403 a ese efecto.²⁵

883. 4) INSANOS Y SORDOMUDOS. — Como en el caso anterior luego del discernimiento de la curatela no cabe duda de que el incapaz tiene el domicilio del curador, aun cuando éste resida en otro lugar.²⁶ Pero si cesara la curatela sin rehabilitación del incapaz, éste conservaría el domicilio de su ex curador mientras no quedara constituido uno nuevo por el nombramiento de otro curador.

884. HIPÓTESIS DE CAMBIOS EN EL DOMICILIO DE LOS REPRESENTANTES. — En todos los supuestos precedentes, pueden ocurrir cambios

²⁴ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 376, p. 305; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3º, nº 1254, ps. 695-696, quien aplica esa solución sólo cuando el reconocimiento paterno es posterior al materno; en derecho francés, Baudry-Lacantinerie y Houques Fourcades, *Personas*, t. II, núms. 989-991; Huc T., *op. cit.*, t. I, nº 388; Demante y Colmet de Senterre, *Cours analytique de Code Civil*, 2ª ed., París, 1881-1889, t. I, nº 132 bis, III. En sentido diferente consideran que el hijo tiene el domicilio del padre: Salvat R., *op. cit.*, nº 917, p. 422; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 90, nº 87, p. 541; y en derecho francés, Aubry y Rau, *op. cit.*, t. I, párr. 143, p. 890, nº 10 (5ª ed.); Duranton M., *Cours de droit français suivant le Code Civil*, 4ª ed., París, 1844, t. I, nº 368; Demolombe C., *op. cit.*, t. I, nº 361; Laurent F., *op. cit.*, t. II, nº 88.

²⁵ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 377, p. 305; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 90, nº 94, p. 541; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3º, nº 1255, p. 697; Salvat R., nº 919, p. 422; Orgaz A., *op. cit.*, p. 243, texto nota 18.

²⁶ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 10, p. 228.

en el domicilio de los representantes de los incapaces y se trata de saber si tales cambios se reflejan en el domicilio de los incapaces.

El principio es que todo cambio del domicilio del representante importa consiguientemente el cambio del domicilio del incapaz.²⁷ Así si los padres cambian su domicilio, los hijos menores siguen las mismas vicisitudes en cuanto a su propio domicilio, pero si aquéllos están divorciados el progenitor que tenga los hijos “no podrá transportarlos fuera del país sin licencia del juez del domicilio” (art. 72, ley 2393). De donde se sigue que para cambiar el domicilio y constituirlo en el extranjero, en esa hipótesis, se requiere autorización judicial y sin ella perdurará el domicilio anterior del menor.

Si se trata de un menor bajo tutela, el cambio del domicilio del tutor sólo altera el domicilio del menor cuando ha sido autorizado por el juez de la tutela (conf. art. 432) a menos que aquel cambio se produzca sin desplazamiento material de la residencia del menor, v.gr., si el tutor inviste una función pública determinante de nuevo domicilio a título de domicilio legal que extingue el domicilio precedente. Aquí el menor cambia de domicilio sin necesidad de la autorización judicial, pero siempre queda sometido en cuanto al contralor pertinente al juez de la tutela (conf. art. 405).

Tratándose de un incapaz sujeto a curatela se aplican análogos principios a los estudiados precedentemente (conf. art. 475, Cód. Civ.). Por ello se ha decidido que si el curador ha trasladado su domicilio —traslación material— fuera de la jurisdicción del tribunal que le discernió la curatela, el demente conserva el domicilio anterior.²⁸

885. VI) MUJER CASADA. — El art. 90, inc. 9º, establece: *“La mujer casada tiene el domicilio de su marido, aun cuando se halle en otro lugar con licencia suya. La que se halle separada de su marido por autoridad competente, conserva el domicilio de éste si no se ha creado otro. La viuda conserva el que tuvo su marido, mientras no se establezca en otra parte”*.

No obstante considerar el codificador incapaz a la mujer casada, le ha dedicado al domicilio de ella un precepto

²⁷ Conf. Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 90, nº 111, p. 542.

²⁸ C.S.N., “J. A.”, t. 10, p. 678. Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 244, nº 10: Borda G. A., *op. cit.* t. I, nº 378, p. 305. Comp. Salvat R., *op. cit.*, nº 921, p. 422. quien entiende implícitamente que el cambio de domicilio del tutor o curador, no autorizado por el juez, cambia el domicilio del incapaz, si bien se mantiene la competencia del juez de la tutela o curatela.

especial, diferenciado del de los demás incapaces. En lo que ha hecho bien, no sólo por los matices que presenta y que en seguida veremos, sino porque el fundamento del domicilio atribuido a la mujer casada no se vincula a la incapacidad de ésta, de manera que aun eliminándose su incapacidad, aún subsiste la necesidad de unificar el domicilio de los esposos. Es lo que ocurre en los proyectos de reforma del Código Civil, en los que, pese a considerarse capaz a la mujer casada, con todo, se establece que "la mujer casada tiene el domicilio de su marido salvo que esté legalmente separada o que haya sido autorizada para constituir un domicilio independiente o que el marido sea interdicto o cambie el suyo propio para alterar dolosamente la jurisdicción correspondiente a las acciones judiciales de la esposa".²⁹

El fundamento de la disposición del art. 90, inc. 9º radica en la unión matrimonial. Pues si el marido "está obligado a vivir en una misma casa con su mujer" (conf. art. 51, ley de matrimonio civil) y "la mujer está obligada a habitar con su marido dondequiera que éste fije su residencia" art. 53 de la misma ley), se sigue que la fijación del domicilio matrimonial es una función indivisible que compete al marido, como cabeza del grupo familiar al que da su apellido —a la mujer y a los hijos— y al que da también un domicilio común a todos los integrantes de la familia. Bien se ha dicho, pues, que la fijación del domicilio común, y que por serlo también es de la mujer casada, emana de la unidad de gobierno de la familia, y no de la incapacidad de la mujer.³⁰

Este domicilio comienza a surtir sus efectos desde el mismo momento del casamiento aunque de hecho la mujer no se haya trasladado todavía a la casa del marido,³¹ y no cesa por el alejamiento material de la mujer por razones de trabajo u otras que cuenten con el beneplácito del marido.

Finalmente, se ha reconocido que la atribución del marido de fijar el domicilio de la familia, no debe ser ejercida abusivamente,³²

²⁹ Anteproyecto de 1954, art. 43.

También se refieren al domicilio de la mujer casada el Anteproyecto Biliboni (art. 122, 1ª redacción y art. 103, 2ª redacción) y el Proyecto de 1936 (art. 31, inc. 3º).

³⁰ Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 637, p. 538.

³¹ Cám. Civ. 1ª, "L. L.", t. 4, p. 481.

³² C.S.N., "Fallos", t. 151, p. 344 y "J. A.", t. 27, p. 900; *id.*, "Fallos", t. 155, p. 70, y "J. A.", t. 30, p. 287; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 44, p. 580.

quedando en el caso autorizada la mujer para adoptar un domicilio independiente o conservar el último domicilio conyugar.⁸⁸

885 bis. LEY 17.711: DOMICILIO DE LA MUJER CASADA. — No se alteran por la ley 17.711 las disposiciones y principios que estudiamos en el número anterior, porque la unidad de domicilio establecida entre los esposos no es un resultado de la incapacidad de la mujer sino de la unión matrimonial.

885 ter. — La ley 23.515 (art. 9º) derogó el inc. 9º del art. 90, Cód. Civ., como consecuencia de que ahora ya no es de competencia exclusiva del marido fijar el domicilio matrimonial, sino que es establecido “de común acuerdo” por los esposos (art. 200, Cód. Civ., según ley 23.515).

886. — Los principios expuestos se aplican durante la normalidad de la vida matrimonial, pero pueden resultar modificados como consecuencia de las vicisitudes por las que pueda atravesar el matrimonio. Examinaremos las soluciones que proceden cuando tiene lugar: 1) el divorcio, 2) la separación provisional autorizada judicialmente, 3) la separación de hecho, 4) la disolución del matrimonio, 5) la incapacidad del marido, y 6) cuando se reúnen en la mujer circunstancias determinantes de otro tipo de domicilio legal, especialmente por la función pública.

887. 1) DIVORCIO. — Según el inciso que estudiamos “*la mujer separada de su marido por autoridad competente, conserva el domicilio de éste si no se ha creado otro*”, disposición que concuerda con el art. 72 de la ley de matrimonio civil que dice: “*Separados por sentencia de divorcio, cada uno de los cónyuges puede fijar su domicilio o residencia donde crea conveniente, aunque sea en el extranjero...*”

⁸⁸ Llegamos a esta conclusión porque si no es posible reconocer como domicilio de la mujer el constituido maliciosamente por el marido, que con todo es su domicilio actual, ha de reconocerse el domicilio independiente de la esposa, sea que conserve el último domicilio común como personal suyo, sea que por las vicisitudes de la vida haya tenido que constituir un nuevo domicilio por su sola cuenta.

En consecuencia a partir del divorcio decretado judicialmente, la mujer adquiere el derecho de fijar un domicilio con independencia de su marido. Si conserva este último ya no es a título de domicilio legal, sino de domicilio real o voluntario cuando concurren los extremos de este último. La hipótesis no suscita dificultad alguna.

Luego de la reforma introducida por la ley 23.515, decretada la separación personal o el divorcio vincular, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia (arts. 206 y 217, Cód. Civ.).

888. 2) SEPARACIÓN JUDICIAL PROVISIONAL. — Según el nuevo art. 68 de la ley de matrimonio civil *“deducida la acción de divorcio, o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal, determinar a quien corresponde la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este código y fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien le correspondiere recibirlos y a los hijos. . .”*

Esta hipótesis queda comprendida en la excepción anterior. Cuando en los prolegómenos de un juicio de divorcio, o en sus comienzos, la convivencia de los esposos resulta intolerable, la ley prevé que el juez pueda provisionalmente hacer cesar esa fuente de discordias y disponer el retiro de alguno de los cónyuges del domicilio conyugal. Desde entonces cesa el domicilio legal de la mujer, pasando a ser el domicilio de ella el lugar donde haya quedado constituido, pues ya la mujer tiene derecho para constituirse un nuevo domicilio por sí sola.⁸⁴

En situación análoga los tribunales han decidido que el marido no tiene prioridad para retener el domicilio conyugal, pudiendo ser obligado a abandonarlo mientras la mujer continúa en el disfrute del mismo durante el juicio de divorcio.⁸⁵ En tal caso la mujer perdura en el domicilio anterior, pero no a título de domicilio legal, pues el marido puede haber constituido un nuevo domicilio que ya no proyecta su influencia sobre la mujer mientras dure la incertidumbre de la situación pendiente el pleito. Esta jurisprudencia es la que ha recogido el nuevo art. 68 de la ley 2393, que hemos transcripto.

Ahora, según el art. 231, Cód. Civ. (ley 23.515) *“deducida la acción de separación personal o de divorcio vincular, o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal, o ser reintegrado a él . . .”*

⁸⁴ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 639, p. 359.

⁸⁵ Cám. Civ. 2ª, “L. L.”, t. 58, p. 297, y “J. A.”, 1950-II, p. 454; *id.*, “L. L.”, t. 50, p. 305; Sup. Trib. Santiago del Estero, “J. A.”, 1947-I, p. 114; Cám. Civ., Sala “B”, “L. L.”, t. 81, p. 642, y los siguientes fallos inéditos: Cám. Civil, Sala “A”, 16-IX-51, causa 2675; *id.*, Sala “B”, 26-III-52, causa 3897; *id.*, Sala “C”, 15-VI-51, causa 1029; Cám. Civ., Sala “D”, 7-IV-53, causa 11.886.

889. 3) **SEPARACIÓN DE HECHO.** — Es la que consuman los esposos por culpa de uno o de ambos, sin divorcio ni autorización judicial.

En el sistema de Vélez la separación de hecho no alteraba el domicilio legal de la mujer casada,³⁶ pues tal circunstancia no encuadraba manifiestamente en la excepción legal.

Sin embargo, cuando la separación se producía por culpa del esposo o de ambos consortes consideramos que debía reconocerse a la mujer la facultad de constituir un domicilio independiente de su marido, pues de lo contrario quedaría a merced de éste, quien podría ocultarle notificaciones recibidas para ella y causarle serios perjuicios.³⁷ Pero tal conclusión no era aceptable, según nuestro criterio, cuando la separación había sido provocada por culpa exclusiva de la mujer, pues entonces ésta no podía alegar su propia torpeza para fundar en ella el derecho a constituir un domicilio separado del de su marido.

Como estas situaciones, en los supuestos que daban lugar a un nuevo domicilio de la mujer, importaban la derogación del principio establecido en el inc. 9º del art. 90, la prueba de las circunstancias originarias de ese domicilio —separación de hecho y culpabilidad del marido— incumbía a quien sostiene la existencia del nuevo domicilio independiente del marital.

Por último es de observar que aun cuando la separación de hecho no hubiese dado lugar a la constitución del domicilio independiente de la mujer —por ser la separación imputable exclusivamente a ella— aún entonces las acciones judiciales que el marido intentara contra la mujer (divorcio, etc.) debían serle notificadas a ésta en el lugar de su residencia efectiva, porque de lo contrario podría producirse la indefensión de la demandada, eventualidad que ha de eludirse en toda forma para salvar la constitucionalidad del proceso que de otro modo podría ser tachado por transgresión de la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos (conf. art. 18, C. Nac.).

Luego de la sanción de la ley 17.711 ya no hay distinción alguna que hacer: siempre la mujer, siendo persona capaz, puede constituir domicilio distinto del de su marido.

890. 4) **MUERTE DEL MARIDO.** — La muerte del marido disuelve

³⁶ Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 638, p. 359; Orgaz A., *op. cit.*, p. 246; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 90, nº 123, p. 544; Salvat R., *op. cit.*, núms. 930-931, p. 427.

³⁷ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 380, p. 206. Conf. Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3º, nº 1261, p. 722. Estos autores no hacen la distinción que formulamos en el texto y consideran que en todo caso de separación y aunque fuere la mujer única culpable, ésta adquiere el derecho de fijar un domicilio independiente del de su marido. Es la solución que ha venido a establecer la ley 17.711 con la eliminación de la incapacidad de la mujer casada.

el matrimonio y autoriza a la viuda para constituir su propio domicilio, como lo prevé casi innecesariamente el precepto que estudiamos. Cuando la viuda permanece en el domicilio anterior, éste cambia de carácter y de legal pasa a ser un simple domicilio real o voluntario.

La misma consecuencia provoca la declaración judicial del fallecimiento presunto del marido, que hasta autoriza a la mujer a contraer nuevas nupcias que son definitivas porque no se anulan por la reaparición del ausente (véase *infra*, n.º 993). Con mayor razón, pues, puede la mujer constituir un domicilio independiente.³⁸

890 bis. 5) NULIDAD DEL MATRIMONIO. — El pronunciamiento judicial de la nulidad del matrimonio extingue el domicilio legal que hasta ese momento ha tenido la mujer y que el resultado del juicio ha mostrado como un domicilio legal “de hecho” porque la mujer no tenía derecho a establecerlo, ni obligación de tenerlo. A este respecto ninguna distinción hay que formular entre el matrimonio inválido celebrado de buena o mala fe.

891. 6) INCAPACIDAD DEL MARIDO. — Aun cuando el supuesto no está previsto por la ley hay acuerdo doctrinario en el sentido de que la mujer casada tiene facultad para constituir domicilio independiente del que corresponda al marido. De ordinario la mujer será declarada curadora del marido incapacitado por insano o sordomudo —supuesto este último puramente teórico por la imposibilidad práctica que obsta al matrimonio de alguien inepto para declarar su voluntad verbalmente o por escrito ante el jefe del Registro Civil— con arreglo al art. 476 “in fine” del Código Civil, y en tal caso no es la mujer casada la que tiene el domicilio del marido sino éste e^l de aquélla, aun cuando en ambas hipótesis el domicilio coincide en e^l mismo lugar. Pero si la curatela es desempeñada por un extraño, no cabe dudar de la facultad de la mujer para constituir un domicilio independiente, pues sería enteramente injustificado que ella pudiera estar sujeta al domicilio del extraño. Como se ha observado, cuando la ley asigna a la mujer casada el domicilio del marido toma en cuenta claras razones de unidad familiar que no concurren en la hipótesis considerada de que la curatela del marido sea ejercida por un extraño.³⁹

892. 7) MUJER CASADA COMPRENDIDA EN OTRO SUPUESTO DE DOMICILIO LEGAL. — Cuando la mujer casada está comprendida en otro supuesto constitutivo de domicilio legal se trata de saber si el domi-

³⁸ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, ps. 246-247, quien ya sustentaba esa opinión con anterioridad a la sanción del art. 31 de la ley 14.394.

³⁹ Orgaz A., *op. cit.*, p. 247, *in fine*; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n.º 383, p. 307; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 90, n.º 105, p. 542; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n.º 641, p. 360; Spots A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3.º, n.º 1258, p. 704.

cilio resultante se acumula a la hipótesis originaria y en tal situación la mujer viene a tener dos domicilios, el del marido y el otro que le corresponde por su función pública, estado militar, etc., o si sólo perdura en calidad de domicilio único el del marido o el otro. Tal el problema que ha de considerarse y que no ha recibido soluciones uniformes por parte de la doctrina.

a) Borda piensa que en esa situación la mujer casada tiene dos domicilios o más, pues además de ser funcionario público que es el caso generalmente considerado, la mujer casada puede haber sido incorporada al ejército de un modo permanente como médica o enfermera, sin perjuicio del desempeño de otras funciones públicas como las docentes en universidades o colegios estatales. Este autor considera que si la ley ha establecido con claridad dos domicilios, no puede por vía de interpretación suprimirse uno, para lo que, dice, no hay interés, pues los terceros elegirán el que más les convenga para iniciar sus demandas.⁴⁰

b) Spota, diversamente, considera que en el caso prevalece el domicilio causado por la función pública y queda anulado el domicilio del marido, conclusión a la que llega por el "fundamento singular del precepto citado —el inc. 1º del art. 90— inspirado en principios de derecho público de inexcusable cumplimiento dentro del sistema legal en vigor".⁴¹

c) Por nuestra parte disentimos de ambas opiniones expresadas. Por lo pronto entendemos que no es posible admitir una acumulación de domicilios ordinarios, para este supuesto, cuando se advierte la preocupación del codificador de evitar que alguien pueda tener dos domicilios diferentes, simultáneamente, a tal punto que ha previsto la hipótesis de la mujer obrera o doméstica que habita fuera de la casa de su marido y ha aclarado que en tal caso prevalece como domicilio el del marido.

Todo el sistema del Código finca en la unidad del domicilio general, lo que se explica por la confusión que crearía una multiplicidad de domicilios de esa clase. No en cuanto a la competencia judicial, porque fácil sería admitir con ventaja de los terceros la concurrente competencia de los jueces de todos esos domicilios, sino en cuanto a los otros efectos del domicilio general: piénsese en la perplejidad para saber por qué domicilio se regiría la capacidad de hecho de la persona, o sus bienes no permanentes, o el derecho de sucesión; o en qué domicilio deben practicarse las notificaciones; o finalmente adónde debe ocurrir el acreedor para el cumplimiento de la obligación (conf. ar-

⁴⁰ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 384, p. 308.

⁴¹ Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3º, nº 1263, ps. 731-732.

título 747). Notoriamente, esos supuestos exigen un concepto unitario del domicilio general que no se concilia con aquel desdoblamiento, que creemos extraño a la teoría legal.

Pero por otra parte no estamos de acuerdo en que en el eventual conflicto de posibles domicilios legales, el de la mujer casada como tal deba ceder ante el que causa la función pública, ni pensamos que en este último concurren principios de derecho público que exijan su imposición. No hay tal: desde luego la administración puede estar interesada en "ubicar" al funcionario en el lugar de prestación de los servicios, pero ello sólo por razones y en vista de fines de orden administrativo, y de ningún modo por consideraciones que exijan extender la influencia de esa "ubicación" a todas las relaciones jurídicas de derecho privado. Como bien ha hecho notar Borda, el domicilio de los funcionarios públicos tiende a desaparecer de la legislación contemporánea, por lo que no parece adecuado en tal conflicto hacerlo prevalecer frente al domicilio del marido que es el impuesto por la unidad de la familia.⁴²

Estos eventuales conflictos ya no pueden presentarse al haber sido derogado el inc. 9º del art. 90 del Cód. Civ. (art. 9º, ley 23.515).

893. VII) PERSONAS QUE TRABAJAN EN CASA DE OTROS. — El art. 90, inc. 8º, prescribe: "*Los mayores de edad que sirven o trabajan o que están agregados en casa de otros, tienen el domicilio de la persona a quien sirven, o para quien trabajan, siempre que residan en la misma casa o en habitaciones accesorias, con excepción de la mujer casada que como obrera o doméstica habita otra casa que la de su marido*".

Esta disposición carece de toda justificación, pues si no existiera todas las personas mencionadas tendrían el mismo domicilio que aquí se indica, naturalmente que no en carácter de domicilio legal, sino de domicilio real o voluntario, por ser el lugar del trabajo el asiento de la residencia permanente de la persona.

El precepto aparece mantenido por el Anteproyecto Bibiloni (art. 122, inc. 7º, primera redacción; art. 103, inc. 7º, segunda redacción) y por el Proyecto de 1936 (art. 31, inc. 6º), pero fue suprimido por el Anteproyecto de 1954.

Cuando el principal no tiene su domicilio en el lugar de la resi-

⁴² Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 384, p. 308. Conf. con nuestra opinión, Orgaz A., *op. cit.*, p. 256, nota 43.

dencia de los dependientes, hay acuerdo general en que cesa este domicilio legal, es decir que el domicilio de los dependientes no está en el domicilio "de la persona a quien sirven o para quien trabajan", sino en el lugar de la residencia de ellos.⁴³ Esto demuestra la inocuidad del precepto, pues en esta hipótesis el domicilio no podría serlo a título de domicilio legal, sino de domicilio real o voluntario. ¿Y entonces para qué instituir un domicilio legal que funciona en tanto en cuanto se tenga la residencia en un lugar, si esta misma residencia es normalmente atributiva de domicilio real?

894. VIII) DOMICILIO DE ORIGEN. — Otra hipótesis de domicilio legal, aunque no enunciada en el art. 90, es la del domicilio de origen, que define el art. 89, parte segunda, como "*el lugar del domicilio del padre, en el día del nacimiento de los hijos*".

Es el primer domicilio de la persona, pues como incapaz que es, el recién nacido tiene el domicilio de su padre en ese momento, y queda estereotipado en tal carácter —como domicilio de origen— para el futuro. Parece innecesario aclarar que tal domicilio no se identifica con el lugar del nacimiento, el cual puede coincidir o no con el domicilio paterno en ese momento; v.gr., si la criatura nace en una maternidad, su domicilio de origen, no está en la maternidad sino en el lugar del domicilio ordinario del padre en ese momento.

Los hijos de filiación desconocida carecen de domicilio de origen, por imposición de la ignorancia referente a sus padres. Freitas preveía que quienes se encontrasen en tal situación tendrían como domicilio de origen el lugar del nacimiento o del hospicio que los hubiese recogido.⁴⁴

895. — En cuanto a su *naturaleza*, el domicilio de origen es una especie de domicilio legal, porque es instituido e impuesto por la ley con entera independencia de la voluntad de la persona a quien afecta.⁴⁵

⁴³ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 387, p. 309; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 636, p. 357, *in fine*; Salvat R., *op. cit.*, n° 926, p. 425; Orgaz A., *op. cit.*, p. 245, n° 11, texto n° 23; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3º, n° 1265, p. 740, ap. e), texto n° 687.

⁴⁴ Freitas A. T. de, *Código Civil (Esbozo)*, art. 183, t. I, p. 103.

⁴⁵ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n 388, p. 310; Busso E., *op. cit.*, t. I, 89, n° 52, p. 531.

896. EFECTOS DEL DOMICILIO DE ORIGEN. — Las aplicaciones del domicilio de origen son muy reducidas.

a) Fija el domicilio de la persona cuando ésta se ausenta de su domicilio en el extranjero sin ánimo de regreso: durante el viaje queda sujeta al domicilio de origen. Así lo expresa el art. 96, que dice: *“En el momento en que el domicilio en país extranjero es abandonado, sin ánimo de volver a él, la persona tiene el domicilio de su nacimiento”*. Parece innecesario aclarar que es el domicilio que tenía la persona en el día del nacimiento, o sea el domicilio de sus padres puesto que el recién nacido no tiene domicilio propio.⁴⁶

Es de observar que el domicilio abandonado ha de haber estado en el extranjero, para que funcione esta disposición. Si se trata de un domicilio abandonado, en el país, perdura su eficacia hasta la constitución de un nuevo domicilio en el país o en el extranjero (conf. art. 98), independientemente de la intención de regresar o no. Por tanto en la última hipótesis, durante el viaje, la persona se rige por el último domicilio ordinario —sea real o legal— y no por el domicilio de origen.

b) Determina la ley aplicable a la legitimación de los hijos extramatrimoniales. Quienes ostentaren esa filiación y tuvieren su domicilio de origen en nuestro país sólo pueden ser legitimados según los modos establecidos por nuestro Código (conf. art. 312); quienes, en cambio, tuvieren su domicilio de origen en país extranjero, son legítimos por los modos admitidos en las leyes de ese país (conf. art. 313).

897. CADUCIDAD DEL DOMICILIO LEGAL. — Así como el domicilio legal se constituye de pleno derecho por la sola gravitación de las circunstancias personales determinantes de esa clase de domicilio —función pública, profesión militar, etcétera—, del mismo modo se produce la caducidad del domicilio legal por la cesación del hecho que lo hubiere motivado.

En este sentido el art. 91 dice: *“La duración del domicilio de derecho depende de la existencia del hecho que lo motiva. Cesando éste, el domicilio se determina por la residencia con intención de permanecer en el lugar en que se habite”*.

⁴⁶ Comp. Orgaz A., *op. cit.*, p. 2522, nota 37, quien en opinión aislada sostiene que el art. 96 no coincide con el domicilio de origen.

La disposición contiene una afirmación final excesiva. Porque podría ser que aun cesando el hecho determinante del domicilio legal, con todo el domicilio de la persona no se determinase por la residencia: la divorciada dejaría por efecto del divorcio de tener a título de domicilio legal el ordinario del marido, pero si residiera en calidad de doméstica u obrera en casa de su principal, pasaría a tener el domicilio de éste; igualmente si desempeñase una función pública, perdería el domicilio del marido pero automáticamente adquiriría el domicilio legal proveniente de dicha función.

Por ello habría sido mejor eliminar esa segunda parte del art. 91, dejando que luego de cesada la causa determinante de domicilio legal, se fijara el domicilio de la persona conforme a los principios generales.

Toda esta disposición ha desaparecido de los proyectos de reforma.

§ 4. Domicilio real. Concepto. Caracteres. Elementos. Régimen legal.

I. — CONCEPTO Y CARACTERES DEL DOMICILIO REAL

898. CONCEPTO. — Está dado por el art. 89, que dice: *“El domicilio real de las personas es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios”*. Pero es de notar que el concepto legal no alude al elemento intencional del domicilio que es un ingrediente indispensable de esta clase de domicilio, de manera que podría complementarse aquella definición diciendo que *el domicilio real es el lugar de la residencia permanente de la persona con la intención de establecer allí el asiento de su actividad*.

899. CARACTERES. — Esta especie de domicilio además de tener los caracteres propios del género a que pertenece —domicilio general u ordinario— presenta los siguientes caracteres específicos:

a) Es un domicilio “real”, en cuanto tiene como base la efectiva residencia de la persona en un cierto lugar, por oposición al domicilio

legal que puede ser ficticio si se atiende a la presencia de la persona en el mismo;

b) Es un domicilio "voluntario" en cuanto su constitución, mantenimiento y extinción dependen de la voluntad de la persona a quien afecta, por oposición al domicilio legal que es independiente de esa voluntad e impuesto por la sola determinación de la ley;

c) Es un domicilio de "libre elección", en cuanto la ley asegura y garantiza la libertad del interesado para elegir su domicilio y trasladarlo al lugar de su conveniencia o sus posibilidades. En este sentido dice el art. 97: *"El domicilio puede cambiarse de un lugar a otro. Esta facultad no puede ser coartada ni por contrato, ni por disposición de última voluntad..."*

Concordantemente está prohibido incluir en un contrato, bajo la forma de cláusula del mismo o condición "habitar siempre en lugar determinado o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero" (art. 531, inc. 1º). Son consecuencias de la garantía constitucional de "entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino" que consagra el art. 14 de la Constitución Nacional.

De cualquier modo esta característica no es absoluta y puede resultar morigerada por leyes que establecen como condiciones para el ejercicio de algunas funciones públicas tener domicilio en lugares determinados: aquí no hay imposición para nadie de fijar el domicilio en el lugar, sino de no desempeñar la función pública cuando no se está en las condiciones de domicilio que la ley prevé, es decir la exigencia se refiere no al domicilio sino a la función pública, lo que es enteramente legítimo.

En el orden del derecho privado, también se ha decidido que es válida la cláusula de un contrato de compraventa y colonización de tierras por la cual el comprador debía radicarse en el lugar en que desempeñaría sus funciones si era condición de la venta que el adquirente trabajara la fracción comprada, personalmente.⁴⁷

En suma lo que impiden los arts. 97 y 531, inc. 1º, es todo avasallamiento de la libertad personal, por el cual ella pueda quedar frustrada, pero no las razonables limitaciones que puedan surgir indirectamente del ejercicio de otros derechos.

⁴⁷ Sup. Trib. Santa Fe, *Repertorio de Santa Fe*, t. 13, p. 199.

II. — ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DOMICILIO REAL

900. — El domicilio real surge de la integración de dos elementos diferentes, uno es un elemento material u objetivo también denominado “corpus”; y el otro un elemento intencional o subjetivo, llamado también “animus”.

901. EL “CORPUS” DEL DOMICILIO REAL. — Está constituido por la residencia efectiva de la persona en un lugar:

En ocasiones la residencia de la persona por razón de sus ocupaciones, hábitos viajeros, etc., aparece dividida en varios lugares, y entonces para determinar cuál es la residencia que causa domicilio hay que atender al asiento principal de la residencia de la persona, tal como está contemplado en la definición que del domicilio real o voluntario suministra el art. 89.

Todavía si aparecen disociadas la residencia de la persona con su familia y la residencia con fines profesionales, la ley atiende a la primera como atributiva de domicilio. Lo expresa así el art. 93: “En el caso de habitación alternativa en diferentes lugares el domicilio es el lugar donde se tenga la familia, o el principal establecimiento”. Y el art. 94 aclara: “Si una persona tiene establecida su familia en un lugar y sus negocios en otro, el primero es el lugar de su domicilio”, criterio que se fundamenta en que el verdadero centro de los intereses y afectos de la persona reside en el lugar donde viva con su familia.

El criterio adoptado por el Código Civil es reiterado por el Tratado de Derecho Internacional Privado de Montevideo, del año 1940, firmado por nuestro país y ratificado por un decreto-ley del Gobierno surgido de la Revolución del año 1955, que lleva el n.º 7771/56, para el cual los elementos materiales atributivos de domicilio son, por su orden, los siguientes: 1º) la residencia habitual; 2º) el asiento de la familia; 3º) la sede de los negocios; 4º) la simple residencia (art. 5º de dicho Tratado).

En la legislación comparada, en cambio, tiende a prevalecer la sede de los negocios e intereses sobre la sede de la familia (Código italiano, art. 43).

En la reforma del Código Civil, se han mantenido los criterios del Código Civil a este respecto: Anteproyecto Bibiloni, art. 125, primera redacción; art. 106, segunda redacción; Proyecto de 1936, art. 23; Anteproyecto de 1954, art. 40.

902. EL "ANIMUS" DEL DOMICILIO REAL. — Consiste en la intención de permanecer en el lugar y de constituir allí el centro de los afectos e intereses, aunque tal designio no sea para siempre, bastando que sea por tiempo indefinido.

Este segundo elemento del domicilio real no está expresamente consignada en el Código Civil, y hasta ha sido cuestionado,⁴⁸ pero nos parece resulta implícitamente de varias disposiciones: 1º) el art. 92 dice: *"Para que la habitación cause domicilio, la residencia debe ser habitual y no accidental, aunque no se tenga intención de fijarse allí para siempre"*. De aquí se infiere que para que la residencia sea atributiva de domicilio ha de estar presidida por aquel ánimo del interesado, pues de lo contrario no se sabría que cierta residencia constituye domicilio hasta que por el transcurso de un cierto lapso se hubiera podido descubrir a través de los elementos objetivos presentados que tal residencia es permanente y no accidental. Pero no es así y desde el mismo día en que alguien traslada a un lugar la residencia suya y de su familia, constituye allí su domicilio si tiene tal intención, sin necesidad de esperar el transcurso de plazo alguno que ratifique la permanencia de la residencia; 2º) el art. 97, segunda parte dice: *"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"*, lo que ratifica las especulaciones anteriores y muestra que a identidad de apariencias constitutivas de domicilio, podrá o no darse tal consecuencia según la efectiva intención que haya tenido la persona: así cuando dos provincianos se instalen con sus familias en un hotel residencial de la Capital Federal, el hecho será o no constitutivo de domicilio según la efectiva intención de hacer de la habitación la residencia permanente de la persona; 3º) el art. 99 dice: *"El domicilio se conserva por la sola intención de no cambiarlo o de no adoptar otro"*, lo que demuestra también cómo la intención es elemento integrante del domicilio real pues de otra manera no se explicaría que cesando el elemento material con

⁴⁸ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 355, p. 295.

todo resulte conservado el domicilio, v.gr., supuestos de viajes, etc.; 49) el art. 95 al aclarar que la residencia involuntaria no es atributiva de domicilio reitera implícitamente la exigencia de la intencionalidad para que el "corpus" sea determinante de domicilio.

Pero la exigencia del "animus" como ingrediente del domicilio real o voluntario no puede llevar al exceso de que alguien pretenda probar contra lo que resulta de su actividad que no tenía la intención de trasladar su domicilio a un cierto lugar o que no la tenía de permanecer en él. La intención se conoce en derecho por las manifestaciones de la voluntad que deben ser apreciadas a través del prisma supremo de la buena fe. Y de la misma manera que la "reserva mental" es irrelevante para torcer una manifestación de voluntad concreta en un acto jurídico (véase *infra*, nº 1403) también lo es con respecto al domicilio.⁴⁹

III. — RÉGIMEN DEL FUNCIONAMIENTO DEL DOMICILIO REAL

903. — Para apreciar el funcionamiento del domicilio real o voluntario, consideraremos cómo se constituye, cómo se mantiene y cómo se extingue.

904. — 1) En cuanto a su *constitución* el domicilio real o voluntario requiere la concurrencia de sus dos elementos constitutivos. No basta la sola presencia de uno de ellos si no concurre el otro también: de ahí que no importe constitución de domicilio la radicación temporaria en un lugar, pues falta la intención de convertirlo en sede permanente de la persona;⁵⁰ de ahí también que por la sola intención del interesado no pueda éste constituir su domicilio ordinario en otro lugar distinto del de su residencia.^{50 bis}

⁴⁹ Concordantemente se ha sostenido que el propósito de cambiar de domicilio debe ser sincero; por ello, no tiene tal efecto cuando sólo se busca burlar la ley (C.S.N., "L. L.", t. 3; *id.*, "J. A.", t. 42, p. 378).

⁵⁰ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 38, p. 104; Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 52, p. 131. Por ausencia de tal intención se ha decidido que no causa domicilio el traslado de la residencia por razones de enfermedad (C.S.N., "J. A.", t. 58, p. 732; *id.*, *id.*, t. 22, p. 641; Cám. Civ. 1ª, "L. L.", t. 4, p. 490; *id.*, "J. A.", t. 35, p. 610), a menos que el traslado haya sido hecho con la intención de permanecer en el nuevo lugar indefinidamente, a lo que no obsta el fallecimiento ocurrido a los cuatro días de radicada la persona en el nuevo domicilio (C.S.N., "L. L.", t. 72, p. 362).

^{50 bis} Si aparece como dudoso el domicilio real de una persona, se entiende que existe en el lugar de la residencia actual, donde se ha producido su fallecimiento: C.S.N., "L. L.", t. 102, p. 342; *id.*, "Fallos", t. 133, p. 240, y t. 172, p. 458.

905. — 2) En cuanto al *mantenimiento* del domicilio real o voluntario preexistente, subsiste mientras uno de los elementos examinados permanezca en ese lugar, se trate del "corpus" o del "animus". Se conserva el domicilio "solo animo" cuando no obstante el traslado material de la residencia a otro lugar falta la intención de abandonar el domicilio primitivo, o sea si el interesado mantiene allí la sede de sus intereses. Es lo que previene el art. 99, según el cual "el domicilio se conserva por la sola intención de no cambiarlo, o de no adoptar otro" lo que también se denomina "animus manendi" o intención de permanecer en un lugar no obstante ausencias transitorias.

Igualmente se conserva el domicilio real por la sola presencia del "corpus", como ocurre en los casos en que la persona ha elegido ya su nueva morada, a la que ha decidido convertir en sede de sus actividades. Mientras no traslade efectivamente el "corpus", por más patente que esté la intención de hacer del nuevo lugar la sede de la persona, el domicilio anterior surtirá la plenitud de sus efectos.

906. — 3) En cuanto a la *extinción del domicilio real o voluntario* sólo se produce por la constitución de un nuevo domicilio, sea real o legal.

En tal sentido dice el art. 97: "*El cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de la traslación de la residencia ("corpus") de un lugar a otro con ánimo de permanecer en él ("ánimus") y tener allí su principal establecimiento.*"

Así pues perdura el domicilio real o voluntario mientras no se constituya uno nuevo,⁵¹ lo que también surge del art. 98, que dice: "*El último domicilio conocido de una persona es el que prevalece cuando no es conocido el nuevo.*"

Por lo demás la extinción del domicilio real o voluntario puede producirse también a raíz de circunstancias configurativas de domicilio legal, pues en tal supuesto el domicilio legal desplazaría al domicilio real o voluntario.

Un supuesto legal imposible es el de la extinción de un domicilio real o voluntario sin que se constituya, simultáneamente con la extinción un nuevo domicilio, legal o real. Ello es una imposición del principio de necesidad del domicilio. En aquel sentido el domicilio como atributo de la personalidad que es, sólo desaparece con la vida misma de la persona y se extingue con ella, no trasladándose a los herederos.

907. ORDEN DE PRELACIÓN DEL DOMICILIO. — Si como se ha visto el domicilio es "único" es menester saber cuál

⁵¹ Cám. Civ. 1º, "J. A.", t. 35, p. 610.

lugar reviste el valor jurídico de domicilio cuando concurren en la misma persona diversas circunstancias atributivas de domicilio en lugares diferentes.

Puede ser que alguien tenga su residencia permanente en un lugar, en otro ejerza funciones públicas, y en otro todavía se desempeñe como militar. Aun puede ser que se trate de una mujer casada o que eventualmente tal persona se incapacite y resulte sometida a una curatela. En tales casos, ¿cuál será el domicilio de la persona?

Por lo pronto es notorio que no puede haber conflicto entre dos domicilios reales, pues la constitución del último importará la cesación del anterior (conf. art. 98). Pero sí puede haber conflicto, y habitualmente lo hay en el terreno de los hechos, entre el domicilio real y el legal, ya que con frecuencia el individuo sujeto a un domicilio legal también reside en otro lugar con su familia.

Plantear el problema es decidirlo: la prelación corresponde al domicilio legal el cual por el carácter de "unidad" desplaza o sustituye al domicilio real. Más aún, ni siquiera puede decirse que en tal supuesto la persona tiene domicilio real, pues esta noción es incompatible con el domicilio legal que le ha sido asignado: sólo tiene residencia, pero no domicilio real.

Esto es incuestionable y no ha dado lugar a divergencias en la doctrina.⁵² Sin embargo los tribunales, con frecuencia han mantenido los efectos del domicilio real en tales casos para establecer la competencia de los jueces, especialmente tratándose de funcionarios públicos.⁵³

Aun cuando la solución pueda tener ventajas de orden práctico por la más segura información que así se logra, por parte del demandado, de la acción judicial seguida contra él, es francamente contraria al sistema legal, y bajo este punto de vista no puede ser aprobada, ya que viene a romper el sistema de unidad del domicilio y a retacear sin base legal alguna los efectos del domicilio legal.

De "jure condendo" la solución es ventajosa y ello mismo demuestra la conveniencia de suprimir el domicilio legal de los funcionarios públicos que es el que ha dado lugar a esta anomalía jurisprudencial (véase *supra*, n° 872).

⁵² Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 363, p. 300; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3°, n° 1248, p. 643; Orgaz A., *op. cit.*, p. 241, n° 7; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 618, ps. 347-348. Comp. Salvat R., *op. cit.*, n° 909, p. 418.

⁵³ Cám. Civ. 2°, "J. A.", t. 18, p. 650.

§ 5. Domicilio especial. Definición y distintos casos. El domicilio de elección: concepto y efectos.

I.—DOMICILIO ESPECIAL: DEFINICIÓN Y DISTINTOS CASOS

908. DEFINICIÓN.— Como hemos visto anteriormente —*supra*, nº 853—, el domicilio especial es el que produce efectos limitados a una o varias relaciones jurídicas determinadas. En tanto que el domicilio general u ordinario extiende su influencia a toda suerte de relaciones jurídicas no exceptuadas, es decir, que tiene una aplicabilidad universal e indefinida, el domicilio especial tiene un ámbito circunscripto y proyecta su eficacia sólo respecto de los supuestos para los cuales ha sido instituido.

909. COMPARACIÓN CON EL DOMICILIO GENERAL U ORDINARIO.— Si entramos a comparar el domicilio especial con el domicilio general u ordinario, observamos entre ambas categorías, las siguientes diferencias:

1º) El domicilio especial *no es necesario*, el general sí lo es. Si no se concibe que alguien carezca de domicilio general u ordinario, por lo mismo que es un atributo de la personalidad, es perfectamente posible que la persona no tenga constituido domicilio especial alguno.

2º) El domicilio especial puede ser *múltiple*, mientras el general es forzosamente "único". No hay objeción para que la persona acumule a su propio domicilio general u ordinario uno o varios domicilios especiales, todos los cuales funcionarán divergentemente, pues mientras el primero ejercerá su influencia sobre cualesquiera relaciones jurídicas no exceptuadas, los demás surtirán efecto sólo respecto de ciertas relaciones jurídicas determinadas, que han sido precisamente exceptuadas de la incidencia del domicilio general u ordinario.

BIBLIOGRAFÍA: Vázquez A., *Domicilio especial*, "J. A.", 1947-I, sec. doctr., p. 3; Dassen J., *Domicilio convencional*, "L. L.", t. 46, p. 911; Pecach R., su nota en "L. L.", t. 3, ps. 848 y ss.; De la Riestra G., su nota en "J. A.", 1953-IV, p. 86; Acuña Anzorena A., su nota en "J. A.", t. 48, p. 956.

3º) El domicilio general como atributo inherente a la persona es imprescriptible e inalienable, notas que pueden no corresponder al domicilio especial o a algunas especies de éste: v.gr., pueden cederse las ventajas provenientes de un contrato y con éllo los accesorios del mismo, incluso la constitución en el mismo de un domicilio convencional para todos los efectos del contrato.

4º) Igualmente como atributo de la persona el domicilio general u ordinario termina con ella, en tanto que el domicilio especial puede perdurar: así el domicilio convencional se transmite a los herederos.

910. DISTINTOS CASOS.— Hay distintas especies de domicilio especial, siendo las principales de ellas las siguientes: a) el domicilio *procesal*, llamado vulgarmente constituido; b) el domicilio *matrimonial*; c) el domicilio *comercial*; d) el domicilio de las *sucursales*; y la más importante, e) el domicilio *convencional*, también llamado de elección. Nos ocuparemos sucesivamente de los diversos casos mencionados.

911. a) DOMICILIO PROCESAL O CONSTITUIDO.— Es el que corresponde a todo litigante que ha de constituir un domicilio para los efectos del juicio, notificaciones, emplazamientos, intimaciones de pago, etc.

Según el art. 40 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434: *“ Toda persona que litigue por su propio derecho o en representación de tercero, deberá constituir domicilio legal dentro del perímetro de la ciudad que sea asiento del respectivo juzgado o tribunal ”.*

“ Este requisito se cumplirá en el primer escrito que presente, o audiencia a que concurra, si es ésta la primera diligencia en que interviene ”.

“ En las mismas oportunidades deberá denunciarse el domicilio real de la persona representada ”.

“ Se diligenciarán en el domicilio legal todas las notificaciones a domicilio que no deban serlo en el real ”.

“ El domicilio contractual constituido en el de la parte contraria no es eficaz para las notificaciones que deben ser realizadas en el domicilio del constituyente ”.

En las provincias existen disposiciones similares, que tienden al mejor desenvolvimiento del proceso.

Se trata de un domicilio de efectos limitados, en el caso para todo lo concerniente al juicio, salvo para absolver posiciones con respecto a lo cual la pertinente notificación ha de ser practicada en el domicilio general u ordinario.⁵⁴

⁵⁴ Fernández R. L., *Cód. de Proceds.*, 2ª ed., p. 213, nota 96 y fallos allí citados.

Por una corruptela se solía denominar a este tipo de domicilio "domicilio legal", confundiéndolo así con el denominado de ese modo por el Código Civil. El Cód. Proc. citado incurre en ese mismo error, en la disposición antes transcripta. La denominación adecuada es la de "domicilio procesal", puesto que se constituye al solo efecto del proceso.

Este domicilio caduca si el expediente queda paralizado durante varios años.^{54 bis}

912. b) DOMICILIO MATRIMONIAL.— Es el domicilio común de los esposos, que rige lo relativo al divorcio y nulidad del matrimonio, acciones que deben ser promovidas ante el juez de dicho domicilio aun cuando no fuere el domicilio actual del marido. Así, si habiéndose celebrado el matrimonio en nuestro país, el marido se domiciliase en el extranjero, la acción de divorcio o nulidad de matrimonio puede ser intentada ante el juez del último domicilio conyugal en la República (conf. art. 104 de la ley de matr. civil).

Este domicilio es especial, pues surte los efectos limitados previstos en el art. 104 de la ley de matrimonio civil. Una reiterada jurisprudencia lo ha diferenciado del domicilio actual del marido constituido después de la separación de hecho de los cónyuges.⁵⁵ Esta solución tiene la ventaja de sustraer, a la mujer, de las posibles maniobras del marido tendientes a dificultar la posición de la mujer, por la creación de un domicilio que sometiera el divorcio o la nulidad del matrimonio a requisitos menos favorables para ella.

913. c) DOMICILIO COMERCIAL.— Es el domicilio de los comerciantes que produce efectos especialmente para el cumplimiento de las obligaciones comerciales allí contraídas y determina la competencia judicial referente a las mismas.

Está instituido implícitamente por el art. 3º de la ley de concursos 19.551 al establecer que es juez competente en los concursos mercantiles, "si se trata de personas de existencia visible, el del lugar de la sede de la administración de sus negocios; a falta de ésta, el del lugar del domicilio".

Cuando el comerciante tiene su familia en otro lugar distinto del asiento de sus negocios el domicilio comercial aparece independizado

^{54 bis} Conf. Cám. Civ., Sala "B", "J. A.", 1952-II, p. 381.

⁵⁵ Así se ha resuelto que el domicilio conyugal que determina la competencia de los jueces para entender en las acciones de divorcio y nulidad de matrimonio no es el del marido después de producida la separación de hecho, sino el que tenía el matrimonio antes de la misma: Cám. Civ. 1º, "L. L.", t. 18, p. 361; Cám. Civ. 2º, "L. L.", t. 32, p. 291; Cám. Civ., Sala "B", "L. L.", t. 64, p. 128; íd., Sala "D", "L. L.", t. 75, p. 540; Cám. Ap. Mercedes, "J. A.", t. 1964-I, p. 33.

del domicilio general u ordinario de la persona, en cuya situación el último rige todos los aspectos que escapan a la influencia del domicilio especial.

La mujer casada que ejerce el comercio, adquiere domicilio especial en el lugar de la sede de sus negocios, con independencia del domicilio legal que tiene para los restantes aspectos de su vida y actividades independientes del comercio que ejerce.

914. d) DOMICILIO DE LAS SUCURSALES.— Está instituido por el inc. 4º del art. 90, que dice: "*Las compañías que tengan muchos establecimientos o sucursales tienen su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos para sólo la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales*".

Este domicilio presenta la particularidad de que no obstante estar mencionado en el art. 90 como un supuesto de domicilio legal, a diferencia de los demás casos enunciados, éste no entra en la categoría de domicilio general u ordinario: se trata de un domicilio especial, fijado por la ley, que surte efectos respecto de las obligaciones contraídas en el lugar por los gerentes de las sucursales o filiales de compañías que tienen su sede principal en otro lugar.⁵⁶

Dos son las cuestiones que presenta el estudio de la disposición que consideramos, a saber: 1) cuáles son los establecimientos que dan lugar al funcionamiento de este domicilio especial, y 2) cuáles son las obligaciones a que se aplica.

915.— 1) En cuanto a lo primero para que el establecimiento pueda ser conceptuado sucursal de una casa matriz, es menester que quien esté al frente del mismo tenga atribuciones suficientes para contratar a nombre de la empresa y concertar con autonomía las condiciones de las operaciones.

Por ello se ha entendido que un local destinado a operaciones de carga y descarga sin que su jefe tenga facultades para celebrar actos jurídicos a nombre del principal, no es una sucursal ni entra en la

⁵⁶ Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 90, nº 56, p. 538; Salvat R., *op. cit.*, nº 1264, p. 582; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 370, p. 303; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 658, p. 368. Conf. Cám. Com., "J. A.", t. 59, p. 938, y "L. L.", t. 8, p. 194; *id.*, "L. L.", t. 6, p. 843; *id.*, "J. A.", t. 38, p. 404; Cám. Par Letr., Sala 4ª, "Gac. de Par", t. 16, p. 4.

aplicabilidad del art. 90, inc. 4º;⁵⁷ como tampoco una fábrica que no tiene autarquía o independencia con respecto a los escritorios de la empresa ubicados en otro lugar.⁵⁸

Como se ve, la apreciación acerca del carácter de "sucursal" de un establecimiento descentralizado, es una cuestión de hecho librada al criterio de los jueces, en función de la importancia comercial del establecimiento local y de las atribuciones decisorias que tengan los gerentes del mismo.⁵⁹

916.—2) En cuanto a las obligaciones que quedan sometidas a este domicilio especial son desde luego las que corresponden al giro de la sucursal, se trate de relaciones jurídicas de carácter comercial o laboral. Pero también se ha extendido su aplicación a una acción de daños y perjuicios provenientes del suceso de un automóvil por el agente de una compañía.⁶⁰ En cambio no se lo ha hecho funcionar al domicilio especial tratándose de una acción de nulidad de un acto celebrado con intervención de la casa matriz,⁶¹ ni tampoco para citar a la parte a absolver posiciones cuando el agente local carece de atribuciones para ello.⁶²

Finalmente, la eficacia de este domicilio especial consulta las conveniencias de los terceros para aliviar a éstos de la necesidad de litigar en el lugar de la sede principal que puede estar muy alejada del lugar donde han sido contraídas las obligaciones, y especialmente para favorecer a los empleados en relación de dependencia con la sucursal. Pero por lo mismo que la institución de esta especie de domicilio tiende al beneficio de los terceros, puede ser renunciado por éstos si prefieren atenerse al domicilio general de la empresa.⁶³

917. e) DOMICILIO CONVENCIONAL O DE ELECCIÓN. —
Trataremos de este domicilio en el apartado siguiente.

II. — EL DOMICILIO DE ELECCIÓN CONCEPTO. EFECTOS

918. CONCEPTO. — El domicilio convencional o de elección es el que elige una u otra parte de un contrato para que

⁵⁷ Cám. 1ª La Plata, "J. A.", t. 42, p. 921.

⁵⁸ Cám. Paz Letr., Sala 4ª, "Gac. de Paz", t. 26, p. 352.

⁵⁹ Cám. 1ª La Plata, "J. A.", t. 42, p. 921.

⁶⁰ C.S.N., "J. A.", t. 31, p. 370.

⁶¹ Cám. Com., "J. A.", t. 59, p. 938, y "L. L.", t. 8, p. 194.

⁶² Cám. Com., "J. A.", 1943-III, p. 919.

⁶³ Cám. Civ. 1ª, "L. L.", t. 19, p. 309. Conf. Salvat R., *op. cit.*, nº 1266, p. 582; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 372, p. 303. Comp. Cám. Paz Letr., Sala 3ª, "J. A.", t. 65, p. 556.

surta efecto respecto de las consecuencias de ese mismo contrato. Según el art. 101 "*las personas en sus contratos pueden elegir un domicilio especial para la ejecución de sus obligaciones*".

919. **IMPORTANCIA PRÁCTICA.** — El domicilio convencional o de elección es de utilización frecuentísima y casi no hay contrato que se celebre por escrito que no contenga su designación. Tiene una gran importancia práctica para las partes, pues les asegura la posibilidad de hacer efectivas las acciones judiciales del caso sin necesidad de indagaciones ulteriores sobre el domicilio ordinario de la contraparte.

920. **CARACTERES.** — Por lo pronto señalemos sus caracteres negativos que le corresponden por participar del género de domicilio especial: no es necesario, pudiendo prescindirse de él, y no es único pudiendo los interesados poseer tantos domicilios convencionales como contratos tengan constituidos.

En cuanto a sus *caracteres específicos*, destacamos los siguientes:

1º) Es eminentemente *voluntario* desde que no siendo necesario, su constitución depende de la sola voluntad de los interesados;

2º) Es *contractual* en cuanto se constituye como un incidente de un contrato, del que es un accesorio que perdura mientras subsisten los efectos del mismo contrato al cual accede;

3º) Es *transmisible* con el mismo contrato al cual accede;

4º) Aun cuando no pueda decirse que es prescriptible, sufre la acción del *tiempo*, por lo menos en cuanto a las notificaciones que es dable practicar en el mismo. Así se ha decidido que no debe considerarse subsistente luego de un tiempo prolongado desde su constitución.⁶⁴

5º) Es *inmutable* en cuanto por ser una cláusula del contrato que lo contiene no puede, en principio, ser cambiado sino por el nuevo acuerdo de los contratantes.

⁶⁴ Cám. Civ. 2ª, "L. L.", t. 44, p. 401.

921. FORMA DE CONSTITUCIÓN.—El domicilio convencional puede ser constituido por cualquiera de las formas expresas o tácitas de manifestación de la voluntad (véase *infra*, nº 1394). Hay constitución expresa de domicilio convencional cuando se lo elige por escrito o verbalmente.⁶⁵ Hay constitución tácita del domicilio de elección cuando se lo induce del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación, en cuyo caso la ley declara la competencia de los jueces de ese lugar para entender en el pleito a que el contrato diere lugar (conf. art. 5º, inc. 3º, Cód. de Procs., ley 22.434).

922.—Se ha prestado a discusión la constitución de domicilio abajo de la firma del interesado, punto sobre el cual han recaído sentencias contradictorias.⁶⁶

Entendemos que en principio tal constitución no es válida porque la firma indica manifestación de voluntad con respecto a las menciones que le anteceden pero no con relación a las ulteriores que pueden haber sido agregadas sin autorización del firmante.⁶⁷ Pero si llamado a reconocer la autenticidad del documento el firmante lo admitiere como suyo, sin hacer salvedad alguna sobre la mención del domicilio puesta abajo de la firma, creemos que tal manifestación convalidaría la constitución del domicilio hecha en esa forma. Igualmente si quien alega la eficacia de ese domicilio acredita por pericia caligráfica que la constitución ha sido hecha de puño y letra por el firmante.

Por tanto, si el reconocimiento del documento ha sido admitido judicialmente en rebeldía del firmante, la constitución de domicilio hecha en esa forma no surte efectos, a menos de comprobarse que la mención fue puesta por el propio firmante.

922 bis. PRUEBA. NECESIDAD DE PRODUCIR PRUEBA AUTÉNTICA ACERCA DE SU CONSTITUCIÓN: JURISPRUDENCIA.—El domicilio de elección hace excepción al domicilio general u ordinario, puesto que si no existiera, todos los efectos de aquél serían regidos por éste. De ahí la necesidad de que la prueba de su existencia, que habrá de excluir la

⁶⁵ Conf. Salvat R., nº 982, p. 452; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 399, p. 318; Orgaz A., *op. cit.*, p. 259; Vázquez A., su trabajo citado, "J. A.", 1947-I, sec. doctr., p. 9.

⁶⁶ Se han pronunciado por la validez del domicilio así constituido: C.S.N., "J. A.", t. 61, p. 377; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 62, p. 427; Cám. Com., "J. A.", t. 48, p. 22; *id.*, *id.*, t. 46, p. 1080. Y por su ineficacia: Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 57, p. 670; *id.*, *id.*, t. 8, p. 109; Cám. Com., "J. A.", 1945-III, p. 227.

⁶⁷ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 400, p. 319.

incidencia de ese domicilio ordinario, se efectúe por medios indubitados. Si consta en instrumento privado, que carece de autenticidad, hay que comenzar por establecer la autenticidad del documento donde consta el domicilio de elección. Tal lo que ha decidido con razón la jurisprudencia (véase *infra*, nº 934).

923. MODALIDADES DE LA CONSTITUCIÓN DE ESTE DOMICILIO. —

Sobre el modo de la constitución de este domicilio se presentan algunas variantes que inciden en cuanto al alcance del mismo domicilio. En efecto, la constitución puede ser hecha con indicación de la calle y número del domicilio elegido, o puede hacerse identificando el domicilio que se elige por la mención de la persona que vive en él, o simplemente consignando la localidad o distrito elegidos. Todavía el domicilio puede constituirse en el propio domicilio real del interesado o de su adversario. Nos referiremos a ~~estas~~ diversas hipótesis.

924. — a) Cuando el domicilio está identificado por la calle y el número surte la plenitud de los efectos propios del domicilio convencional. Pero además si en tal domicilio no está radicado el constituyente queda formada entre éste y el titular del domicilio una relación de mandato por la cual el último se obliga a comunicar al constituyente del domicilio todas las notificaciones o avisos que allí se reciban a su nombre. Sólo podría quedar exceptuado de tal obligación el que la declinase expresamente haciéndolo así saber al constituyente, pero tal declinación sólo lo eximiría para el futuro⁶⁸

925. — b) Cuando la identificación del domicilio elegido se ha hecho por la mención de la persona que allí vive, v.gr., si se dijese que se constituye el domicilio en el estudio del doctor X, de la ciudad de Córdoba, entendemos que el lugar elegido queda librado a las fluctuaciones que tenga la instalación de dicho estudio dentro de esa ciudad.⁶⁹

926. — c) Si concurren ambas menciones, la de la ubicación de domicilio por su calle y número y la indicación de la persona que allí vive, habrá que atender a la que aparezca como principal según las circunstancias. Efectivamente, la última mención puede aparecer como elemento concurrente para la identificación del lugar elegido, o a la inversa como factor primordial de tal identificación, todo lo cual importa para el caso de que la persona mentada mudase su domicilio,

⁶⁸ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 200, ap. b).

⁶⁹ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 261, ap. b).

pues en la primera hipótesis eso no alteraría la constitución del domicilio elegido y en la segunda lo trasladaría al nuevo lugar dentro de la misma jurisdicción al que trasladara su domicilio la persona designada.⁷⁰

927.—*d*) Cuando la constitución del domicilio se hace por la sola designación de una ciudad o distrito judicial sin otro aditamento el domicilio elegido sólo surte efecto de tal a los fines de atribuir competencia a los jueces de ese lugar para entender en el asunto, pero las notificaciones que deban practicarse y el cumplimiento de las obligaciones correspondientes no resultan influidos por la constitución de tal domicilio.

Por consiguiente la notificación de la respectiva demanda deberá hacerse en el domicilio ordinario del demandado y el lugar de cumplimiento de las obligaciones será el que resulte de la aplicación de los principios generales.⁷¹

928.—*e*) No hay inconveniente en que el domicilio de elección se constituya en el propio domicilio real del constituyente, pero eso no alterará el alcance del domicilio constituido. Por tanto si el constituyente llegara a mudar su domicilio no por ello quedará cambiado el domicilio convencional que perdurará en la plenitud de su eficacia.⁷²

929.—*f*) Finalmente, cuando el domicilio constituido lo haya sido en el domicilio de la otra parte, tal constitución no es eficaz para las notificaciones que deben ser practicadas en el domicilio ordinario del constituyente.⁷³ Esta conclusión se basa en el principio de la buena fe y en la necesidad en que está el titular del domicilio designado de

⁷⁰ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷¹ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 401, p. 319; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 670, p. 374; Orgaz A., *op. cit.*, p. 259, ap. a); Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 101, n° 34, p. 568.

⁷² Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 261, ap. b); Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 401, p. 319.

⁷³ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 401, p. 319. Comp. Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3°, n° 1281, p. 790, texto notas 884-886, autor que comienza por no admitir la validez del domicilio constituido en el domicilio real o legal del acreedor, para terminar aceptando tal validez cuando lleva consigo la obligación de éste de hacer llegar, en tiempo oportuno, las notificaciones al constituyente del domicilio de elección. Como tal obligación pesa siempre sobre el titular del domicilio que ha sido elegido como domicilio convencional de otro, nosotros pensamos que la distinción no cuadra, y que en principio la constitución de tal domicilio es válida, pero carente de eficacia con respecto a las notificaciones, pues no se explicaría que éstas se practicaran en el domicilio de elección si el propio interesado en la notificación debe hacerla llegar en tiempo propio al domicilio ordinario del notificado.

dar aviso al constituyente de cualquier novedad que pueda producirse: por tanto aquél debe omitir notificar en su propio domicilio, debiendo hacer directamente la notificación en el domicilio ordinario del notificado.

929 bis. — Tampoco es válido el domicilio constituido a los fines de las notificaciones a practicarse, cuando se trata de un edificio de escritorios o departamentos sin individualización de unidad alguna.^{73 bis} Semejante constitución no permite concluir que la citación ha llegado a conocimiento del interesado.

930. POSIBILIDAD DE CAMBIAR EL DOMICILIO ELEGIDO. — Como ya se ha dicho, el domicilio de elección es, en principio, inmutable, porque siendo una cláusula de un contrato, participa de la estabilidad de todo el régimen del contrato que no puede alterarse unilateralmente por uno de los contratantes: todo cambio ha de ser consentido por la voluntad de ambos contratantes.

Pero este principio cesa en cuanto a las notificaciones cuando el cambio no altera la jurisdicción de los jueces que eventualmente habrán de resolver las controversias entre las partes. De modo que cualquiera de los contratantes puede cambiar a los efectos de tales notificaciones el domicilio elegido, siempre que lo mantenga dentro de la misma jurisdicción, pues no se justificaría por falta de interés legítimo que el adversario se opusiera a esa pretensión que no le causa perjuicio alguno y que, en cambio, le asegura a aquél el conocimiento de la situación para estar en condiciones de defenderse adecuadamente.⁷⁴

Para que el cambio produzca el efecto señalado se requiere la notificación idónea del mismo a la contraparte. Esta notificación debe

^{73 bis} Conf. Cám. Civ., Sala "A", "L. L.", t. 109, p. 982, 8778-S; Cám. Com., Sala "A", "J. A.", 1964-IV, p. 11, n° 120. Comp. Cám. Civ., Sala "D", "L. L.", t. 109, p. 977, 8731-S, donde se decide que en esa situación debe estimarse constituido el domicilio en el departamento en que se domicilia el acreedor o los profesionales que lo defienden.

⁷⁴ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 411, p. 327; Orgaz A., *op. cit.*, p. 265; Salvat R., *op. cit.*, n° 99, p. 456; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3^o, p. 808; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 667, p. 373. Cám. Civ. 1^a, "L. L.", t. 5, p. 435; Cám. Civ. 2^a, "L. L.", t. 1, p. 519; Cám. Com., "L. L.", t. 72, p. 19.

ser practicada en el domicilio ordinario del adversario porque el cambio del domicilio de elección no es un efecto normal del contrato sino de la libre decisión de quien efectúa ese cambio.

Finalmente, es de notar que el cambio unilateral del domicilio elegido sólo surte efecto respecto de las notificaciones, pero deja intacta la eficacia del domicilio primitivo en cuanto a los demás efectos tales como la designación del lugar para el cumplimiento de las obligaciones y la competencia de los jueces.

931. TRANSMISIBILIDAD DEL DOMICILIO DE ELECCIÓN.

—A diferencia del domicilio general u ordinario, que como atributo de la persona se extingue con ella y es intransmisible, el domicilio de elección se transmite a los sucesores universales del constituyente.⁷⁵

Esto es una consecuencia del efecto de los actos jurídicos en general que según veremos más adelante —*infra*, n° 1495— se extiende en principio activa y pasivamente a los sucesores universales de los contratantes (conf. art. 1195). Como la constitución de domicilio de elección es un efecto accesorio del contrato, tales sucesores pueden invocarlo a su favor y deben soportar las derivaciones de su constitución.

Por el contrario los sucesores singulares de los contratantes no se ven afectados por la constitución de tal domicilio, ni tampoco pueden invocarlo a su favor. Con todo se acepta corrientemente que el adquirente de un inmueble hipotecado que se hace cargo de la hipoteca sin reserva alguna, acepta por ello la constitución del domicilio elegido por el deudor primitivo: es una manifestación tácita de voluntad que se induce del solo silencio del adquirente por la necesidad de explicarse en que estaba si hubiera deseado eximirse de los efectos de ese domicilio, de acuerdo a lo previsto en el art. 919 del Código Civil.⁷⁶

⁷⁵ Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 102, n° 25, p. 571; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 666, p. 372; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 410, p. 327; Orgaz A., *op. cit.*, p. 362, ap. c).

⁷⁶ Orgaz A., *op. cit.*, p. 264, n° 22, ap. c); Borda A. G., *op. cit.*, t. I, n° 409, p. 326; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3^o, n° 1284, p. 805; Salvat R., *op. cit.*, n° 977, p. 451, 4°; Colombo A., *op. cit.*, n° 610, p. 433; Vázquez A., su trabajo en "J. A.", 1947-I, sec. doct., p. 17, texto nota 117. Conf. Cám. Civ. 1^a, y 2^a en pleno, "J. A.", t. 2, p. 477, y "Gac. del Foro", t. 5, p. 193; Cám. Civ. 1^a, "L. L.", t. 39, p. 891; *id.*, "J. A.", t. 42, p. 253; *id.*, *id.*, t. 53, p. 86; Cám. Civ. 2^a, "L. L.", t. 19, p. 915; *id.*, *id.*, t. 9, p. 381. En contra: Cám. Fed., "J. A.", 1949-I, p. 316, y "L. L.", t. 53, p. 655; *id.*, "J. A.", t. 18, p. 852; Cám. 1^a La Plata, "L. L.", t. 7, p. 35. Es claro que si el adquirente del inmueble hipotecado hubiera constituido su propio domicilio de elección, no objetado por el acreedor, con ello habría desapa-

En cuanto a los acreedores que hicieren valer las acciones de su deudor, mediante la acción subrogatoria u oblicua, pueden aprovechar el domicilio de elección y quedan también sujetos al mismo pues obran en nombre del deudor, poniéndose en el lugar de éste (conf. art. 1196).

932. EFECTOS DEL DOMICILIO CONVENCIONAL. — Los efectos del domicilio de elección se refieren a: 1) la atribución de competencia a los jueces del lugar de ese domicilio; 2) la determinación del lugar donde deban practicarse las notificaciones y emplazamientos que el contrato motivare; 3) la posible incidencia de la constitución de este domicilio sobre el lugar del cumplimiento de las obligaciones. Nos referiremos separadamente a esas cuestiones.

933. 1) COMPETENCIA JUDICIAL. — A este respecto el art. 102 dice: *“La elección de un domicilio implica la extensión de la jurisdicción que no pertenecía sino a los jueces del domicilio real de las personas”*.

Esto es lo que se llama “prórroga de jurisdicción”, la cual opera la transferencia de la competencia originaria de los jueces del domicilio ordinario del constituyente a los jueces del lugar del domicilio de elección. Es el principal efecto que produce el domicilio de elección y por eso permanece constante aun cuando puedan variar los otros efectos, digamos secundarios, que el domicilio produce, según las circunstancias del caso.

Es de notar que tal prórroga de la jurisdicción que originariamente correspondía a los jueces del domicilio ordinario sólo se admite cuando la competencia es atribuida por la ley por razón de ese domicilio, pero no cuando resulta impuesta por razón de la materia de que se trata. Así un contrato de fletamento que cae bajo la jurisdicción federal (conf. art. 100, Const. Nac.) no puede ser llevado por el acuerdo de las partes al conocimiento de los jueces provinciales. Por ello la constitución de un domicilio convencional no importa renuncia al fuero federal que pudiera corresponder al constituyente, salvo que se trate

recido el primitivamente elegido, como lo decidió la Cámara Civil 1ª en fallo publicado en “J. A.”, t. 60, p. 878.

del que resulta de la diversa vecindad⁷⁷ o que medie renuncia expresa del que corresponde a los extranjeros.⁷⁸

La competencia resultante de la constitución del domicilio convencional se extiende a todos los juicios a que pueda dar lugar el contrato, aun cuando se refieran a aspectos secundarios del mismo.⁷⁹ Pero si se trata de la acción de nulidad la solución aparece controvertida. Para una parte de la doctrina, el domicilio de elección no surte efecto a ese respecto por la contradicción existente entre la impugnación del contrato en razón de su alegada invalidez y la sustentación de la competencia judicial en base a una cláusula del contrato impugnado: de ahí que se considere que la acción de nulidad debe promoverse ante el juez del domicilio ordinario del demandado, independientemente del elegido en el contrato que se reputa inválido.⁸⁰ En cambio para otros autores, son competentes para entender en el juicio de nulidad los jueces del lugar del domicilio de elección.⁸¹

Para nosotros una distinción se impone. Si el acto es "nulo" siendo tal invalidez —en caso de existir, lo que será decidido por la sentencia que finalice el juicio— independientemente del pronunciamiento judicial, parece claro que la controversia no puede ser de la competencia de los jueces del domicilio de elección, por razón de la misma naturaleza de la invalidez que se denuncia, la cual opera por la sola fuerza de la ley, debiéndose tener el acto por "nulo aunque su nulidad no haya sido juzgada" (art. 1038). Por tanto habría allí la contradicción referida. Pero si se trata de un acto "anulable" como tales actos "se reputan válidos mientras no sean anulados y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase" (art. 1046), el impugnante del acto debe estar a su contenido hasta tanto se decrete la anulación y consiguientemente está sujeto al domicilio convencional contenido en el contrato que impugna: de ahí que en tal caso la demanda de anulación deba intentarse ante el juez del domicilio de elección.

934. 2) NOTIFICACIONES.— El domicilio de elección surte también sus efectos con respecto a las notificaciones de toda índole, ya sean judiciales o extrajudiciales, que con mo-

⁷⁷ C.S.N. "J. A.", t. 40, p. 319; Cám. Com., "J. A.", t. 28, p. 704.

⁷⁸ C.S.N., "J. A.", t. 62, p. 30, y "L. L.", t. 10, p. 197; Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 24, p. 552. Comp. Cám. Fed. Rosario, "L. L.", t. 31, p. 757.

⁷⁹ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 262, texto nº 57; Salvat R., nº 985, p. 454; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 102, nº 8, p. 570; Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 52, p. 97.

⁸⁰ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 403, p. 320; Orgaz A., *op. cit.*, p. 262, texto nota 58.

⁸¹ Salvat R., *op. cit.*, nº 985, p. 454; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3ª, nº 1282, ps. 796-797, ap. d); Vázquez A., su trabajo en "J. A.", 1947-I, sec. doctr., p. 16.

tivo del contrato se dirijan las partes y son eficientes para los efectos correspondientes las que se remiten a ese lugar.

Pero si se trata de la constitución de domicilio en instrumento privado, para que el domicilio pueda ser tenido como "elegido" por la parte a quien se le opondrá, se requiere que previamente el instrumento haya sido reconocido por el firmante, pues no es posible imputar al documento ciertos efectos sin la previa autenticación del mismo por el procedimiento previsto para ello por el Código Civil (conf. arts. 1031 a 1033). En la actualidad la jurisprudencia se ha uniformado en este sentido, y consiguientemente antes de dar curso a una demanda que se interpone ante el juez del domicilio convencional constituido en instrumento privado se procede, en una suerte de instancia previa de habilitación de la competencia, a notificar la demanda en el domicilio ordinario del demandado. Entendemos que es lo que corresponde en esa situación, sin perjuicio de hacer valer el domicilio convencional para los demás efectos, luego de haber sido reconocido siquiera implícitamente por el silencio del emplazado en su domicilio real.⁸²

Pero si el domicilio ha sido constituido en instrumento público la jurisprudencia le asigna la plenitud de sus efectos admitiendo la validez de la notificación de la demanda en ese domicilio sin necesidad de prevenir al emplazado, en su domicilio real, acerca de la existencia del juicio.⁸³ Borda, principalmente, ha conceptualizado erróneamente a esta jurisprudencia y arguye con la posibilidad de que el domicilio convencional constituido en esa forma hubiere caducado por haberlo cambiado el interesado y notificado el cambio eficientemente al adversario, no obstante lo cual éste podría atenerse al domicilio primitivo por no constar el cambio en el documento que se presenta.⁸⁴

⁸² Cám. Civ. en pleno, "J. A.", 1954-III, p. 273; Cám. Civ., Sala "C", "L. L.", t. 77, fallo n° 41.368; Cám. Com. en pleno, "L. L.", t. 82, p. 561; Cám. Paz en pleno, "L. L.", t. 83, p. 548; Cám. Fed., "J. A.", 1946-IV, p. 795; íd., íd., t. 49, p. 458. Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 404, 1), p. 321; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 672, p. 375; Podetti R., *Tratado de las ejecuciones*, p. 111; De la Riestra, G., su nota en "J. A.", 1953-IV, p. 86; Pecach, R., su nota en "L. L.", t. 3, p. 848; Dassen J., su nota en "L. L.", t. 46, p. 911. Comp. Alsina H., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. I, p. 595; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 3^o, n° 1280, ps. 782-783; Vázquez A., su trabajo en "J. A.", 1947-I, sec. doctr., ps. 9-11; Acuña Anzorena A., su nota en "J. A.", t. 48, p. 956; Sup. Corte Tucumán, "J. A.", 1942-III, p. 374.

⁸³ Cám. Civ., Sala "A", "L. L.", t. 67, p. 640, y "J. A.", 1952-IV, p. 371; íd., Sala "B", sentencia del 19-XII-1952, in re: "Banco Hipotecario Nacional c/ Escudero de Palacios"; íd., Sala "C", "L. L.", t. 69, p. 168, y "J. A.", 1953-I, p. 328; íd., Sala "D", sentencia del 31-XII-1952, in re: "Banco Hipotecario Nacional c/Bouchard"; Cám. 1^a La Plata, "J. A.", 1956-II, p. 340. Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 671, p. 375.

⁸⁴ Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 404, 2), ps. 322-324.

Verdaderamente esa posibilidad existe y constituiría una grave falta de parte de quien hiciera valer el domicilio de elección primitivo en tales circunstancias, que lo haría responsable de los daños y perjuicios que sufriere el constituyente y que provocaría la nulidad de las actuaciones judiciales promovidas sobre la fase de esa falla esencial. Pero ello no es bastante para retacear los efectos normales del domicilio de elección, constituido en instrumento público, pues la eficacia probatoria del instrumento se extiende a todas las disposiciones del acto entre las cuales está la constitución del domicilio (véase *infra*, nº 1675). Y no por la eventualidad más o menos remota de que ulteriormente se hubieran modificado las relaciones de las partes tal como ellas surgen del instrumento ha de disminuirse la eficacia probatoria de dicho instrumento, en lo que está interesada toda la sociedad por la seguridad que importa; sin perjuicio, desde luego, de las sanciones hasta criminales que corresponda adoptar contra el que maliciosamente aprovechare de esas circunstancias usándolas en detrimento del verdadero estado de las relaciones de las partes.

En suma, compartimos las conclusiones de la jurisprudencia a este respecto:

935. — En cuanto a las notificaciones extrajudiciales la jurisprudencia ha decidido en general, sin discrepancias doctrinarias, que ellas pueden ser efectuadas válidamente en el domicilio de elección. Por tanto las manifestaciones de las partes destinadas a fijar la posición de ellas en la relación jurídica pendiente tales como declaraciones de rescisión, intimaciones, interpelaciones para constituir en mora, etc., pueden ser dirigidas eficientemente al domicilio convencional.⁸⁵

936. 3) LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. — Cuando se hubiere convenido como lugar de pago el domicilio de una u otra de las partes, el pago debe ser satisfecho en el domicilio de elección.⁸⁶

Pero la sola constitución de un domicilio convencional no importa determinar un lugar de pago para el cumplimiento de la obligación: hay al respecto coincidencia casi completa de los autores.⁸⁷

Finalmente, cuando sin hacer mención de la constitución de do-

⁸⁵ Cám. Civ., Sala "D", "L. L.", t. 91, p. 623.

⁸⁶ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 408, p. 325.

⁸⁷ Conf. Orgaz A., *op. cit.*, p. 261; Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 408, p. 325; Spota A. G., *op. cit.*, t. I, vol 3^a, nº 1282, p. 798, ap. f); Salvat R., *op. cit.*, nº 988, p. 455; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 102, nº 11, p. 570; Machado J. O., *op. cit.*, t. I, p. 182. Comp. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 669, p. 374.

micilio convencional, se hubiera señalado un lugar para el cumplimiento de la obligación, ello importa la constitución tácita de un domicilio de aquella índole, pues las leyes procesales acuerdan a los jueces de ese lugar competencia para entender en el asunto (conf. art. 5º, Cód. de Procs. en lo Federal, ley 17.454).

937. DURACIÓN. — No hay duda acerca de que el domicilio de elección perdura en su eficacia mientras surte efecto el contrato que lo contiene. Siendo la constitución del domicilio convencional una mera cláusula del contrato, destinada a funcionar en tanto dure el régimen convencional estructurado por el contrato, su suerte está ligada a éste, y se extingue con él.

Por ello se ha resuelto que los incidentes que se promueven después de extinguido el contrato deben sustanciarse en el domicilio del demandado y no en el convencional que antes se había elegido.⁸⁸

938. CAUSAS DE CESACIÓN DEL DOMICILIO DE ELECCIÓN. — Independientemente de la extinción de pleno derecho del domicilio de elección que se produce por la extinción misma del contrato al cual accede, el domicilio de elección puede cesar por diversas causas, entre las que cabe mencionar las siguientes: 1) por renuncia de la parte a quien favorece; 2) por rescisión acordada por las partes; 3) por el transcurso de un largo desuso; 4) por efecto del fuero de atracción de los juicios universales; 5) por destrucción material del local designado y situaciones análogas.

939. — 1) Por lo pronto el domicilio de elección puede cesar si la parte a quien su constitución favorece lo *renuncia*. Por lo general la constitución del domicilio de esta especie importa una prerrogativa para el adversario quien puede valerse del mismo sin tener que soportar las fluctuaciones del domicilio ordinario del constituyente. En tales

⁸⁸ Cám Civ. 1º, "J. A.", t. 39, p. 413; íd., íd., t. 10, p. 136; Cám. Civ. 2º, "J. A.", t. 48, p. 190; íd., íd., t. 37, p. 1070; Cám. Civ., Sala "D", 25-XI-1960, "L. L.", t. 101, p. 439. Por ello se ha considerado que la demanda promovida después de operada la resolución de un contrato por el acaecimiento de una condición a la que estaba supeditado, no debe articularse ante el juez del domicilio antes elegido por haber éste caducado: Cám. Civ. 1º, "J. A.", t. 29, nº 397.

casos no hay obstáculo para que el acreedor prescinda del domicilio de elección y se atenga al domicilio ordinario de su adversario con lo que éste resulta favorecido.⁹⁰

La renuncia en esa hipótesis puede ser general o particular, según que se refiera a todas las virtualidades futuras del domicilio convencional o a la incidencia del mismo en algún acto determinado. Toda duda acerca del alcance de la renuncia debe resolverse en el sentido de que sólo se refiere al acto a cuyo respecto se ha prescindido de ese domicilio para optar por el ordinario de la otra parte. Así se ha entendido que la notificación de la demanda en el domicilio ordinario del demandado no importa renuncia del domicilio de elección sino es un acto de deferencia hacia la otra parte para que tenga un efectivo conocimiento de la acción promovida.⁹⁰ Pero si tales notificaciones en el domicilio ordinario se reiteran, ello podría dar lugar a una situación de incertidumbre y consiguiente caducidad del domicilio de elección si el notificante no hace una declaración precisa sobre la subsistencia de ese domicilio.⁹¹

940.— 2) El domicilio de elección puede extinguirse por la rescisión acordada por las partes. Es un modo normal de extinción de los contratos o de una parte de ellos, como es la cláusula que contiene el domicilio, previsto en el art. 1200 del Código Civil, que no suscita, en su aplicabilidad a esta hipótesis, dificultad alguna. La rescisión puede ser acordada expresa o tácitamente.⁹²

941.— 3) Asimismo los tribunales han dispuesto la caducidad del domicilio de elección por el *largo transcurso de su desuso*: es una suerte de prescripción liberatoria remitida al criterio judicial, que se ha fundado en que luego de transcurrido un tiempo razonable, tal domicilio no debe considerarse subsistente. Así se ha resuelto tal caducidad después de 5 años^{92 bis} de 16 años⁹³ o de 20 ó 21 años,⁹⁴ de la constitución del domicilio.

⁹⁰ Salvat R., *op. cit.*, n° 989, 2º, p. 456; Orgaz A., *op. cit.*, p. 246, ap. d); Borda G. A., *op. cit.*, t. I, n° 407, p. 325; C.S.N., "J. A.", 1957-III, p. 34

⁹⁰ Cám. Com., "J. A." t. 65, p. 284, y "L. L.", t. 13, p. 618; Cám. Fed., "J. A.", t. 64, p. 739, y "L. L.", t. 13, p. 1.

⁹¹ Cám. Com., "J. A.", t. 65, p. 284, y "L. L.", t. 13, p. 618.

⁹² Conf. Basso E., *op. cit.*, t. I, art. 102, n° 4, p. 573.

^{92 bis} Cám. Civ. 2ª, "L. L.", t. 44, p. 401.

⁹³ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 40, p. 499.

⁹⁴ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 40, p. 487; *id.*, "L. L.", t. 8, p. 1116, con disidencia del doctor Sauser; *id.*, "L. L.", t. 15, p. 98. En el orden procesal se ha entendido que caduca el domicilio constituido después del archivo del expediente o la paralización de la causa durante un largo lapso: Cám. Civ. 2ª, "L. L.", t. 31, p. 666.

942.— 4) Igualmente deja de funcionar el domicilio de elección cuando entra en conflicto con el *fuero de atracción* que ejercen los juicios universales, tales como el juicio sucesorio del contratante a quien se demanda,⁹⁵ o su concurso civil de acreedores⁹⁶ o su quiebra.⁹⁷

En tales casos cede el interés particular de la persona en cuyo beneficio se ha instituido el domicilio convencional ante el interés general de que se reúnan en un trámite común las demandas incoadas contra el demandado.⁹⁸

Pero es de advertir que el fuero de atracción sólo suspende el efecto del domicilio de elección, por lo que si llegase a cesar aquél por cualquier circunstancia, v.gr., la partición hereditaria, el domicilio convencional recobraría su vigencia, lo que puede tener interés en el caso de que alguno de los herederos hubiere asumido la obligación del causante.⁹⁹

943.— 5) Finalmente, los tribunales han resuelto que caduca el domicilio de elección cuando se *destruye* la casa designada a ese efecto,¹⁰⁰ y en otros supuestos que se pueden asimilar a la destrucción material del local, por la completa imposibilidad en que queda el constituyente para enterarse de las notificaciones que puedan dirigirse a ese domicilio, tales como en el caso de expropiarse el inmueble designado,¹⁰¹ o de desalojo del constituyente con conocimiento de quien intenta hacer valer el domicilio convencional, o de clausura del local.¹⁰²

⁹⁵ C.S.N., "J. A.", t. 68, p. 360, y "L. L.", t. 11, p. 1163; Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 68, p. 809; Cám. Com., "L. L.", t. 20, p. 180.

⁹⁶ C.S.N., "Fallos", t. 129, p. 65; Cám. Fed. Rosario, "J. A.", t. 50, p. 436; Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 9, p. 637.

⁹⁷ Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 15, p. 584; Cám. Com., "J. A.", t. 26, p. 306.

⁹⁸ Conf. Salvat R., *op. cit.*, n° 977, 3º p. 450; C.S.N., "Fallos", t. 129, p. 65.

⁹⁹ Conf. Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 102, n° 48, p. 574. También ha de notarse que el fuero de atracción no actúa frente a la acción promovida por el acreedor hipotecario, quien puede ejecutar su garantía con independencia del juicio de concurso civil o comercial, en virtud de lo dispuesto en el art. 3937, que autoriza a dicho acreedor a pedir el concurso particular del inmueble para que se le pague inmediatamente con el producido de su venta. En igual situación se encuentra el acreedor hipotecario frente al juicio sucesorio de su deudor por haberse conceptualado que la acción hipotecaria no es atraída por el fuero de atracción establecido por el art. 3284, inc. 4º (C.S.N., "J. A.", t. 56, p. 351; Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 68, p. 467; *id.*, "L. L.", t. 12, p. 776). En estos supuestos el domicilio de elección surte todos sus efectos a favor del acreedor hipotecario.

¹⁰⁰ Cám. Civ., Sala "C", "J. A.", 1953-III, p. 513; Cám. Civ., Sala "A" "L. L.", t. 72, p. 517; Cám. Civ. 2ª, "J. A.", t. 73, p. 908; Cám. Civ. 1ª, "J. A." t. 46, p. 241; Cám. Com., "L. L.", t. 72, p. 19. Comp. Cám. Civ., Sala "B", "J. A." 1956-I, p. 282.

¹⁰¹ Cám. Civ., Sala "C", "L. L.", t. 72, p. 106; *id.*, *id.*, t. 67, p. 109.

¹⁰² Cám. Com., "L. L.", t. 72, p. 19.

Pero es fundamental notar que en estos supuestos el domicilio de elección cesa sólo respecto de las notificaciones, las cuales por las circunstancias ocurridas se sabe certeramente no pueden llegar a conocimiento del constituyente. Pero surte los demás efectos indicados, por lo que subsiste la competencia de los jueces del lugar para entender en los juicios motivados por el contrato, los que deberán ser llevados a conocimiento del constituyente practicándose por exhorto la notificación de la demanda respectiva en el domicilio ordinario del demandado.¹⁰⁸

§ 6. Efectos de la residencia y de la habitación.

944. — Hemos dado anteriormente —véase *supra*, nº 851— una noción de la residencia y de la habitación, que por oposición al domicilio no constituyen nociones técnicas, sino de significación vulgar carentes de relevancia jurídica.

Con todo, excepcionalmente, tanto la residencia cuanto la habitación son computadas por la ley para establecer en función de ellas alguna consecuencia de orden jurídico.

945. EFECTOS DE LA RESIDENCIA. — La residencia de la persona en un lugar origina las siguientes consecuencias:

1) Crea la competencia del juez que debe entender en el juicio de ausencia (art. 16, ley 14.394) y en el juicio de presunción del fallecimiento (art. 24 de la misma), en ambos casos a falta de domicilio conocido del interesado.

2) Para el discernimiento de la tutela del menor huérfano, si los padres de éste estaban domiciliados en el extranjero al tiempo de su fallecimiento, es competente el juez de la última residencia en el país, de los fallecidos (conf. art. 401).

3) La última residencia de quien no tiene domicilio fijo determina la competencia de los jueces de ese lugar (conf. art. 5º, inc. 3º, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434). Pero en verdad aquí no hay un efecto de la residencia, porque en ese supuesto la ley eleva la mera residencia al rango de domicilio legal (conf. art. 90, inc. 5º).

946. EFECTOS DE LA HABITACIÓN. — La mera residencia momentánea, llamada habitación, es contemplada por la ley en los siguientes casos:

¹⁰⁸ Cám. Civ. 1ª, "J. A.", t. 49, p. 273; íd., íd., t. 46, p. 537.

1º) Para elevarla a la categoría de domicilio legal de los transeúntes, personas de trabajo ambulante o carentes de domicilio conocido (conf. art. 90, inc. 5º).

2º) Para determinar optativamente la competencia de los jueces de ese lugar con respecto a las acciones personales relativas a obligaciones para las que no se hubiese estipulado lugar de cumplimiento (conf. art. 5º, inc. 3º, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434).

3º) Para determinar la competencia de los jueces que tengan que discernir la tutela de los expósitos o menores abandonados, la que corresponde al juez del "lugar en que ellos se encontraren" (art. 403).

4º) En el orden civil la mera habitación es suficiente para someter a los transeúntes que habitan en el territorio de la República a las leyes de nuestro país (conf. art. 1º, Cód. Civ.).

5º) Aunque no en el orden civil sino constitucional, la habitación tiene para los extranjeros la mayor importancia, porque ella es bastante para conferirles el amparo de nuestras leyes y las garantías que en seguridad de los derechos individuales les confiere la Constitución en sus arts. 14 y siguientes.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Comp. C.S.N., "Fallos", t. 212, ps. 543 y ss. Para este fallo el habitante a que se refiere la Constitución no es el que reside momentáneamente en algún punto del país si ha entrado subrepticamente en él ("Fallos", t. 205, p. 628), y en cambio lo es quien careciendo de residencia actual en el país, viene a él luego de una residencia anterior para hacer valer el derecho constitucional de "entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino" (conf. "Fallos", t. 164, p. 290; id., t. 184, p. 101, y t. 197, p. 332).

CAPÍTULO VIII

EXTINCIÓN DE LA PERSONA

§ 1. Fin de la existencia de las personas naturales. La muerte natural. Muerte de varias personas en un desastre común: teoría de los conmorientes. Supresión de la muerte civil. Efectos de la muerte con relación a los derechos. Sucesión por causa de muerte. Concepto. Derechos comprendidos. Derechos inherentes a la persona.

I. — FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES

947. — En las legislaciones antiguas eran varias las causas de extinción jurídica de las personas naturales o de existencia visible, tales como la muerte, la esclavitud y la muerte civil por profesión religiosa o condena perpetua.

En la actualidad, sólo subsiste la muerte, que pone término a la vida del hombre y con ello altera fundamentalmente las relaciones jurídicas constituidas en cabeza del difunto: algunas de estas relaciones se extinguen con la persona que le servía de soporte, son los derechos u obligaciones inherentes a la persona; otras, en cambio, se transmiten a los herederos del fallecido que resultan, por sucesión, investidos del carácter de propietario, acreedor o deudor que correspondía al causante (conf. art. 3417).

En el presente capítulo nos ocuparemos, en primer lugar, de la muerte de las personas y de las consecuencias que de ese hecho derivan. En los párrafos subsiguientes de este mismo capítulo trataremos

de la muerte presumida por la ley, materia que ha sido completamente renovada por la sanción de la ley 14.394.

II. — LA MUERTE NATURAL

948. LA MUERTE COMO HECHO JURÍDICO. — La muerte del ser humano es un hecho jurídico (sobre el concepto de hecho jurídico véase *infra*, nº 1360), de gran trascendencia por las consecuencias de ese orden a que da lugar.

El art. 103, primera parte, dice: "*Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas*". Es de notar que la calidad "natural" de la muerte no queda excluida en los casos de muerte violenta, en que igualmente ese hecho pone término a la existencia de la persona y afecta consiguientemente a las relaciones jurídicas que ella tenía constituidas. El calificativo "natural" se opone aquí a la llamada "muerte civil", a la que continúa refiriéndose aquella disposición.

949. PRUEBA DE LA MUERTE: REMISIÓN. — De la prueba de la muerte de las personas hemos tratado en los núms. 531-534 al referirnos a la prueba de los hechos referentes al estado civil de las personas. Remitimos a lo dicho en ese lugar.

950. PRUEBA SUPLETORIA DE LA MUERTE: REMISIÓN. — También hemos tratado anteriormente de este punto (véase *supra*, nº 525) por lo que remitimos a lo dicho en esa oportunidad.

III. — MUERTE DE VARIAS PERSONAS EN UN DESASTRE COMÚN: TEORÍA DE LOS CONMORIENTES

951. SUPUESTO A CONSIDERAR. — Puede ocurrir que se produzca el fallecimiento de dos personas de las cuales una sea heredera de la otra en circunstancias tales que impidan conocer cuál murió primero y, por tanto, si medió transmisión de derechos entre ellas. Así en el caso de que

marido y mujer perezcan en un accidente, si no dejaren hijos, tendría la mayor importancia saber cuál de los cónyuges falleció primero, pues el otro en calidad de heredero suyo recibiría sus bienes y por efecto de la ulterior muerte los transmitiría, a su vez, a sus propios parientes. Por el contrario, de no poderse acreditar esa transmisión de derechos entre los cónyuges, los bienes de cada esposo corresponderían a los herederos legítimos respectivos, sin que los parientes de la mujer pudieran recibir indirectamente los bienes del marido, ni los parientes de éste los bienes de la esposa.

952. DERECHO ROMANO Y ANTIGUA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. — El punto era resuelto en el derecho romano y en la legislación de Partidas, presumiendo que el fallecimiento había sido simultáneo y por tanto no había mediado transmisión de derechos entre los fallecidos, a menos que se tratara de padres e hijos, pues en tal hipótesis se presumía que el hijo púber había sobrevivido al padre y asimismo que el padre había sobrevivido al hijo impúber.¹

953. SISTEMA FRANCÉS: TEORÍA DE LOS PRE-MORIENTES. — Sobre la base de aquella solución romana los autores del Código Napoleón (arts. 720 a 722) imaginaron un sistema complicado de presunción "juris tantum" de premoriencia, según la edad y el sexo. Esas disposiciones dividen la vida humana en tres etapas: 1º) hasta los 15 años, se presume el fallecimiento anterior del menor de los implicados; 2º) de los 15 a los 60 años, inversamente se presume el fallecimiento primero del mayor por considerar que el más joven pudo resistir a la muerte por un lapso mayor, pero si la diferencia de edad no alcanza al año se estima que el varón ha sobrevivido a la mujer; 3º) después de los 60 años se supone que el más joven ha sobrevivido al otro, sin distinción de sexos. Todavía si se trata de un individuo de la etapa primera y otro de la tercera, se presume que ha fallecido primeramente el anciano, solución que más que a una efectiva aptitud para resistir la muerte ha atendido al orden sucesorio probable de no haber ocurrido el hecho luctuoso. Pero el legislador francés no ha contemplado el caso de la presencia conjunta en el desastre de un individuo de la etapa intermedia con otro de etapa diferente, por lo que en tal caso no funciona presunción de ninguna clase.²

¹ Conf. Savigny F. C. de, *Sistema de derecho romano actual*, t. I, párrafo LXIII. Asimismo, Partida VII, tít. 33, ley 12.

² Conf. Planiol y Ripert, *Tratado Práctico*, ed. Habana, t. IV, con la colaboración de Vialleton y de Maury, nº 30, p. 47.

Finalmente, para el funcionamiento de la presunción de pre-moriencia se requiere que: a) ambos fallecidos sean herederos recíprocos; b) que se trate de herencia "ab-intestato" y no testamentaria; c) que los fallecidos hayan muerto en un mismo accidente.³

La doctrina de los autores ha criticado las presunciones referidas por considerar que ellas pueden funcionar de hecho arbitrariamente, es decir en contradicción con la realidad de las cosas.⁴

954. SOLUCIÓN DE NUESTRO CÓDIGO.—Con muy buen sentido Vélez Sársfield dejó de lado la artificiosa teoría de los pre-morientes del Código francés y se atuvo una vez más al criterio de Freitas (*Esbozo*, art. 243). Así dispuso en el art. 109, concebido en estos términos: "*Si dos o más personas hubiesen fallecido en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derechos entre ellas*".

Por consiguiente, en nuestro régimen no juegan presunciones legales de ninguna clase y quien pretenda la transmisión de derechos entre los fallecidos tendrá que probar que efectivamente uno murió antes que el otro, pues a falta de esa prueba se considerará que la muerte se produjo simultáneamente.

955. NO ES INDISPENSABLE LA CONEXIÓN DE UNA Y OTRA MUERTE.—La regla legal no exige para presumir la simultaneidad de los fallecimientos de que tratamos la presencia de los fallecidos en el mismo desastre, como lo hace ver la frase de Freitas que reproduce nuestro codificador "si hubiesen fallecido en un desastre común o en cualquiera otra circunstancia".⁵ Por tanto esa conclusión se impone aun cuando no mediare conexión entre la muerte de una y otra persona, bastando que por desconectadas que resulten no pueda establecerse cuál se produjo con antelación.

Se comprende que en Francia para sentar conclusiones distintas se exija la presencia de las personas implicadas en el mismo infausto suceso, pues si así no fuera las presunciones de la ley carecerían de

³ Planiol y Ripert, *op. cit.*, nota anterior, t. IV, n° 32, pá. 48-49.

⁴ Planiol y Ripert, *id.*, t. IV, n° 32, p. 50, y especialmente Coffa A. y Capitant H., *op. cit.*, t. III, p. 372.

⁵ Freitas A. T. de, *Código Civil*, ed. Ba. As., 1909, t. I, p. 138, art. 243.

todo fundamento. Pero entre nosotros ocurre diversamente porque lo dispuesto por el Código no altera el régimen ordinario de la prueba en estos casos, según el cual quien pretenda una transmisión de derechos ha de acreditarla convenientemente, y es claro que si falta la prueba de la muerte previa de una de las personas a que nos referimos, falla el presupuesto de la transmisión de derechos a favor de la otra: bien puede entonces concluirse que entre nosotros no interesa predeterminar si las personas fallecidas han encontrado la muerte en el mismo desastre.⁶

956. LOS PROYECTOS NACIONALES DE REFORMA. — El criterio de nuestro Código ha sido mantenido en la proyectada reforma del mismo, la que no ha introducido modificación substancial alguna a este respecto: Anteproyecto Bibiloni, art. 56 (53 de la segunda redacción); Proyecto de 1936, art. 40; Anteproyecto de 1954, art. 51.

957. LEGISLACIÓN EXTRANJERA. — No obstante la influencia ejercida por el Código Napoleón sobre los códigos posteriores, su teoría de los premortis no ha hecho camino. Así los códigos alemán (artículo 20), italiano (art. 4º), suizo (art. 32), brasileño (art. 11), peruano (art. 7º), español (art. 33) y chileno (art. 79), siguen principios semejantes al adoptado por nosotros. En cambio el derecho inglés, presume por la "Law of Property Acts", 1925, sección 184, que cuando no puede establecerse la prioridad entre dos fallecimientos, la persona más joven ha sobrevivido a la otra.

IV. — SUPRESIÓN DE LA MUERTE CIVIL

958. LA MUERTE CIVIL. — La antigua legislación española que estaba en vigor al tiempo de producirse la sanción del Código Civil, admitía como otra causa de extinción de la personalidad jurídica de los seres humanos, además de la muerte efectiva, la llamada "muerte civil", que alcanzaba a título de pena a los condenados a deportación o a cadena perpetua, y también a los religiosos profesos por la incidencia del voto religioso en la vida civil.

⁶ Conf. Borda G. A., *op. cit.*, t. I, nº 245, p. 224; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 681, p. 382; Orgaz A., *op. cit.*, p. 51. Contra: Salvat R., *op. cit.*, nº 551, p. 265; Busso E., *op. cit.*, t. I, art. 109, p. 582, nº 2.

El muerto civilmente era reputado fallecido para todos los efectos civiles: de ahí que se abriera la sucesión de sus bienes y se los adjudicara a sus herederos legítimos o testamentarios; de ahí también que se tuviera por disuelto el matrimonio civil y se autorizara al otro cónyuge a celebrar nueva unión.⁷

La institución de la "muerte civil" fue duramente criticada. Con relación a los condenados era sumamente cruel por agravar aún más la rigurosa condición aneja a la pena corporal, ya de suyo extremadamente afligente. Con relación a los religiosos profesos, si bien importaba una suerte de estímulo para el mantenimiento de los votos, daba lugar a graves inconvenientes cuando se admitía la dispensa de los mismos, y era menester proceder a la anulación de las transmisiones de bienes efectuadas a favor de los parientes del antiguo profeso.

959. SUPRESIÓN DE LA MUERTE CIVIL. — En nuestro tiempo la "muerte civil" ha sido suprimida de todas las legislaciones. Nuestro codificador se hizo eco del movimiento general de supresión en la segunda parte del art. 103, que dice: "*La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas*".

Con todo subsiste todavía, como un resabio de esta institución, la incapacidad de derecho para contratar que afecta a los religiosos profesos (véase *supra*, nº 601). También en Francia e Italia se considera que la incapacidad que alcanza a los penados es una condena accesoria que pesa sobre ellos como indignos para el ejercicio de sus derechos. A este último respecto hemos anotado ya que en nuestro país el fundamento de tal incapacidad no reside en el castigo del condenado sino en el amparo de éste y especialmente de su familia (véase *supra*, nº 809).

⁷ Así ocurría en los países que secularizaron el matrimonio, como Francia después de la Revolución Francesa. En los países que conservaron la regulación del matrimonio por el derecho canónico, la muerte civil por condena no disolvía la unión matrimonial. En cuanto a la profesión religiosa requiere para su validez la libertad de estado, siendo el preexistente matrimonio impedimento dirimente que hace a los votos inválidos (véase Cavigioli J., *Manual de Derecho canónico*, Madrid, 1946, t. I, p. 523, nº 4 y nota 6), sin distinción del matrimonio "rato" o consumado.

V. — EFECTOS DE LA MUERTE CON RELACIÓN A LOS DERECHOS

960. — Producida la muerte de una persona el derecho establece cuál es la suerte de las relaciones jurídicas constituidas en cabeza del difunto. A este respecto cabe hacer una distinción según el contenido patrimonial de la relación jurídica, pues diversa es la solución cuando se trata de *derechos patrimoniales o extrapatrimoniales*. Por otra parte cuadra examinar cómo afecta la muerte de la persona a los *atributos inherentes* a ésta.

Comenzaremos por esto último.

961. EFECTOS EN CUANTO A LOS ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD DEL DIFUNTO. — Siendo los atributos calidades de las personas, en cuanto tales, la muerte incide en la eficacia jurídica de dichos atributos, de tal manera que la extinción de la persona importa también la de los atributos que se predicaban de ella. Así el “nombre” que servía para identificar a la persona se extingue con ésta, y otro tanto ocurre con la “capacidad” y el “domicilio”. A este último respecto cuadra exceptuar al “domicilio convencional”, que no siendo un atributo de la persona sino la condición de un contrato proyecta su eficacia más allá de la muerte de quien lo instituyó, afectando a los herederos de éste como otra consecuencia más del contrato (véase *supra*, nº 931).

En cuanto al “estado” la muerte no produce un efecto tan radical. Pues si bien produce la extinción del estado mismo que no puede ser concebido independientemente de la persona que lo llevaba, con todo en diversos supuestos los herederos del difunto pueden promover o continuar acciones de estado correspondientes a su autor, por la derivación patrimonial que el reconocimiento del verdadero estado del difunto puede representar: así pueden promover o continuar las acciones de reclamación o impugnación de estado, en las condiciones previstas en los arts. 254, 258, 259, 260, 262 y 263 del Cód. Civil (texto según la ley 23.264).

Asimismo los sucesores universales del difunto pueden continuar todas las acciones de estado iniciadas por el causante, salvo la de divorcio.⁸

Finalmente, en cuanto al "patrimonio" si bien como proyección de la personalidad en el ámbito de los bienes, se extingue con la muerte de la persona, como universalidad o conjunto de los bienes del difunto se transmite a los sucesores que los reciben e incorporan a su propio patrimonio. No hay allí transmisión de un atributo de la persona lo que sería inconcebible sino de los bienes que quedaban abrazados por la extinguida personalidad del difunto y que por la desaparición de éste resultan adjudicados a favor de sus sucesores.

962. EFECTOS EN CUANTO A LOS DERECHOS EXTRA-PATRIMONIALES DEL DIFUNTO.— En principio, la muerte provoca la desaparición de los derechos extra-patrimoniales de la persona fallecida.

Es lo que ocurre con los "derechos de familia": la muerte disuelve el matrimonio y con ello extingue los derechos y deberes conyugales que emanan de esa unión (art. 213, inc. 1º, Cód. Civ., ley 23.515). Otro tanto pasa con la patria potestad (art. 306, inc. 1º, reformado por la ley 10.903), la tutela (art. 455) y la curatela (art. 475).

Asimismo cesan con la muerte los derechos de la personalidad, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la libertad, al honor, etc., los cuales quedan sin titular (véase *supra*, núms. 371 y ss.).

Finalmente también se extinguen con la muerte las acciones penales contra el difunto (art. 59, inc. 1º Cód. Penal) así como las acciones penales privadas o de instancia privada de que disponía aquél (arts. 71 y ss. del Cód. Penal). Sin embargo la acción por calumnia o injuria puede ser ejercitada luego de la muerte del ofendido, por su cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes (art. 75, Cód. Penal), pues por la índole del delito la lesión moral que provoca se extiende a los parientes mencionados, y éstos obran a nombre propio.

963. EFECTOS EN CUANTO A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DEL DIFUNTO.— A diferencia de los anteriores, los derechos patrimoniales no se extinguen con la muerte de su titular, sino que se transmiten a los sucesores de éste, dando lugar a ese fenómeno jurídico de gran trascendencia denominado sucesión por causa de muerte o "mortis causa", al que nos referimos en el apartado siguiente.

⁸ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 688, ap. 2º, p. 386.

VI.—SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE; CONCEPTO; DERECHOS COMPRENDIDOS

964. CONCEPTO DE SUCESIÓN “MORTIS CAUSA”.— En general, la sucesión respecto de un derecho tiene lugar cuando el titular es reemplazado en ese carácter por otra persona. Igualmente se opera la sucesión cuando la persona sometida a la prerrogativa jurídica de otra traspasa a un tercero el deber que le incumbe. A la primera se denomina transmisión activa y a la segunda pasiva (conf. art. 3279).

La sucesión puede ser por actos entre vivos, o “mortis causa”, es decir, por razón de la muerte del titular de la relación jurídica o del sujeto pasivo de la misma (véase *infra*, nº 1152). Refiriéndose a esta última, el art. 3279 dice: “*La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive a la cual la ley o el testador llama para recibirla*”. Acerca de las distintas clases de sucesión “mortis causa” y categorías diferentes de sucesores, remitimos a lo expresado en el nº 1149 y siguientes.

965. DERECHOS COMPRENDIDOS.— En la sucesión “mortis causa” quedan, en principio, comprendidos todos los derechos patrimoniales pertenecientes al autor de la sucesión.

A este respecto dice el art. 3417 que “*el heredero . . . continúa la persona del difunto, y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión . . .*” Y el art. 498 agrega: “*Los derechos no transmisibles a los herederos del acreedor como las obligaciones no transmisibles a los herederos del deudor, se denominan en este Código: derechos inherentes a la persona, obligaciones inherentes a la persona*”.

VII.—DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA

966. CONCEPTO.— El recordado art. 498 del Código no suministra un criterio para saber cuáles son los derechos

u obligaciones inherentes a la persona, sino que se limita a describir la consecuencia de ellos, a saber, que no pasan a los herederos de los sujetos de la relación jurídica.

Consideramos que los derechos inherentes a la persona son aquellos que no pueden concebirse independientemente de las personas ligadas al mismo, ya porque la naturaleza del mismo derecho de que se trate no lo consiente, ya porque existe una disposición expresa de la ley que veda la transmisión.

967. DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA POR SU NATURALEZA. — Se trata de derechos originados en relaciones jurídicas creadas por la calidad especial de la persona a que se refieren. Son las obligaciones llamadas por los romanos "intuitu personæ", o sea formadas teniendo en cuenta la condición de la persona.

Revisten este carácter las obligaciones de prestar servicios que asumen los profesionales, los artistas y en algunos casos los artesanos. Al respecto el art. 1640 dispone que el contrato de locación de obra se resuelve por el fallecimiento del empresario, o sea el que promete el trabajo, agregando el art. 1641 que los herederos podrán continuar la obra "cuando ésta no exigiese en el empresario cualidades especiales".

968. DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA POR DISPOSICIÓN DE LA LEY. — Hay derechos patrimoniales que no pasan a los sucesores "mortis causa" del titular por imperio de la voluntad del legislador. Tales son: 1) los derechos reales de usufructo, uso y habitación (arts. 2920 y 2969); 2) los derechos emanados del mandato (art. 1963, inc. 3º); 3) los derechos de socio, salvo convención contraria (art. 1670 y 1761); 4) los derechos emanados de leyes de previsión social, como jubilación, pensión, etc.: cuando en este supuesto el heredero recibe algún beneficio con motivo de la muerte ocurrida, no se opera transmisión alguna de derechos, pues el beneficio nace directamente en cabeza de aquél; 5) el derecho emanado del pacto de preferencia en la compraventa (arts. 1368 y 1396); 6) el derecho a obtener la reparación del agravio moral a menos que el difunto hubiera ya entablado la acción judicial (art. 1099).

969. DERECHOS INTRANSFERIBLES POR VOLUNTAD DE LAS PARTES. — Hay algunos derechos que no obstante no ser inherentes a la persona, con todo no pasan a los sucesores por efecto de la voluntad de quienes los han creado con sujeción al plazo extintivo constituido por la muerte del titular o del obligado. Así ocurre con el dominio imper-

fecto (arts. 2661-2662) o con cualquier ventaja establecida en un contrato sujeto a aquella modalidad: pensión vitalicia, mutuo, comodatado, etc.

Obsérvese que en estos casos, en rigor, no hay intransmisibilidad del derecho sino caducidad del mismo por razón de la muerte.

§ 2. Presunción de fallecimiento. Régimen de su declaración; disposiciones del Código Civil y de la ley 14.394. Importancia práctica. Casos en que se presume el fallecimiento. Quiénes pueden pedir la declaración; juez competente; requisitos; procedimiento. Día presuntivo del fallecimiento.

I.— LA PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO *

970. NOCIÓN E IMPORTANCIA. — Hasta ahora nos hemos ocupado de la muerte fehacientemente comprobada y de las consecuencias que produce en las relaciones jurídicas que el difunto tenía pendientes.

Pero fuera de esa hipótesis el derecho no puede dejar de computar la situación que se presenta cuando una persona se ausenta del lugar de su domicilio o residencia y transcurre un lapso más o menos prolongado sin dar noticia alguna de su existencia. En tales casos, es dable presumir el fallecimiento del ausente, pues éste es el hecho que aparece revestido con una grande probabilidad, derivada precisamente de esa ausencia prolongada y de la falta de noticias sobre su paradero no obstante las averiguaciones efectuadas por sus allegados.

En tales condiciones, y llenados los precisos recaudos que la ley prevé, se tiene al ausente por difunto, proyectán-

* BIBLIOGRAFÍA: Goldstein M., *La ausencia con presunción de fallecimiento en la nueva legislación nacional*, "L. L.", t. 79, p. 811; Giorgianni H., *La dichiarazione di morte presunta*, Milán, 1943; Renard, *Déclaration de absence et de mort*, "Rev. de Droit International et de Droit Comparé", Bruselas, 1940, t. 17, número especial, p. 31; Laje E., *La ausencia con presunción de fallecimiento y el derecho sucesorio "mortis causa"*, "Rev. Fac. de Derecho", Bs. As., año VIII, julio-agosto 1953, p. 737.

dose esta presunción sobre las diferentes relaciones jurídicas que afectaban al desaparecido.

971. ANTECEDENTES. — En el *derecho romano* no se conoció la presunción de fallecimiento. El caso más común de ausencia con incertidumbre sobre la existencia del ausente se presentaba con quienes caían prisioneros: primeramente se decidió que el hecho importaba la extinción de los derechos y obligaciones del prisionero, pero luego se admitió que no mediando conocimiento de su muerte, no correspondía disponer sobre los bienes del mismo.⁹

Tampoco conoció la *antigua legislación española* la institución de la presunción del fallecimiento. La ley 12, partida III, título 2º, trata de la designación de uno o más guardadores de los bienes de las personas ausentes o muertas sin herederos, con motivo de los juicios referentes a tales bienes; y la ley 14, partida II, título 14º, facilita la prueba de la muerte de quienes se han ausentado por tierras extrañas si han pasado más de diez años y disputan los parientes sobre la posesión de sus bienes. Pero en ninguno de esos supuestos se legisla sobre presunción de fallecimiento.

En realidad el origen de la institución que examinamos se encuentra en el derecho de los antiguos *germanos* quienes conocieron en las hipótesis de incertidumbre sobre la subsistencia de las personas, la declaración de muerte que pronunciaban los tribunales de justicia a petición de parte y sobre la base de ausencias prolongadas por lapsos variables de 5 a 20 años, según los países y las circunstancias.

Por su parte el *derecho francés* ignoró asimismo lo relativo a la declaración de muerte del derecho germánico. El Código Napoleón innovando sobre sus precedentes, creó la regulación de la *ausencia* de la persona, pero sin relacionarla con la posible muerte de ella: éste es un punto al que no alude ese Código, que distingue la presunción de ausencia y la declaración de ausencia con el traspaso de los bienes a los herederos del ausente, ya en posesión provisional o definitiva, pero sin superar en ningún momento la incertidumbre respecto a la existencia del sujeto. Así por largo que sea el transcurso del tiempo la legislación francesa deja subsistente la duda sobre la vida del ausente, sin llegar nunca a superarla, ni de un modo presuntivo.

972. SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. — Nuestro Código adoptó un sistema mixto combinando dos ideas diferentes: la idea de la declaración de muerte del derecho germánico y la idea de la *ausencia* del derecho francés. Con ello organizó la institución de la "ausencia con presunción de fallecimiento".

⁹ Comp. Orgaz A., *op. cit.*, p. 54.

La declaración de muerte del antiguo derecho germánico influyó en nuestro Código a través de Freitas que admitía, paralelamente, como hecho extintivo de la existencia visible de las personas, la muerte de ellas comprobada fehacientemente (*Esbozo*, arts. 241 a 243) y el fallecimiento presunto declarado judicialmente (*Esbozo*, arts. 224 a 271).

Vélez Sársfield conoció el sistema de Freitas y siguió fundamentalmente su orientación, pero tomó en cuenta también la idea de la ausencia del Código francés. Con esos elementos estructuró un régimen gradual, que en función de la ausencia de la persona llega a la declaración de presunción de su fallecimiento, con efectos restringidos a las relaciones jurídicas de carácter patrimonial.

973. LA LEY 14.394. — El régimen del Código Civil referente a la “ausencia con presunción de fallecimiento” ha sido sustituido por el que organiza la ley 14.394, capítulo III, que se extiende desde el art. 22 al 32 inclusive de esa ley.

Sin perjuicio del estudio detallado que haremos de sus disposiciones, adelantamos que ese articulado está en lo substancial tomado de los arts. 60 a 69 del Anteproyecto de 1954, con las diferencias que se irán indicando a medida que avancemos en ese estudio.

El nuevo régimen se aproxima más al sistema germánico pues ya se habla directamente de “presunción de fallecimiento” y no de ausencia con presunción de fallecimiento, como en el Código: o sea que no es la ausencia la que se declara sino la muerte presunta. Por lo demás se sacan todas las consecuencias derivadas de este hecho, incluso la disolución del matrimonio del desaparecido; admitida la nueva idea, debía seguirse el reconocimiento de un verdadero traspaso de bienes a favor de los herederos del desaparecido, que ahora son reconocidos titulares de un dominio imperfecto sobre esos bienes, de conformidad al art. 2661 y ss. del Código Civil. Durante un primer período, que ha sido llamado de la prenotación,¹⁰ los sucesores carecen de facultades para enajenar dichos bienes, pero con el transcurso de los 5 años desde el día presuntivo del fallecimiento, cesan las limitaciones y quedan aquéllos habilitados para disponer de los bienes libremente. Con todo, aun durante este segundo período los sucesores siguen teniendo un dominio imperfecto o revocable que puede resultar extinguido por la reaparición del presuntamente fallecido.

¹⁰ Por Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 730, p. 411.

Finalmente, la nueva ley ha abreviado considerablemente los plazos en virtud de los cuales puede llegarse a la declaración del fallecimiento presunto, lo que concuerda con el progreso de los medios de comunicación que hace inverosímil la posibilidad de que alguien pueda por un tiempo largo permanecer alejado de su ambiente familiar sin dar noticias de su existencia.

II. — DISTINTOS CASOS Y TÉRMINOS

974. CAUSA DE PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO. — La causa que hace presumir el fallecimiento de una persona es su *ausencia* del lugar de su domicilio o residencia, calificada por la *falta de noticia* alguna durante *lapsos* más o menos prolongados, según los casos.

Con esos elementos el legislador ha enunciado tres situaciones posibles:

1º) *Caso ordinario*: se requiere simplemente la prolongación de aquella situación (ausencia sin noticias) durante *tres* años.

2º) *Caso extraordinario genérico*: se requiere que el desaparecido haya estado en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte; o haya participado de una empresa que implique el mismo riesgo. En tal caso la presunción de su fallecimiento se causa por el transcurso de *dos* años de ausencia sin noticias.

3º) *Caso extraordinario específico*: se presenta cuando el desaparecido ha estado en una nave o aeronave naufragada o perdida. La presunción de fallecimiento se causa por el transcurso carente de noticias de sólo *seis* meses.

Nos referiremos separadamente a cada uno de esos casos.

975. I) CASO ORDINARIO: REQUISITOS. — Según el art. 22 de la ley 14.394 *“la ausencia de una persona del lugar de su domicilio o residencia en la República, haya o no dejado apoderado, sin que de*

ella se tenga noticia por el término de tres años, causa la presunción de su fallecimiento. Ese plazo será contado desde la fecha de la última noticia que se tuvo de la existencia del ausente”.

El precepto proviene del art. 69 del Anteproyecto de 1954, que ha sido transcripto literalmente con la sola diferencia del lapso de la ausencia que en ese texto es de cuatro años, como así también en el Anteproyecto Bibiloni (art. 142, primera redacción; art. 127, segunda redacción) y en el Proyecto de 1936 (art. 65, inc. 4º).

En el supuesto general que contempla la disposición transcripta no concurre ninguna circunstancia especial que indique la sospecha de la muerte, pero esta probabilidad se induce del solo transcurso del lapso de la ausencia sin noticia alguna sobre la existencia del desaparecido. En esa probabilidad está sustentada la presunción de la ley que incide en todas las relaciones jurídicas que tenía constituidas el desaparecido. Es claro que por tratarse de una mera probabilidad todas las modificaciones que el presunto fallecimiento introduce en aquellas relaciones, quedan sujetas a la condición resolutoria de su eventual reaparición: este es un principio general que tiene las excepciones que se examinarán más adelante (véase *infra*, nº 1027 y ss.).

976. II) CASO EXTRAORDINARIO GENÉRICO. — Denominamos de esta manera al supuesto comprensivo de diversas hipótesis, contempladas en el art. 23, inc. 1º, de la ley 14.394 así concebido: *“Se presume también el fallecimiento de un ausente: 1º) Cuando se hubiere encontrado en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o hubiere participado en una empresa que implique el mismo riesgo y no se tuviere noticias de él por el término de dos años, contados desde el día en que ocurrió, o pudo haber ocurrido el suceso; . . .”*

El precepto transcripto está tomado, a la letra, del art. 61, inc. 1º, del Anteproyecto de 1954, el cual a su vez se inspiró en el art. 143 del Anteproyecto Bibiloni que indica el plazo de tres años, reducido a dos años también por el art. 65, inc. 3º, del Proyecto de 1936. Pero es de notar que la previsión de la hipótesis complementaria referente a la participación en una empresa que implicara igual riesgo, no estaba contemplada en el Anteproyecto Bibiloni, ni en el Proyecto de 1936, y fue originada por el comentario de Enneccerus, t. I, vol. 1º, párrafo 79, II, c).

Si se comparan las variadas situaciones contempladas en este inciso con el caso general del art. 22 de la ley 14.394 se justifica la reducción del plazo de 3 a 2 años, en razón de la mayor probabilidad de muerte que surge de aquellas circunstancias. No se trata de la sola ausencia del desaparecido, del lugar de su domicilio o residencia, sino

de ese hecho sumado a la circunstancia de haber estado en un lugar donde se desarrolló un hecho con riesgo de muerte.

977. III) CASO EXTRAORDINARIO ESPECÍFICO. — Lo denominamos de esta manera porque a diferencia de las hipótesis del precepto del art. 23, inc. 1º, aquí se contempla un hecho concreto y preciso, el naufragio o pérdida de una nave o aeronave. Al respecto el art. 23, inc. 2º, de la ley 14.394 dice: *“Se presume también el fallecimiento de un ausente: . . . 2º) si encontrándose en una nave o aeronave naufragada o perdida, no se tuviere noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido”*.

También este precepto es casi igual al art. 61, inc. 2º, del Anteproyecto de 1954, difiriendo sólo en el cambio de la palabra “buque” por “nave”, y en el lapso de un año que se ha reducido a 6 meses. Por lo demás los autores de aquel Anteproyecto se habían inspirado en el art. 143 del Anteproyecto Bibiloni (art. 128 de la segunda redacción), también seguido por el art. 65, inc. 1º del Proyecto de 1936.

La reducción del plazo para declarar la presunción del fallecimiento está justificada por la máxima probabilidad de muerte que se induce de la ausencia de noticias sobre el desaparecido en las circunstancias previstas por la ley. Con todo, por la posibilidad de búsquedas más prolongadas, en selvas o montañas, nos parece preferible el plazo de un año que marcaban los proyectos nacionales anteriores, al de seis meses adoptado por el legislador de 1954, que resulta harto reducido.

III. — QUIÉNES PUEDEN PEDIR LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO PRESUNTO

978. QUIÉNES PUEDEN PEDIR LA DECLARACIÓN. — El art. 24 de la ley 14.394, dice: *“En los casos de los artículos precedentes, podrán pedir la declaración del día presuntivo del fallecimiento justificando los extremos legales y la realización de diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente, todos los que tuvieran algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate. La competencia del juez se regirá por las normas del art. 16”*.

El antecedente de este precepto es el art. 62 del Anteproyecto de 1954 que no contiene la frase supérflua “en los casos de los artículos precedentes”. Es claro que el pedido de tal declaración de fa-

fallecimiento presunto procede en esos casos y sólo en ellos, por lo que podía aligerarse la redacción del artículo con la eliminación de esa mención sobreabundante.

La fórmula genérica utilizada —“*todos los que tuvieren algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate*”— cubre todos los posibles interesados en la declaración, y mejora notablemente la enunciación casuística del antiguo art. 113 del Código y de los arts. 145 (primera redacción) y 130 (segunda redacción) del Anteproyecto Bibiloni, y art. 66 del Proyecto de 1936.

979.— Entre los *interesados* cabe mencionar los siguientes:

a) El cónyuge del ausente, aun sin vocación hereditaria, pues siempre dispondría del derecho de contraer nuevas nupcias, supeditado a la declaración del fallecimiento presunto del ausente (artículo 31, ley 14.394). No creemos que sea menester acreditar el interés del cónyuge para que se admita su legitimación procesal en la causa, pues tal interés surge implícitamente de aquella sola posibilidad, sin que por su mismo carácter sea menester la exposición del propósito ante extraños.¹¹

b) Los herederos presuntos del ausente, legítimos o testamentarios, si éstos han sido instituidos en un testamento abierto. Por el contrario, los herederos instituidos en un testamento cerrado carecen de acción, por ignorarse su título hasta la apertura del testamento, lo cual recién puede tener lugar después de la declaración del fallecimiento presumido por la ley.

Se ha observado, con razón, que el carácter hereditario en virtud del cual se abre la acción para solicitar esta declaración, se computa al tiempo de iniciarse el proceso, pues todavía se ignora cuál será el día presuntivo del fallecimiento que fija el momento de la apertura de la sucesión del desaparecido y por tanto determina el carácter hereditario en unas u otras personas, tal vez distintas de quienes ostentaban presuntivamente esa calidad en el momento de la iniciación del juicio.¹² Pero si se opusiere al pedido de declaración de fallecimiento presunto, alguien que excluyera al solicitante, de la herencia del desaparecido, ello sería bastante para que no procediera la tramitación de la causa

¹¹ Comp. Borda, G. A., quien subordina la promoción de la acción a la demostración de que el cónyuge tiene un interés patrimonial o de otro orden en la declaración de fallecimiento presunto (*op. cit.*, t. I, n.º 265, ap. a), ps. 235 y 236).

¹² Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n.º 265, p. 236, b); Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 113, p. 594, n.º 10; Salvat, R., *op. cit.*, n.º 1044, p. 480.

si no se adhiriese a aquel pedido algún otro interesado que tuviese legitimación procesal.¹³

c) Los legatarios instituidos en un testamento abierto, que ostentan evidentemente un derecho supeditado a la muerte del testador.

d) El Fisco, interesado eventualmente en la recepción de los bienes del ausente si éste careciese de herederos. éste careciese de herederos.

e) El beneficiario de un seguro sobre la vida del ausente, así como en general los acreedores de una prestación subordinada en su exigibilidad o existencia al plazo o condición de la muerte del desaparecido.

f) El socio de una sociedad de dos socios, el mandatario, el deudor de renta vitalicia o cualquier otro contratante cuyas obligaciones caducan por la muerte de la contraparte.¹⁴

g) El nudo propietario, cuando el desaparecido fuere titular del correlativo derecho de usufructo, uso o habitación, por su interés en la consolidación de su dominio.

h) Los acreedores de cualquier interesado patrimonialmente en la declaración del fallecimiento del desaparecido, cuando obraren en ejercicio de la acción subrogatoria.¹⁵

Es de notar que la enunciación precedente no hace sino ejemplificar la fórmula legal, pero no pretende agotar la nómina de quienes pueden tener derechos subordinados a la muerte del desaparecido. Desde ese punto de vista, la ley 14.394 ha introducido una reforma substancial sobre el régimen del Código Civil, que según se entendía contenía en su art. 113 una enunciación taxativa de los posibles titulares de la acción para promover el procedimiento de la ausencia con presunción de fallecimiento.¹⁶ En el nuevo sistema, queda sustituida la enunciación casuística, por una formulación conceptual, en virtud de la cual están facultados para pedir la declaración del fallecimiento presunto del desaparecido todos los que tienen "un derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate", como dice la ley.

¹³ Conf. Borda, *op. cit.*, *loc. cit.*, nota anterior.

¹⁴ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 721, inc. 6, p. 405. Para Salvat y Orgaz el socio no tiene acción, porque no la necesita. Entendemos que la explicación es dudosa y en cambio no lo es que la muerte de un socio disuelve la sociedad constituida entre dos personas (conf. art. 1758), por lo que el socio sobreviviente dispone de la acción en esa hipótesis.

¹⁵ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 265, p. 236, d); Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 113, p. 595, n° 17; Salvat, R., *op. cit.*, 5ª ed., n° 1079, p. 495.

¹⁶ En este sentido Salvat, R., *op. cit.*, n° 1050, p. 481; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 113, p. 595, n° 26.

980. QUIÉNES NO PUEDEN PEDIR LA DECLARACIÓN. — La doctrina ha examinado la situación de ciertas personas vinculadas al desaparecido concluyéndose que no están habilitadas para pedir la declaración del fallecimiento.

a) Los acreedores del ausente. Bueno es notar que tales acreedores no tienen condicionado su derecho al fallecimiento del deudor, pero además carecen de todo interés en concretar la sucesión "mortis causa" del ausente. Diversa es la situación cuando se trata de proveer al cuidado de los bienes del simple ausente, mediante el nombramiento de un curador, pues entonces sí tienen aquellos un efectivo interés en la designación de ese representante para ventilar con el mismo las acciones judiciales del caso: por ello es que están los acreedores autorizados para iniciar el juicio de ausencia por tener "interés legítimo respecto de los bienes del ausente" (conf. art. 17, ley 14.394) pero no lo están para pedir la declaración del fallecimiento presunto de la misma persona.

b) Los parientes del desaparecido en grado no sucesible, o sea los parientes colaterales más lejanos del 4º grado (conf. nuevo artículo 3585).

c) Los amigos del desaparecido.

d) El Ministerio Fiscal. Aquí encontramos otra diferencia fundamental con el sistema del Código Civil, ahora derogado, pues mientras en éste el Ministerio Fiscal, en cuanto tal y como representante del orden público, tenía acción para promover juicio de ausencia con presunción de fallecimiento (art. 113, Cód. Civil), actualmente carece de esa atribución. Por cierto que sí podrá hacerlo en defensa de los intereses fiscales cuando el Fisco tenga algún derecho subordinado a la muerte del desaparecido, pero en ese supuesto su actuación será la de un representante que obra en nombre de su representado sin tener el carácter de la intervención de un organismo que actúa en ejercicio de sus propios poderes en el desempeño de una función pública. Por ello para justificar su personería, el Fiscal deberá acreditar "prima facie" la existencia del derecho supeditado a la muerte del desaparecido, en virtud del cual obre.

e) El Cónsul respectivo, si el ausente fuese extranjero. En el sistema derogado (art. 113, Cód. Civil), podía solicitar la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento pero en el régimen vigente carece de tal atribución, que era por entero injustificada.

IV.— EL JUICIO DE PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO

981. **NOCIÓN.** — Para establecer el fallecimiento presunto de una persona desaparecida, es menester seguir un juicio a ese efecto. La ley prevé ante quién ha de promoverse la respectiva acción y bajo cuáles requisitos, así como también cuál ha de ser el procedimiento que debe seguirse para obtener la declaración judicial pertinente.

982. **JUEZ COMPETENTE.** — Al respecto el art. 24 de la ley 14.394, parte final, dice: *“La competencia del juez se regirá por las normas del art. 16”*. Por tanto es juez competente el del domicilio o, en su defecto, el de la última residencia del desaparecido.

No hay dificultad para que este juicio tramite en el mismo expediente donde se hubiese declarado la ausencia del desaparecido, con arreglo a lo dispuesto en el art. 19 de la ley 14.394. Pero no es obligatorio que así sea, pues el juicio de ausencia no es un presupuesto indispensable del juicio de presunción de fallecimiento, ni la declaración de la ausencia permite prescindir de la justificación de las diligencias realizadas para conocer el paradero del desaparecido (conf. art. 26, segunda parte, ley 14.394). Todo lo cual muestra la independencia existente entre ambos procesos.

983. **REQUISITOS.** — Al respecto deben distinguirse los requisitos de procedencia de la acción y los requisitos de admisibilidad de la misma. Los estudiaremos por separado.

984. **I) REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN.** — Se refieren a los extremos exigibles para que sea viable la tramitación intentada. Son requisitos puramente formales o procesales que hacen a la “regularidad” del juicio, como una garantía de la seriedad y justicia del pronunciamiento a dictarse en materia tan importante como ésta, que incide en la existencia jurídica de la persona, y consiguientemente en las relaciones jurídicas pendientes.

Los requisitos de esta clase que hacen a la procedencia o viabilidad de la acción por presunción de fallecimiento son:

1º) Que la “desaparición” de la persona, que se denuncia, esté abonada por una comprobación que “prima facie” demuestre la verosimilitud del hecho, lo cual consideramos como un elemento justificativo de la seriedad de la denuncia. Es claro que esta comprobación de “seriedad” resulta innecesaria si previamente se ha declarado la ausencia del desaparecido (arts. 16 y 24, ley 14.394);

2º) Que se justifique la competencia del juez, o sea la existencia del domicilio del desaparecido, dentro de su jurisdicción. Si se desconociera el domicilio o estuviese constituido fuera del país, bastará la comprobación de la última residencia del desaparecido dentro del distrito del magistrado, para que quede llenado este recaudo (conf. arts. 16 y 24, ley nº 14.394).

3º) Que el denunciante acredite la titularidad de la acción intentada, o sea que es dueño de un derecho subordinado a la muerte del desaparecido, pues en caso contrario carecería de interés para solicitar la declaración del fallecimiento presunto del desaparecido.

Llenados esos recaudos el juez debe abrir el juicio de presunción de fallecimiento y ordenar el trámite correspondiente (ver *infra*, nº 986).

985. II) REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN.— Son los extremos que han de acreditarse en el curso del procedimiento para que el juez deba dictar la declaración de fallecimiento presumido por la ley.

Tales son:

1º) *La falta de noticias sobre el desaparecido.* No se trata de la comprobación de un hecho puramente negativo, sino de la realización de averiguaciones infructuosas sobre la existencia de la persona, efectuadas en aquellos lugares en que era dable esperar que estuviese o se supiese de él. Es lo que resulta del art. 24 de la ley 14.394 que exige no sólo la justificación de los extremos legales, que enseguida veremos sino también “*la realización de diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente*”. Tales diligencias pueden ser acreditadas por cualquier medio de prueba, incluso por testigos, por referirse a la comprobación de simples hechos y no haber al respecto limitación legal alguna.¹⁷

2º) La subsistencia de la situación de carencia de noticias, durante los plazos determinados por la ley que son variables, como ya

¹⁷ Conf. Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 114, p. 597, nº 10; Salvat, R., *op. cit.*, nº 1054, p. 493; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, nº 270, p. 238, c).

se ha visto: 3 años en el caso ordinario (art. 21, ley 14.394), 2 años en el caso extraordinario genérico (art. 22, inc. 1º, ley 14.394), y 6 meses en el caso específico del naufragio o pérdida de un barco o avión (art. 22, inc. 2º, ley 14.394).

El transcurso de los plazos aludidos se cuenta, cuando se trata del caso ordinario "desde la fecha de la última noticia que se tuvo de la existencia del ausente" (art. 22, parte final, ley 14.394); y cuando se trata de un caso extraordinario "desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido" (art. 23, inc. 1º y 2º, "in fine");

3º) Si fuere el caso, la prueba del hecho extraordinario, tal como el incendio, el terremoto, la acción de guerra, el accidente, o el naufragio o pérdida de la nave o aeronave donde hubiere estado el desaparecido, y de la presencia del mismo en el lugar del hecho. Pero es claro que si el peticionante no se acoge a los términos breves de 2 años y 6 meses, es dable eximirlo de la prueba de las circunstancias aquí previstas;¹⁸

4º) El cumplimiento del procedimiento legal adecuado y especialmente el llamado por edictos durante seis meses, sin resultado favorable (conf. art. 26, ley 14.394).

986. PROCEDIMIENTO.— Como la mejor garantía de la justicia de la decisión a adoptarse, la ley fija un procedimiento preciso que es menester cumplir para llegar, eventualmente, a la declaración del fallecimiento presunto del desaparecido.

Ese procedimiento legal está integrado por los siguientes pasos:

1) Apertura del juicio, previa justificación de los requisitos de procedencia del trámite solicitado (véase *supra*, nº 984). Si el recurrente debiera completar con alguna prueba adicional, la documentación que lo habilite para la promoción de la acción, se recibirá dicha prueba antes de darse curso a la denuncia;¹⁹

2) Nombramiento del defensor del ausente. A este respecto dice el art. 25 de la ley 14.394: "El juez nombrará defensor al ausente o dará intervención al defensor oficial cuando lo hubiere dentro de la jurisdicción..." Es de notar que aquí el legislador se apartó de la prelación indicada en el art. 18 de la misma ley (véase *supra*, nº 802) siguiendo a la letra al art. 63 del Anteproyecto de 1954 que permite al juez, optativamente, nombrar un defensor de oficio o dar intervención al defensor oficial. Pensamos que esta redacción menos rígida favorece los intereses de las partes y no recarga innecesariamente la labor de

¹⁸ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, nº 270, p. 239.

¹⁹ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 724, p. 407.

Los defensores oficiales, a los que no debe recurrirse sino cuando el gasto que demande la actuación remunerada de un defensor resultare excesivo para el caudal de los bienes del desaparecido;

3) Citación por edictos al desaparecido. El art. 25 de la ley 14.394 continúa diciendo “. . . y citará a aquél (el ausente) por edictos, una vez por mes, durante seis meses”. Se ha entendido que la citación debe hacerse bajo apercibimiento de declararse el fallecimiento presumido por la ley, si el citado dejara de presentarse en el juicio.²⁰ En la Capital Federal los edictos deben publicarse en el “Boletín Oficial” y en otro periódico que el juez designe;

4) Recepción de pruebas. Durante el proceso, el solicitante, así como el defensor del ausente si quisiera hacerlo, deberán rendir la prueba que acredite los requisitos de admisibilidad de la acción (véase *supra*, nº 985), y por tanto persuada de la efectividad de los hechos presuntivos del fallecimiento. Aun cuando la ley pareciera insinuar que la recepción de la prueba debe hacerse con posterioridad al llamado de edictos —“pasados los seis meses, recibirá la prueba y oído el defensor el juez, si hubiere lugar a ello, declarará. . .”, dice el art. 26 de la ley—, no hay motivo razonable para postergar la prueba de los hechos hasta el vencimiento del término de los edictos, pudiéndose recibir las medidas pertinentes aún pendiente dicho término.²¹

En cuanto a los medios de prueba a que se puede recurrir no hay limitación alguna y todos son admisibles. Pero, como se ha observado no sería bastante una mera remisión a la prueba producida en un anterior juicio de ausencia, porque como dice el art. 26 “in fine” de la ley 14.394 “la declaración de ausencia. . . no supe las comprobaciones de las diligencias realizadas para conocer el paradero del ausente”. Esto indica la necesidad de rendir en el juicio por presunción de fallecimiento las pruebas conducentes a la demostración de los hechos a los que la ley asigna el valor de ser presuntivos del fallecimiento. Mas, las pruebas rendidas en el juicio de ausencia pueden ser ofrecidas como un elemento de convicción cualquiera, sujeto a la valoración del juez.²²

5) Audiencia del defensor. La intervención del defensor es indispensable en los actos esenciales del proceso, para que en el mismo pueda recaer una sentencia válida. Desde luego el defensor debe ser oído, luego de producidas las pruebas para que se expida sobre el mé-

²⁰ Conf. Salvat, R., *op. cit.*, nº 1059, p. 486; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 115, p. 601, nº 27; Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 32, nº 1037, p. 645; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, nº 269, p. 238.

²¹ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 726, p. 407.

²² Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 726, p. 408.

rijo de las mismas, como lo indica el art. 26 de la ley: *"Pasados los seis meses, recibida la prueba y oído el defensor . . ."*.

Pero no sólo en esa oportunidad debe ser oído el defensor, sino que todas las pruebas han de rendirse bajo su control y como en el expediente no hay propiamente un período procesal de prueba, de ahí la necesidad de que las medidas que se ofrezcan sean ordenadas con citación del defensor, bajo pena de nulidad de lo obrado sin cumplirse ese recaudo, que hace a la garantía constitucional de la defensa en juicio del ausente. Con todo, por tratarse como todas las nulidades procesales de una nulidad relativa, ésta también reviste ese carácter, por lo que las actuaciones pueden ser confirmadas expresa o tácitamente por el defensor del desaparecido, si tomare intervención ulterior en el juicio y no objetase las pruebas producidas.

987. DECLARACIÓN DEL FALLECIMIENTO PRESUNTO.

— Con la realización de los trámites mencionados en el punto anterior, queda el expediente en estado de recibir sentencia. Así lo indica el art. 26 de la ley 14.394: *"Pasados los seis meses, recibida la prueba y oído el defensor, el juez, si hubiere lugar a ello, declarará el fallecimiento presunto del ausente, fijará el día presuntivo de su muerte y dispondrá la inscripción de la sentencia en el registro del estado civil de las personas"*.

El plazo de seis meses a que se hace alusión es el de la publicación de edictos, de manera que si por incuria de la parte interesada u otro motivo los edictos no se hubiesen publicado con la periodicidad prevista por la ley, no podrá dictarse sentencia hasta que no se cumpla ese requisito, a razón de un día de publicación faltante cada mes.

La ley prevé la inscripción de la sentencia de fallecimiento presunto en el Registro Civil. En virtud de ello el art. 51, inc. 3º de la ley 14.586 dispone que *"deberán asentarse en el libro de defunciones: . . . 3º) las sentencias sobre presunción de fallecimiento . . ."*. Y para todo el país, así lo establece el art. 52, inc. 3º, del decreto-ley 8204/63.

988. LA SENTENCIA NO HACE COSA JUZGADA. — Desde que la sentencia que declara el fallecimiento presunto del desaparecido sólo comprueba los presupuestos de hecho de una presunción legal "juris tantum", lógico es que ella no

cause cosa juzgada. Siempre es posible destruir esa comprobación con la alegación de hechos nuevos que acrediten la existencia actual del desaparecido o su existencia hasta un tiempo posterior al reconocido en la sentencia que se impugne. Esto último puede tener una gran importancia, pues como el día presuntivo del fallecimiento se fija en función "de la última noticia que se tuvo de la existencia del ausente" (art. 22, *in fine*, y 27 de la ley 13.394), al variar la fecha de la última noticia cambia también la fecha del fallecimiento presunto y con esto pueden alterarse los herederos y sus porciones hereditarias.²³

V.—DÍA PRESUNTIVO DEL FALLECIMIENTO

989. DETERMINACIÓN. — Según se ha visto, la sentencia que declara el fallecimiento presunto de una persona, debe fijar también el día presuntivo de la muerte, asunto de la mayor importancia porque en ese momento se abre la sucesión del presunto muerto y se fijan los derechos hereditarios en cabeza de quienes fueran entonces sus herederos.

Por esta trascendencia el legislador no ha querido dejar librada la determinación del punto al arbitrio judicial que sería ejercido sobre una materia necesariamente incierta. De ahí que haya adoptado criterios rígidos de fijación del día del fallecimiento, en función de la última noticia que se haya tenido del desaparecido.

Al respecto el art. 27 de la ley 14.394 dice: "*Se fijará como día presuntivo de fallecimiento:*

"1º) *En el caso del art. 22, el último día del primer año y medio;*

"2º) *En el que prevé el art. 23, inc. 1º, el día del suceso en que se encontró el ausente, y si no estuviese determi-*

²³ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, nº 272, p. 239; Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 116, p. 604, nº 24; Orgaz, A., *op. cit.*, p. 70.

nado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido;

"3º) En los supuestos del art. 23, inc. 2º, el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdido".

Las reglas adoptadas, fijan la fecha del fallecimiento presunto en función de un doble criterio: en primer lugar si se conoce la fecha del suceso luctuoso, se está a la que resulte del día del siniestro, v. gr., el día de la catástrofe o de la última noticia tenida del buque o avión naufragados; si no se conoce precisamente esa fecha, se la ubica en el término medio de la época en que pudo haber ocurrido el suceso.

Este segundo criterio es también el adoptado en el supuesto general, en que la declaración del fallecimiento se basa en la inferencia resultante de la sola ausencia del desaparecido sin noticia alguna por un lapso mínimo de tres años: como no se sabe cuándo pudo producirse la muerte probable; se la ubica en el término medio de esa época de tres años, o sea *"el último día del primer año y medio"*. Con ello se independiza el día de la muerte presumida por la ley, del tiempo más o menos prolongado que hayan dejado pasar los parientes del desaparecido hasta la iniciación del juicio pertinente.

990. CONSECUENCIAS. — Las consecuencias jurídicas de la determinación del día presuntivo del fallecimiento son de la mayor importancia. Pues los efectos de la declaración judicial del fallecimiento remontan retroactivamente a esa fecha, en la cual se opera la transmisión "mortis causa" de los derechos del desaparecido, susceptibles de ser transmitidos a los sucesores que lo fueren a ese momento. Así, si el desaparecido dejara dos hijos, uno de los cuales que estuviese casado sin descendencia hubiere fallecido durante el período previo a la declaración de la muerte presunta del padre, dependerá de la ubicación del día presuntivo del fallecimiento del desaparecido para que el hijo vivo reciba los bienes del muerto presunto, o para que los comparta igualmente con la viuda del otro hijo. En efecto, si el día presuntivo del fallecimiento se ubica antes de la muerte del hijo, entonces éste concurre a la sucesión de su padre y transmite por su propia muerte esa parte de la herencia a su cónyuge. Pero si dicho día presuntivo del fallecimiento cae en una fecha ulterior a la muerte del hijo fallecido, entonces la heren-

cia total del desaparecido es recibida por el único hijo viviente en ese momento.

Ese ejemplo muestra la importancia práctica que reviste la determinación del día presuntivo del fallecimiento y aún la hora misma en que verosíblemente pudo tener lugar, porque puede darse la coincidencia de que ese día sea también el de la muerte de alguno de los sucesores del desaparecido. En previsión de esta hipótesis el art. 27 de la ley 14.394, en su segunda parte, dice: *“Cuando fuere posible, la sentencia determinará también la hora presuntiva del fallecimiento. En caso contrario se tendrá por sucedido a la expiración del día declarado como presuntivo del fallecimiento”*. Por consiguiente, volviendo al ejemplo anterior, si constase el fallecimiento del hijo a las 19 horas del mismo día presuntivo del fallecimiento del padre, no obstante la coincidencia de fechas, como la sucesión del último se abrió a las 24 horas de ese día corresponderá deferir la herencia al único hijo viviente en ese momento. Pero si en cambio la sentencia del fallecimiento presunto ubica la hora del suceso en las 12 del día —caso de catástrofe o menos verosíblemente de naufragio— ha de considerarse que los derechos del muerto presunto fueron transferidos a sus dos hijos y consiguientemente que la herencia debe partirse entre el hijo vivo y la viuda del otro.

La fijación del día presuntivo del fallecimiento del desaparecido ejerce influencia no sólo en cuanto a la apertura de la herencia de aquél, que es sin duda el efecto más importante y típico, sino también por su repercusión en los derechos condicionados a este hecho, tales como jubilaciones, pensiones, rentas vitalicias, seguros de vida, etc.

Por tanto la determinación del día presuntivo del fallecimiento repercute con respecto a todas las relaciones jurídicas que dependiesen de la fecha de la muerte del desaparecido

990 bis. PERSONAS DESAPARECIDAS: LEY 22.068. —
Una secuela lamentable que ha dejado la guerra subversiva, que ha vivido el país durante los últimos años ha sido la desaparición de un cierto número de personas, algunos de los cuales han pasado a la clandestinidad mientras otros verosíblemente han perdido la vida, ya por la represión ejercida contra ellos o por la acción de sus propios compañeros interesados en silenciar la información sobre hechos y datos que pudieran trascender.

Con el propósito de regularizar las situaciones de familia y patrimoniales originadas por aquellas desaparicio-

nes se ha dictado la ley 22.068 que ha autorizado a los jueces federales del último domicilio del desaparecido a declarar el fallecimiento de éste cuando se hubiera fehacientemente denunciado la desaparición “entre el 6 de Noviembre de 1974, fecha de declaración del estado de sitio por decreto n° 1368/74 y la fecha de promulgación” de aquella ley (art. 1º, ley 22.068).

Tienen acción para promover la expresada declaración el cónyuge y los parientes consanguíneos o afines dentro del cuarto grado del desaparecido, así como el Estado por intermedio del Ministerio Público respectivo. Puede intentarse la acción por cualquier persona legitimada para ello pese a la oposición de otros titulares de esa facultad (art. 2º, ley 22.068).

Establecida la autenticidad de la presentación de la denuncia de desaparición, el juez debe citar al desaparecido por edictos, durante cinco días, los que se publicarán en dos periódicos de mayor difusión de la localidad respectiva y en el Boletín Oficial (art. 5º, ley 22.068). Asimismo, el juez debe requerir de oficio al Ministerio del Interior, información sobre las noticias o diligencias vinculadas con la desaparición, y siendo éstas negativas, luego de 90 días desde la última publicación de edictos, declarará el fallecimiento presunto del desaparecido, fijándose la fecha del deceso en el día de la denuncia de la desaparición. Esta sentencia deberá inscribirse en el Registro del estado civil y capacidad de las personas, de la respectiva jurisdicción (art. 6º, ley 22.068).

Los efectos de la declaración del presunto fallecimiento de desaparecidos vinculados a la subversión son los mismos establecidos en los arts. 28 a 32 de la ley 14.394 (art. 7º, ley 22.068; véase *infra*, n° 991 y ss.).

Este régimen especial ha sido derogado por la ley 22.967 (art. 1º), estableciendo como norma de transición que “las causas que se encuentren en substanciación a la fecha de promulgación de la presente ley, continuarán incoándose y producirán efectos de conformidad con lo establecido en la ley n° 22.068, hasta las respectivas sentencias definitivas” (art. 2º).

§ 3. Efectos de la declaración del fallecimiento presunto: sobre el matrimonio y sobre los bienes. Apertura de la sucesión: consecuencia; partición. Garantías a favor del presunto causante: inventario, prenotación y autorización judicial. Término del período de indisponibilidad relativa o dominio imperfecto.

I.— EFECTOS GENERALES DE LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO

991. PRINCIPIO DE EQUIPARACIÓN.— Las consecuencias de la declaración de fallecimiento presunto son, en general, las que derivan de la muerte efectiva de las personas. Es que la “presunción de la ley” es otro modo de establecer en el orden jurídico el hecho de la muerte, hecho que se acredita normalmente por la comprobación del mismo mediante las pruebas legales pertinentes (véase *supra*, núms. 525 y 531-534). Consiguientemente la muerte puede ser “comprobada” legalmente, o “presumida” por la ley.

Por fuerza de tal equiparación tienen lugar, con ocasión de la declaración de la muerte “presunta” de una persona, las consecuencias que hemos estudiado en los núms. 960 a 969 del presente capítulo, a los que remitimos.

Pero el principio de equiparación no es absoluto. La “presunción” de fallecimiento se diferencia de la muerte “comprobada” en cuanto a la disolubilidad del matrimonio, en cuanto al régimen de los bienes y en cuanto a las derivaciones que provoca la eventual reaparición del presuntamente fallecido. De todo ello nos ocuparemos seguidamente.

II.— EFECTOS EN CUANTO A LA DISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO

992. COMPARACIÓN.— En tanto que la muerte de alguno de los cónyuges es causa de disolución del matrimonio (conf. art. 81, ley de matr. civil), la “presunción” de esa muerte es sólo causa de disolubilidad de la unión. Así resulta del art. 31 de la ley 14.394, que en su primera parte dice así:

“La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento autoriza al otro cónyuge a contraer nuevo matrimonio, quedando disuelto el vínculo matrimonial al contraerse estas segundas nupcias”.

Llama la atención la fórmula que aquí usa el legislador “ausencia con presunción de fallecimiento”, que era la del Código Civil, pero que no corresponde a la idea básica adoptada por los proyectos nacionales de reforma que distinguen claramente la “declaración de ausencia” de la “declaración de fallecimiento presunto”, sin mezclar ambos conceptos como aquí lo hace el legislador, que en otros aspectos sigue al Anteproyecto de 1954. Tal vez la diferencia obedezca a que en la redacción del art. 31 ya no se disponía del modelo de ese Anteproyecto que trata de los efectos de la presunción del fallecimiento con relación al matrimonio en el título referente a esta institución, art. 439, que por entonces estaba en esa parte inédito (véase *supra*, nº 267).

En el sistema del Código Civil, la ausencia con presunción de fallecimiento no disolvía el matrimonio ni podía dar lugar a la disolución (conf. art. 223 trasladado luego de la sanción de la ley de matrimonio civil al art. 83 de ésta). Con ello el desaparecido quedaba en una situación ambigua, pues se lo reputaba vivo con respecto a ciertas relaciones jurídicas (matrimonio), y muerto para otros efectos, como los referentes al dominio de los bienes y a la disolución de la sociedad conyugal (conf. art. 123).

Tal disparidad no resultaba justificada. Si la ley presumía la muerte del desaparecido, tal presunción debía proyectarse sobre todas las relaciones jurídicas pendientes, sin que hubiese motivo alguno para discriminar entre ellas. Pero eso sí, por tratarse de una mera presunción “*juris tantum*”, debería quedar desvirtuada para todas las relaciones jurídicas con la comprobación de la existencia ulterior del desaparecido. Como en seguida veremos no lo ha decidido así la ley nº 14.394 que ha venido a crear otra desarmonía diferente a la que contenía el sistema del Código.

993. REAPARICIÓN DEL AUSENTE.— El art. 31 de la ley autoriza al presunto viudo a contraer nuevas nupcias. Pero el matrimonio anterior no se disuelve sino por la celebración del segundo casamiento, de manera que la presun-

ción de fallecimiento no es *causa de disolución* del primer matrimonio, sino de *disolubilidad* de la unión, en el caso que el presunto viudo opte por las nuevas nupcias.

Esto, que está claro, no suscita reparos. Però sí los merece la solución de la ley para el caso de reaparición del muerto presunto, a cuyo respecto sigue diciendo el art. 31 de la ley 14.394: "*La reaparición del ausente no causará la nulidad del nuevo matrimonio*".

Con ello la ley ha incurrido en una dualidad sobre el carácter de la presunción del fallecimiento declarada judicialmente, que siendo sólo "*juris tantum*" para toda clase de relaciones jurídicas y destinada a desvanecerse si se prueba la subsistencia del presunto muerto, se convierte en "*juris et de jure*" si se trata del matrimonio, puesto que no puede desvirtuarse con la más paladina prueba de la vida del desaparecido, a quien se viene a considerar como una especie de muerto civil a los fines del matrimonio que tenía constituido.

Esta solución ha quedado agravada en su discordancia luego de la supresión del divorcio vincular por el decreto-ley n° 4070/56. Pues mientras rigió el divorcio vincular, subrepticamente incorporado en el art. 31, segunda parte, de la ley 14.394, todavía se explicaba que en el conflicto suscitado entre ambos matrimonios celebrados por el cónyuge del desaparecido, se optase por el mantenimiento de la segunda unión, por lo mismo que el principio de indisolubilidad había dejado de constituir una característica primordial del matrimonio. Pero luego de suspendido, indefinidamente, la posibilidad del divorcio vincular y restablecido el principio de indisolubilidad como propiedad esencial del matrimonio, ya no se justifica que una segunda unión matrimonial pueda subsistir si ella se contrajo en base al fallecimiento presunto de uno de los cónyuges de un primer matrimonio y ha venido a comprobarse que tal fallecimiento no se había producido. Obsérvese que en esa situación el segundo matrimonio fue contraído con un impedimento —la subsistencia de un vínculo anterior— que la reaparición del muerto presunto ha venido a manifestar, impedimento que debía lógicamente incidir en la invalidez del segundo matrimonio.

En suma, en este aspecto la ley 14.394 ha venido a establecer una solución incongruente y a afectar el principio de indisolubilidad matrimonial.²⁴

²⁴ Comp. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 302 bis, p. 255, autor que se pronuncia por la subsistencia de la segunda unión para que ésta no quede desde su celebración bajo una permanente amenaza de nulidad y por el respeto que

993 bis. LEY 23.515.— Si bien es cierto que el art. 31 de la ley 14.394 no ha sido derogado expresamente en este aspecto, la ley 23.515 incorporó un precepto similar que por su alcance debe entenderse que lo sustituye. En efecto, el actual art. 213 del Cód. Civil dispone: “El vínculo matrimonial se disuelve: ... 2º) Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción del fallecimiento”.

Aun cuando esta norma nada dice para el caso de reaparición del muerto presunto, debe entenderse que subsiste la segunda unión, toda vez que el principio de la indisolubilidad ha dejado de constituir una característica primordial del matrimonio, al haberse admitido el divorcio vincular.

994. SOLUCIÓN DEL ANTEPROYECTO DE 1954.— Por el art. 439 de este Anteproyecto el presunto viudo podía contraer nuevas nupcias siempre sobre la base de la declaración del fallecimiento presunto formulada por los jueces que inducía una suficiente certeza sobre la disolución conyugal. Sobre esa certidumbre, siquiera provisional hasta tanto no se supiese de la existencia del desaparecido, lógico era acordarle a aquél la facultad de contraer nuevas nupcias que estaban fundadas en la presuntiva disolución del matrimonio precedente.

Pero la reaparición del desaparecido evidencia que el presupuesto sobre el que se había constituido el segundo matrimonio, carecía de realidad. Por consiguiente, por dolorosa que pudiera resultar la solución, era menester sancionar con la nulidad la segunda unión para cuya celebración obstaba un impedimento substancial, no por ignorado de los contrayentes menos real. Así lo disponía el art. 439 de ese Anteproyecto que de esa manera mantenía incólume el fundamental principio de la indisolubilidad matrimonial.

995. LEGISLACIÓN COMPARADA.— Es interesante conocer, siquiera brevemente, la incidencia de la presunción de fallecimiento en el régimen matrimonial, de acuerdo a la legislación imperante en los países extranjeros.

merecen los sentimientos del segundo esposo e hijos suyos, quienes verían destruido su hogar. Según entendemos, la solución no puede responder a una compulsa de sentimientos, porque tan respetables como los expresados son los del cónyuge reaparecido e hijos del primer matrimonio, a todos los cuales interesa el restablecimiento de su hogar. Se trata de ponderar la importancia que tiene para la sociedad y buena organización de la familia, en general, la preeminencia del principio de indisolubilidad matrimonial que debe ser mantenido aun en detrimento del interés particular de algunos que podrían ser beneficiados con su postergación. Por ello es que en este problema, como en el que plantea el divorcio vincular, la buena política legislativa (derecho canónico, Código italiano) ha optado por el sacrificio del interés particular para dejar a salvo el interés general de la sociedad y de la familia.

a) En algunas legislaciones se mantiene el principio que prevalecía en el sistema del código, esto es, se deja intacta la subsistencia del matrimonio que tenía contraído el desaparecido no obstante la muerte que la ley presume a todos los otros efectos: es el caso de España (Cód. Civil, art. 195 "in fine") y de Brasil (Cód. Civil, art. 315). Ya hemos criticado este sistema exageradamente riguroso y poco lógico, puesto que a una misma persona se la tiene como muerta y viva al mismo tiempo.²⁵

b) En una corriente más comprensiva de la situación real en que se encuentra el presunto viudo, se admite que éste en base a esa misma presunción pueda contraer segundas nupcias, las que pueden resultar inválidas si reaparece el presunto muerto puesto que esta reaparición demuestra que la segunda unión fue celebrada mediando un impedimento dirimente. Es la solución del derecho canónico (Canon 1069) en el cual el obispo puede autorizar las nuevas nupcias del cónyuge que estaba casado con el desaparecido, siempre que se persuade con fuerza de certeza moral y mediante pruebas legítimas de la muerte del otro cónyuge.²⁶ Semejante es la solución del Código Italiano (art. 68), del Código francés (arts. 88 y 90 reformados por la Ord. 30 oct. 1945), y la ya consignada del Anteproyecto de 1954 (art. 439).

c) En una posición prácticamente equivalente a la anterior se ubican el código francés en su primitiva redacción (art. 139), el antiguo código italiano (art. 113) y el "common law" británico, según los cuales la presunción de fallecimiento no autoriza a contraer nuevas nupcias, siendo nulas las que se celebren. Pero como la acción de nulidad queda reservada al cónyuge ausente en caso de reaparecer naturalmente, de aquí se sigue que sólo puede reconocerse la invalidez de la nueva unión cuando reaparece el presunto muerto y promueve la acción pertinente.^{26 bis}

d) Diversamente, la mayoría de los países divorcistas —Códigos suizo (art. 120), mejicano (art. 267), austríaco (art. 112), portugués (art. 116), Noruega, Suecia y Dinamarca (Leyes de 1918, 1920 y 1922, respectivamente), Hungría (ley de 1894)—, admiten que el presunto

²⁵ Esta era también la solución del Proyecto de 1936 (art. 385), que no innovaba, en este aspecto, sobre el sistema del Código Civil.

²⁶ Conf. Caviglioli, Juan., *Manual de Derecho Canónico*, Madrid, 1947, t. II, ps. 278-79.

^{26 bis} Es de notar que la ordenanza francesa del 30 de octubre 1945, modifica varios artículos del Código Napoleón y autoriza la declaración de muerte presunta del ausente desaparecido en circunstancias de peligro para su vida (*Code Civil, par Roblot*, París, 1947, art. 88, p. 64). El presunto viudo puede contraer nuevas nupcias, que quedan subordinadas a la eventual reaparición del ausente (ver Código Civil francés, art. 90, nueva redacción).

viudo contraiga nuevas nupcias. Generalmente condicionan el ejercicio de esta facultad a una previa declaración de divorcio en base al "abandono" que la propia declaración de fallecimiento presunto abona, desde que tal declaración se ha dictado en razón de la prolongada ausencia sin noticias del ahora presunto muerto. Y se comprende que promediando un divorcio vincular, la reaparición del ausente no provoque la nulidad del segundo matrimonio que se sustentó en el divorcio por abandono y no en la presunta muerte.^{26 ter}

e) El sistema más radical es el del Código alemán (art. 1348), tomado del de Prusia (art. 666) y seguido por el holandés (arts. 254) y entre nosotros por el Anteproyecto Bibiloni (arts. 647 y ss.) y el art. 31 de la ley 14.394. Según este sistema el fallecimiento presunto no disuelve de pleno derecho el matrimonio del desaparecido, pero autoriza al otro cónyuge a disolverlo mediante la celebración de nuevas nupcias, y una vez disuelto, disuelto queda aunque reaparezca el desaparecido. Solución lógica si se acepta la disolubilidad del matrimonio por otra causa diversa de la muerte de uno de los esposos, y ya que la segunda unión está basada en la previa disolución de la primera, en razón de haber operado una causa a la que la ley acuerda ese efecto; pero ilógica si se estima que la indisolubilidad es un eje fundamental del matrimonio y sólo se ha admitido la segunda unión en base a una presunción de muerte —que es presunción de disolución del primer matrimonio— luego desvirtuada.

En suma, los sistemas a) y c) detienen la incidencia de la presunción de fallecimiento frente al matrimonio, si bien es de notar que el sistema c) en la práctica funciona de manera semejante al b). Éste proyecta la presunción del fallecimiento sobre el matrimonio que queda disuelto siempre presuntivamente, y por ende autorizado el presunto viudo o viuda a contraer segundo matrimonio, pero como esta unión está basada en aquella presunción, desvirtuada esa presunción por la reaparición del desaparecido, se anula el segundo matrimonio en razón de la demostrada subsistencia del primero. Los sistemas d) y e) disuelven directamente el primer matrimonio, no en forma presuntiva por la muerte que en ese carácter la ley declara, sino por efecto del divorcio (sistema d)] o del hecho de la legítima celebración de nuevo matri-

^{26 ter} El reciente Código portugués de 1966, establece que "el cónyuge del ausente casado civilmente puede contraer nuevo casamiento; en este caso, si el ausente regresare, o hubiere noticia de que estuviese vivo cuando fueron celebradas las nuevas nupcias, considerárase al primer matrimonio disuelto por divorcio a la fecha de la declaración de muerte presunta" (art. 116, párrafo 1º).

Empero, esa solución no rige cuando media matrimonio católico, posterior al 1º de agosto de 1940, que no se disuelve por divorcio (conf. art. 1790 de dicho código). Por tanto, si el presunto viudo hubiese contraído nuevas nupcias, de conformidad a las "leyes canónicas" (art. 116, párr. 2º), la reaparición del presunto muerto causaría la nulidad de la segunda unión, por subsistencia de la primera.

monio (sistema e]); y como en tales legislaciones el principio de indisolubilidad no es esencial del matrimonio, no vacilan en hacer prevalecer el segundo matrimonio, sobre el primero, cuando se da la hipótesis de la reaparición del desaparecido.

996. ANULABILIDAD DEL SEGUNDO MATRIMONIO. — Ha observado Arauz Castex que la ley 14.394 no impide de una manera absoluta que se alegue la invalidez de la segunda unión cuando se produce la reaparición del desaparecido. La ley se limita a declarar que la reaparición del ausente no causará automáticamente la nulidad del nuevo matrimonio, y con ello refirma la disolución del primer vínculo producida por la contracción del segundo, que no es nulo “per se” desde que se sustenta en esa concomitante disolución de la primera unión.

Pero no imposibilita que la reaparición romancesca del primer cónyuge ponga en movimiento alguna causal de nulidad del segundo matrimonio,²⁷ provista por el sistema general de las nulidades o por el propio del matrimonio.

Así, entiende este autor que, luego de la reaparición del ausente puede, eventualmente, ser articulada la anulabilidad del segundo matrimonio, por el ausente o por cualquiera de los contrayentes de la segunda unión. Por el primero si los requisitos de la declaración de su fallecimiento hubieren sido falsamente invocados o demostrados, por ejemplo si prueba que el cónyuge denunciante sabía de su existencia.²⁸ Y por cualquiera de los contrayentes de la segunda unión, por haber celebrado el acto en base a un hecho —el fallecimiento del cónyuge— que resultó falso.²⁹

Estamos de acuerdo con esta interpretación, y pensamos que en esta última hipótesis la causa de la nulidad radicaría en el error sobre la “identidad de la personalidad civil” de uno de los contrayentes que en los términos del art. 16 de la ley 2393 es dable invocar para impug-

²⁷ Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 737, ps. 414-415.

²⁸ Arauz Castex M., *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 414. Conf. Cód. alemán, 1348, y Anteproyecto Bibiloni, art. 647.

²⁹ Esta es la solución del art. 1350 del Código Alemán que Bibiloni critica en la nota al art. 647 de su Anteproyecto. Sin embargo, nos parece enteramente lógica por la novedad inusitada que introduce la reaparición del presunto muerto, que viene a alterar esencialmente la presuposición en base a la cual los segundos cónyuges prestaron su consentimiento matrimonial: el segundo esposo o esposa entendió casarse con una viuda o viudo y resulta estar unido matrimonialmente con quien viene a ser bigamo. Éste viene a quedar ligado a dos esposas o dos maridos. Nada se gana con decir que esto no ocurre por haber mediado la disolución de la primera unión, pues el problema de conciencia subsiste, ya que la segunda unión sólo se contrajo en la convicción que se tenía, fundada en la declaración judicial sobre la muerte del ahora reaparecido. Por ello es que la solución del Código alemán es justificada, tanto más si paralelamente a la unión civil se ha contraído el matrimonio canónico, que es indisoluble.

nar la validez del acto. En este sentido es posible referir al estado civil de la persona la mención que hace la ley de otra manera incomprensible de la personalidad civil del contrayente.³⁰

III.—EFECTOS EN CUANTO A LOS BIENES DEL PRESUNTO MUERTO

997. APERTURA DE LA SUCESIÓN.—La declaración del fallecimiento presunto de una persona causa la apertura de su sucesión, es decir, transfiere desde el momento del día presuntivo del fallecimiento, los bienes que componen la herencia de aquélla a quienes fueren sus sucesores a esa misma fecha.

En este sentido dice el art. 28 de la ley 14.394: *“Dictada la declaratoria (se sobrentiende de fallecimiento presunto) el juez mandará abrir, si existiese, el testamento que hubiese dejado el desaparecido. Los herederos al día presuntivo del fallecimiento y los legatarios, o sus sucesores, recibirán los bienes del ausente, previa formación del inventario”*.

Obsérvese que la entrega ha de hacerse por quienes hasta ese momento detentaren los bienes, debiendo dar razón de los bienes que habiendo estado bajo su administración no existiesen al tiempo de la entrega.

998. CONSECUENCIAS.—La apertura de la sucesión del presunto muerto se rige por los mismos principios que gobiernan la sucesión “mortis causa” (conf. arts. 3279 y ss.).

En consecuencia las personas con derecho a los bienes del muerto presunto pasan a ser titulares actuales de los derechos patrimoniales pertenecientes al causante, desde el día presuntivo del fallecimiento, sin solución de continuidad (conf. arts. 3283 “in fine”, 3344, 3415, 3417 y 3420)

999. QUIÉNES TIENEN DERECHO A LOS BIENES.—Como dice el art. 28, segunda parte, de la ley 14.394 antes transcrito, tienen derecho a recibir los bienes del presuntamente fallecido *“los herederos al día presuntivo del fallecimiento y los legatarios, o sus sucesores”*.

³⁰ Conf. Lafaille, H., *Familia*, n° 71, p. 66. Este autor considera que es invocable el error como causa de anulación del matrimonio, cuando versa sobre

Los herederos pueden ser legítimos o testamentarios, según el origen de su vocación sucesoria. Cuando son llamados a recibir la herencia del presunto muerto por la ley se denominan "herederos legítimos"; si son llamados por la voluntad del causante expresada en un testamento, abierto o cerrado, son "herederos testamentarios". Salvo la diferencia expresada los derechos de ambas clases de herederos son los mismos, caracterizándose por la vocación al todo de la herencia, de manera que su título a la universalidad sólo resulta comprimido por el título equivalente de otro heredero.

Los legatarios, son llamados por el testador para recibir un bien en particular, v. gr. una casa, el ganado existente en una estancia; o una cuota parte del conjunto de los bienes, así un quinto, un tercio, etc. A diferencia de los herederos los legatarios no son llamados al todo de la herencia y están confinados en el bien o porción referente a su título.

Para que alguien pueda ser heredero o legatario de un presunto muerto, debe haber sido concebido el día presuntivo del fallecimiento o antes. El fallecimiento posterior a ese día no le priva del carácter hereditario que puede ser invocado por sus propios herederos, para solicitar la entrega de los bienes del presuntamente fallecido como lo establece con claridad el art. 28 de la ley 14.394.

Por otra parte, si los titulados herederos o legatarios hubiesen a su vez fallecido antes del día presuntivo del fallecimiento, sus propios herederos carecerían de vocación sucesoria actual a la herencia del presuntamente fallecido, a menos que pudieran acudir a ello por derecho de representación que se concede a los descendientes a fin de que puedan recibir aquello que habría correspondido a su padre o madre de haber sobrevivido al "de cujus" (conf. art. 3549). La representación sólo funciona dentro de la sucesión "ab-intestato" y a favor de los descendientes directos, del causante o de los hermanos del causante.³¹ No funciona en la sucesión testamentaria.³²

Por cierto que si los titulados herederos o legatarios del presuntamente fallecido no hubiesen sido todavía concebidos al día presuntivo del fallecimiento, carecen del título sucesorio mencionado (conf. artículo 3290).

"la designación de familia, estado, etc.", de la persona. Es lo que ocurre en esta hipótesis por concurrir un error sobre el estado del presunto viudo o viuda.

³¹ Conf. art. 3560 del Código Civil y casi unánime interpretación de doctrina y jurisprudencia. Así: Cám. Civ. Sala "C", en "L. L.", t. 97, fallo 44.548, con interesante relación de antecedentes. Contra: Sitler, Luis, P., *El derecho de representación en la segunda línea colateral en nuestro Código Civil*, "Lecciones y Ensayos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", ed. Bs., As., 1957, n° 3, p. 27.

³² Conf. Fornieles, S., *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., t. II, n° 24 bis, p. 23.

1000. — El art. 28 de la ley 14.394, sólo menciona a quienes pueden recibir los bienes del presuntamente fallecido a título de sucesores "mortis causa" suyos.

Pero puede haber otras personas que también tuviesen algún derecho subordinado al fallecimiento del presunto muerto, v. gr., cuando se hubiese hecho a éste una donación sujeta a reversión si el donante sobreviviere al donatario (conf. art. 1803, inc. 2º). No cabe duda acerca de que declarado el fallecimiento presunto del donatario tendría el donante derecho a retomar la cosa donada que no entraría por aquella razón en el acervo sucesorio del causante.³³

Asimismo pueden reclamar los bienes del presunto muerto los acreedores de los herederos o legatarios del causante, que ejercieran la acción subrogatoria.³⁴

1001. **INVENTARIO.** — Como hemos visto la entrega de los bienes del presuntamente fallecido a los sucesores de éste, debe hacerse "previa formación de inventario" (art. 28 transcrito).

El inventario es la relación detallada de los bienes que componen el patrimonio del presunto muerto. Su mención sirve para fijar los términos de la obligación de restituir los bienes, en caso de reaparecer el causante, que pesa sobre quienes los reciben. Constituye así una garantía para el desaparecido, en previsión de esa eventual hipótesis.

Sobre la forma de hacer el inventario la ley nada previene, pero lógicamente rigen los principios relativos a las sucesiones "mortis causa".³⁵ En principio, el inventario debe hacerse por intermedio de escribano público y con citación de todos los interesados.³⁶ Pero como aquí el inventario constituye una garantía en favor del presunto muerto para el hipotético supuesto de su reaparición, no deben dispensarse las formalidades legales por el sólo acuerdo de los herederos que fuesen mayores de edad.

1002. **SUPRESIÓN DE LA FIANZA.** — El art. 118 del Código Civil disponía que la entrega de los bienes se hiciera

³³ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, nº 265, p. 236, ap. d).

³⁴ Conf. Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 113, p. 595, nº 17; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, nº 265, p. 236 d).

³⁵ Ver sobre el punto, Fornieles, S., *Tratado de las Sucesiones*, 4ª ed., t. I, núms. 271 y 271 bis, ps. 340 y ss.

³⁶ Conf. Salvat, R., *op. cit.*, nº 1084, p. 497; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, nº 281, p. 243; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 741, p. 417.

bajo "fianza que asegure su buena administración". Se trataba de un requisito substancial para preservar los derechos del ausente, en previsión de su posible reaparición, y por ello si los herederos no podían dar fianzas, se autorizaba al juez para "poner los bienes bajo la administración de un tercero".

No obstante que el requisito de la fianza era mantenido por los proyectos nacionales de reforma del Código Civil³⁷ ha desaparecido del nuevo texto legal, lo que llama tanto más la atención, puesto que el art. 28 de la ley 14.394 está evidentemente inspirado en el art. 66 del Anteproyecto de 1954 que contiene ese recaudo.

La reforma expresada ha sido juzgada, con razón, como desacertada.³⁸ Pues a falta de la fianza, ahora omitida, puede no haber manera de concretar la obligación de restituir la devolución de las cosas muebles al ausente reaparecido, si los herederos de éste fueren insolventes y se apresurasen a liquidar esos bienes ante la noticia de la reaparición.

1003. TASACIÓN.—Ni el Código Civil, ni la actual ley 14.394 exigen que se practiquen la tasación de los bienes del presuntamente fallecido, antes de entregarlos a los sucesores de éste. Tampoco preveían ese requisito el Anteproyecto Bibiloni ni el Proyecto de 1936. Pero se trata de una efectiva garantía en favor del antiguo titular de los bienes, para el evento de su reaparición, pues fija de antemano el valor de los bienes entregados a los sucesores.

Como la fianza, ésta es una garantía muy conveniente cuando se trata de bienes cuya enajenación puede hacerse independientemente de todo registro de la operación en registros públicos.

A este respecto el art. 66 del Anteproyecto de 1954, primera parte, disponía lo siguiente: "Los herederos el día presuntivo del fallecimiento y los legatarios, o sus sucesores, recibirán los bienes del ausente, previa formación del inventario, tasación y constitución de fianza u otra garantía satisfactoria. Si no pudieran presentarla el juez pondrá los bienes bajo la administración de un extraño, a quien se exigirá las mismas seguridades".

1004. INDISPONIBILIDAD TRANSITORIA DE LOS BIENES: PRENOTACIÓN.—Otra garantía adoptada por la ley, finca

³⁷ Anteproyecto Bibiloni, art. 150 (134 de la segunda redacción); Proyecto de 1936, art. 69; Anteproyecto de 1954, art. 66.

³⁸ Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 281, p. 243. Orgaz entiende que el juez podría, antes de entregar los bienes, recabar una garantía suficiente, según las circunstancias (2ª ed., p. 73). Compartimos esa opinión.

en la indisponibilidad de los bienes, por parte de los sucesores del presunto muerto, hasta el transcurso de un lapso de cinco años a partir del día presuntivo del fallecimiento.

Conforme al art. 28, tercera parte, de la ley 14.394, *“el dominio de los bienes del presunto fallecido se inscribirá en el registro correspondiente, con la prenotación del caso, a nombre de los herederos o legatarios que podrán hacer partición de los mismos, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial”*.

De lo expuesto surge que durante un cierto lapso los titulares actuales de los bienes del presuntamente fallecido no pueden *“enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial”*

Esta restricción obliga a los sucesores del presunto muerto a conservar el patrimonio del desaparecido sin efectuar disposiciones de bienes. Cuando ello se hace necesario es indispensable obtener la previa autorización del juez, pues de lo contrario el acto obrado sería nulo (conf. art. 1042) pero de nulidad relativa por haberse instituido la nulidad en protección del desaparecido, a fin de que si éste llegara a reaparecer en un tiempo prudencial, no se encontrase despojado de sus bienes. Por tanto no hay impedimento para que en el supuesto de reaparición el ausente confirme los actos de enajenación o gravamen realizados por los sucesores al margen de los facultamientos legales.

1005. REQUISITO DE LA PRENOTACIÓN. — Para hacer efectiva la indisponibilidad de los bienes entregados a los sucesores del presunto muerto, por un cierto lapso, la ley prevé con relación a los bienes cuyo estado de dominio es menester hacer constar en los registros públicos correspondientes, que su inscripción se practique a nombre de los sucesores *“con la prenotación del caso”* (art. 28, cláusula final, de la ley 14.394).

Ello significa que el dominio se anota a nombre de los actuales titulares, pero con la prevención de que proviene de una sucesión abierta por causa de fallecimiento meramente presunto, lo que advierte sobre la posibilidad de la resolución del derecho si llegare a producirse la reaparición del titular precedente, con la repercusión consiguiente en los derechos derivados a favor de terceros.

La "prenotación" funciona eficientemente tratándose de cosas inmuebles o de cosas muebles susceptibles de registro. Pero no impide la enajenación de cosas muebles por la sola tradición de ellas, con lo que los sucesores pueden burlar la prohibición de la ley. De ahí lo desaceratado de la eliminación de la fianza que venía, indirectamente, a prevenir esa contingencia.

1006. NATURALEZA DEL DERECHO DE LOS SUCESORES.
— A este respecto la ley 14.394 ha venido a introducir en el sistema del Código Civil una trascendente modificación.

En efecto, en el régimen derogado los sucesores recibían los bienes del declarado ausente con la presunción de fallecimiento a título de meros administradores de ellos, con facultades análogas a las "del curador del incapaz de administrar sus bienes" (art. 119, *in fine*, del Cód. Civ.).

En cambio en el sistema actual los sucesores del presunto muerto, son como tales verdaderos titulares actuales de los derechos recibidos que en el mismo estado en que los tenía el causante pasan a su poder. Se trata de una verdadera sucesión o traspaso del derecho que confiere al sucesor la misma situación jurídica que ostentaba el autor de la sucesión.^{38 bis}

Por tanto los sucesores detentan la titularidad actual del dominio, posesión, usufructo, crédito hipotecario o con otra garantía real, privilegiado o quirografario, que antes correspondía al presunto muerto.

Con todo, durante un lapso de 5 años desde el día presuntivo del fallecimiento, los sucesores carecen, como se ha visto, de la facultad de enajenar los bienes recibidos, salvo la autorización judicial (conf. arts. 28 y 30, ley 14.394). Si se trata de un inmueble, no pueden venderlo, donarlo o hipotecarlo; si se trata de un crédito no pueden cederlo ni renunciarlo. Por tanto el dominio que es dable denominar "prenotado" aparece disminuido en uno de sus principales atributos como es el referente a la libre disposición del respectivo derecho.

No obstante esa disminución quedan en manos de los titulares ac-

^{38 bis} Conf. López Olaciregui, su anotación a Salvat, t. I, nº 1076-A, p. 888, XII; Borda, G. A., t. I, nº 276. Contra: Orgaz, A., *Personas Indivisibles*, 2ª ed., ps. 74-75.

cuales de los bienes de que tratamos importantes facultamientos. Por lo pronto ellos tienen el derecho de *usar de* objeto de su derecho (conf. art. 2513), sirviéndose de la cosa a que se refiera conforme a su destino, aun dándola en comodato, mutuo, depósito, etc. También tienen el derecho de *gozar* de los bienes, y aprovechar de ellos, percibiendo y consumiendo sus frutos, para lo cual pueden explotarlos por su cuenta, o darlos en locación, mutuo, etc.

En suma, el dominio "prenotado" acuerda al titular todas las atribuciones correspondientes al dominio ordinario, salvo las referentes a la "disponibilidad" de la cosa.

1007. DOMINIO IMPERFECTO. — Desde otro punto de vista, puesto que se trata de un derecho supeditado a la resolución que pueda provocar la eventual reaparición del presunto muerto los sucesores de éste ostentan un dominio resoluble o imperfecto, por cuanto queda amenazado por la posibilidad de extinguirse retroactivamente si llega a producirse aquella condición resolutoria.

En tales condiciones, el derecho de los sucesores queda comprendido en lo que el codificador denomina "dominio imperfecto" (conf. arts. 2661 y ss., especialmente 2668).

1008. CRITERIO PARA LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL. — La ley autoriza la enajenación o gravamen de las cosas comprendidas en el "dominio prenotado", mediante la autorización judicial, pero no suministra el criterio a que debe atenderse el juez para conceder la autorización que se le solicite.

Para poder fijar el criterio adecuado al respecto ha de partirse de la idea de que la indisponibilidad que la ley les impone a los sucesores del muerto presunto importa una garantía para éste, en previsión de una hipotética reaparición suya. Por tanto la autorización no debe ser concedida cuando el acto que se intente realizar sólo consulte el interés de los titulares actuales de los bienes.³⁹ Pero si la realización del acto no redunde en menoscabo del patrimonio del desaparecido, no hay objeción alguna que impida su ejecución, vgr., la hipoteca para construcción de un inmueble con fines de renta, la demolición de un edificio ruinoso para facilitar el mejor aprovechamiento del terreno, etcétera.

³⁹ Conf. Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 121, p. 617, n° 14; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 283, p. 244; Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 744, 1° p. 420.

No procede según nuestra opinión conceder autorización para la enajenación o gravamen si se piensa destinar el producido que se obtenga a la subsistencia del titular actual de los bienes, a menos que éste fuera acreedor por alimentos del ausente, y la realización del bien se entendiera indispensable para satisfacer esa obligación.⁴⁰

Desde luego ha de quedar descartada la autorización para toda enajenación gratuita de bienes, porque produce el empobrecimiento del patrimonio del desaparecido cuya conservación la ley tiende a resguardar.

1009. PARTICIÓN.— Como dice el art. 28 de la ley 14.394, no obstante carecer los sucesores del presunto muerto de la facultad de “disponer” de los bienes recibidos, pueden hacer partición de los mismos entre ellos.

Se comprende esta posibilidad, ya contemplada en el derogado art. 121 del Código, porque siendo la partición declarativa y no atributiva de derechos, se considera que los bienes partidos han pasado directamente del causante a cada adjudicatario, sin la intermediación de los co-herederos (conf. art. 3503). Por tanto la partición no importa la disposición de los bienes recibidos que quedan bajo el dominio del respectivo titular con las mismas limitaciones que antes de la partición. Es decir que ésta no pasa de ser una manera de proveer al adecuado aprovechamiento de los bienes, sin que los sucesores puedan enajenar o gravar los bienes adjudicados, salvo la autorización judicial pertinente.

En cuanto a la forma de hacer la partición rigen los principios generales referentes a la sucesión “mortis causa”.

1010. SITUACIÓN ESPECIAL DE LOS BIENES GANANCIALES.— La declaración de fallecimiento presunto de uno de los cónyuges no disuelve “ipso jure” la sociedad conyugal. Se trata de una excepción a la incidencia general de la presunción del fallecimiento sobre las relaciones jurídicas que tenía pendientes el desaparecido.

Así resulta de la parte final del art. 30 de la ley 14.394 que posterga la extinción de la sociedad conyugal hasta el transcurso de cinco años a partir del día presuntivo del fallecimiento. Por tanto pendiente ese plazo los bienes del au-

⁴⁰ Comp. Arauz Castex M., *op. cit.*, *loc. cit.*

Este siguen una suerte distinta según que sean propios o gananciales: los propios del presunto muerto, que son los que éste ya tenía adquiridos cuando contrajo matrimonio, o son adquiridos ulteriormente a título de donación o herencia (conf. arts. 1263 y 1271) entran en el acervo sucesorio de aquél para ser entregados a sus herederos o legatarios, en la forma que se ha expresado en los números anteriores. En cambio, los bienes gananciales, que son los pertenecientes a la sociedad conyugal que tenía constituida el presunto muerto con su cónyuge, quedan al margen de la transmisión sucesoria y sujetos a la suerte que quepa a la misma sociedad conyugal, la cual puede prolongar su existencia hasta la expiración del plazo de cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento.

1011.— No obstante lo explicado en el número anterior, eventualmente puede adelantarse la extinción de la sociedad conyugal, sin necesidad de esperar hasta la cesación del período de la "prenotación". Ello ocurre: a) cuando tiene lugar la disolución del matrimonio del presunto fallecido; b) cuando la esposa, luego de la declaración del presunto fallecimiento, opta por la inmediata disolución de la sociedad conyugal.

a) Como hemos visto el nuevo régimen permite al presunto viudo contraer nuevas nupcias, hecho que provoca la disolución del matrimonio anteriormente contraído, y consiguientemente la de la sociedad conyugal aneja a ese matrimonio.

La ley no aclara que en ese supuesto cesa la sociedad conyugal proveniente del primer matrimonio, pero no cabe duda de que así es. Por lo pronto porque la sociedad conyugal que, en el aspecto patrimonial forman los esposos, es un mero efecto del matrimonio que han contraído (conf. art. 1261); de ahí que no pueda perdurar más allá de la causa que constante y permanentemente lo origina. Pero, además, al contraer las segundas nupcias el presunto viudo ha formado una correlativa segunda sociedad conyugal con el nuevo consorte, la cual es incompatible con la primera, pues de subsistir ésta no se sabría a cuál de las sociedades habrían de ingresar las adquisiciones efectuadas.

⁴¹ Véase sobre el punto, Fornieles, S., *Tratado de las Sucesiones*, 4ª ed., t. I, nº 277, p. 347.

La dualidad de sociedades conyugales no es un hecho aprobado por la ley.⁴²

Por tanto las segundas nupcias que contraiga el presunto viudo, causan la disolución "ipso jure" de la primera sociedad conyugal, y aquél pasa sin intervalo de tiempo a constituir la segunda sociedad conyugal a la que aporta como bienes propios suyos la mitad de ganancias de la primera sociedad. La otra mitad pasa a incrementar el acervo sucesorio del presunto muerto, para seguir la suerte que corresponda al resto de la herencia, conforme a los principios generales.⁴³

b) Cuando el presunto muerto es el marido, la ley concede a la esposa la posibilidad de optar por la continuidad de la sociedad conyugal o por su inmediata disolución, sin necesidad de esperar el vencimiento del período de la prenotación, ni de contraer nuevo matrimonio.

Este derecho está previsto en el art 1307 del Código Civil y resulta tácitamente corroborado por el art. 29, parte final, de la ley 14.394 que alude al mismo dejándolo intacto. Según el primero de esos preceptos "*si en conformidad a lo dispuesto en los arts. 116 y 117 (léase ahora arts. 26 y 27 de la ley 14.394) el juez hubiere fijado el día presuntivo del fallecimiento del marido ausente, la mujer tiene opción, o para impedir el ejercicio provisorio de los derechos subordinados al fallecimiento de su marido, o para exigir la división judicial de los bienes*". Por consiguiente, la esposa en esa emergencia, puede elegir ya la continuación de la sociedad, dilatando así la sucesión del marido respecto a los bienes gananciales e impidiendo, como dice el Código, provisoriamente el ejercicio de los derechos hereditarios de los terceros sobre esos bienes, ya la disolución de la sociedad, con lo cual retiraría la mitad de esos bienes a título de socia, entrando la otra mitad a formar parte del acervo sucesorio del marido.

Si la mujer optase por continuar la sociedad conyugal a ella le corresponde la administración de la misma (art. 1309). Por lo demás, aun optando por esa alternativa, en cualquier momento puede pedir la disolución, pero no a la inversa (art. 1308).

Finalmente, todas esas posibilidades han sido dejadas en pie por

⁴² Es cierto que el Código prevé la manera de proceder a la liquidación conjunta de dos o más sociedades conyugales en los arts. 1314 y 1316, pero se trata de situaciones anómalas que no consultan al fin querido por la ley: v. gr., si alguien mediante engaño contrae nupcias inválidas estando subsistente una unión anterior, con un consorte de buena fe. En tal caso el segundo matrimonio, aunque inválido origina una sociedad conyugal, en razón de la buena fe del consorte que casó con el bigamo, la que se disuelve por la sentencia que declara la nulidad del segundo matrimonio (conf. art. 87, ley de matrimonio civil). En previsión de esa u otras hipótesis análogas se han dictado los arts. 1314 y 1316.

⁴³ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.* t. I, n° 738, 1°, 415.

la nueva ley cuyo art. 29, cláusula tercera comienza así: "*Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 1307 y siguientes del Código Civil...*", con lo cual ratifica tácitamente las disposiciones recordadas.

1012. MOMENTO DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. — Como se ha visto en los números anteriores, no hay coincidencia entre las fechas del día presuntivo del fallecimiento y la de disolución de la sociedad conyugal, pues mientras la primera es invariable y consta en la sentencia que declara el fallecimiento presunto, la segunda depende de varias posibilidades, a saber: 1) el solo transcurso del período de la prenotación (art. 30, ley 14.394); 2) la disolución anticipada resultante de la celebración de segundas nupcias por el presunto viudo o viuda; 3) la disolución anticipada por la que optare la presunta viuda.

La discordancia expresada plantea algunos interrogantes sobre las personas que habrán de recibir los bienes gananciales del muerto presunto, y sobre la fecha de computación de tales bienes para efectuar la liquidación y adjudicación de ellos.

a) En cuanto al primer punto la solución es clara. Descontada la mitad de gananciales del presunto viudo a título de socio el resto pertenece a los herederos y legatarios del presuntamente fallecido que lo fueren al día presuntivo del fallecimiento, entre los cuales podrá contarse el propio cónyuge.

b) En cuanto al segundo punto la solución es más oscura. Pareciera que disolviéndose la sociedad conyugal en un momento ulterior al día presuntivo del fallecimiento y también a la declaración del fallecimiento presunto, hasta la disolución beneficiarían los sucesores del muerto presunto de los ingresos que aumentasen el caudal de la sociedad conyugal. Pero de aceptarse esa solución ocurriría que el cónyuge supérstite continuaría como socio no de su consorte, presuntamente fallecido, sino de los sucesores de éste, con la particularidad de que mientras sus adquisiciones incrementarían el haber de la sociedad, no pasaría así con las adquisiciones que realizaren aquellos sucesores. Estas incongruencias obligan a dejar de lado la fecha de disolución de la sociedad conyugal, en la computación del capital partible de la socie-

dad, y a tomar la fecha del fallecimiento presunto del desaparecido para ese efecto.^{43 bis}

Por consiguiente los *ingresos* que hubiere obtenido el presunto viudo con ulterioridad al día presuntivo del fallecimiento le corresponden exclusivamente sin que tenga que dar parte alguna a los sucesores de su cónyuge.

En cuanto a los *egresos* de los bienes gananciales producidos entre el día presuntivo del fallecimiento y la efectiva fecha de disolución de la sociedad conyugal cuadra hacer una distinción. Los egresos realizados desde aquel día hasta que el juez declara la presunción del fallecimiento, no comprometen la responsabilidad del viudo presunto, quien ha podido efectuar la administración de los bienes gananciales correspondientes, libremente y sin obligación de rendir cuentas a nadie pues que todavía no concurre el hecho del fallecimiento del consorte. En cambio, los egresos posteriores a la declaratoria judicial están sujetos a la rendición de cuentas a favor de los sucesores del presunto muerto, que vienen a quedar asociados al cónyuge supérstite con relación al capital de la sociedad conyugal al tiempo del día presuntivo del fallecimiento.

Finalmente, en la aludida rendición de cuentas está autorizado el viudo presunto a descontar de los bienes gananciales lo que insumieren las cargas del hogar, educación de los hijos y conservación de los bienes comunes (art. 6º, ley 11.357).⁴⁴

IV.— OTROS EFECTOS DE LA PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO

1013. ENUNCIACIÓN. — Además de los efectos que hemos estudiado precedentemente, la declaración de fallecimiento presunto ejerce influencia sobre la patria potestad, sobre la tutela o curatela, sobre los alimentos que adeudare el desaparecido y sobre la paternidad de los hijos habidos por la presunta viuda.

1014. PATRIA POTESTAD. — Sea que se trate del padre o del hijo la declaración de fallecimiento, provoca la extinción de la patria potestad. Desde luego, que la mera ausencia del padre puede dar lugar a la suspensión del ejercicio de la patria potestad (conf. art. 309, Cód. Civil, reformado por la ley 10.903), pero la muerte presunta produce efectos más radicales, desde que acaba con la patria potestad (conf. art. 306, reformado). Aun cuando esta última disposición sólo se re-

^{43 bis} Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, nº 305, p. 256.

⁴⁴ Conf. Borda, *op. cit.*, *loc. cit.*, *aps.* 2 y 3.

fiere a la muerte, no es dudoso luego de la reforma instituida por la ley 14.394 que ha eliminado el concepto de "ausencia con presunción de fallecimiento" para sustituirlo por el de "muerte presumida por la ley", que se refiere también a esta última. Pues después de la reforma, salvo hipótesis especiales indicadas por la ley, los efectos jurídicos de la muerte son los mismos, independientemente de que el hecho se establezca por "comprobación legal" o por "presunción" de la ley.

Si se trata del hijo, su mera ausencia no afecta a la patria potestad, por lo que no se altera la administración y usufructo sobre los bienes del hijo y representación de éste que incumbe al padre. Pero otra cosa ocurre si se declara el fallecimiento presunto del hijo que, como se ha dicho pone término a la patria potestad.⁴⁵

Teniendo en cuenta que ahora el ejercicio de la patria potestad corresponde al padre y a la madre conjuntamente, en el caso de muerte de uno de ellos, ausencia ~~con~~ presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio, le corresponde al otro (art. 364, inc. 3º, Cód. Civil, texto según la ley 23.264).

1015. TUTELA Y CURATELA.— La presunción de fallecimiento declarada judicialmente, ya del tutor o curador, ya del incapaz, extingue la tutela y curatela.⁴⁶ Es lo que resulta de los arts. 455 y 475 del Código Civil, entendidos con la amplitud que corresponde, según lo explicado en el número anterior.

1016. ALIMENTOS.— Cuadra distinguir, a este respecto, según se trate del alimentante o del beneficiario de los alimentos.

La presunción del fallecimiento del alimentante extingue la obligación de pasar alimentos, pero es de notar que por la índole de la prestación misma ligada a la necesidad de la subsistencia del alimentado tal extinción se produce a la fecha de la declaración judicial y no a la fecha del día presuntivo del fallecimiento.⁴⁷ Por tanto durante el intervalo el alimentado continúa a cargo del presunto muerto, o sea sus sucesores, debitándose las pensiones alimentarias sobre el acervo sucesorio.

Si se trata del alimentado, la declaración de su fallecimiento presunto, en rigor, no modifica la situación precedente. Porque estando los alimentos condicionados a la efectiva necesidad que de ellos tenga el acreedor alimentario, la mera ausencia de éste determina la cesación de la prestación correspondiente, por ignorarse si ella le es o no necesaria.⁴⁸

⁴⁵ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 306, p. 257.

⁴⁶ Conf. Orgaz, A., *op. cit.*, p. 73, n° 20, ap. c); Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 306, p. 257.

⁴⁷ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 307, p. 257.

⁴⁸ Borda, *op. cit.*, *loc. cit.*

1017. **DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD DE LOS HIJOS DE LA PRESUNTA VIUDA.** — Como la presunción de fallecimiento no disuelve “*ipso jure*” el matrimonio del desaparecido, los hijos de su presunta viuda resultarían hijos de aquél, por el juego de la presunción del art. 245 según el cual “los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio, tienen por padre al marido”.

Es claro que tal presunción puede ser atacada por una acción de impugnación rigurosa de paternidad, probando “que había sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento” (art. 246). Pero tal demostración no puede ser rendida sobre la base de la ausencia del marido del lugar donde ha estado la mujer, si no se acredita dónde ha estado presente el marido, pues de otra manera el hecho resulta puramente negativo e insuficiente para inducir la certeza moral de la imposibilidad del acceso sexual que se desea demostrar.

Ahora bien; cuando promedia la declaración de fallecimiento presunto del marido, la ley acude para aliviar al impugnante de una prueba en el caso impracticable —la presencia continuada del marido en un lugar alejado de la habitación de la mujer— sustituyéndola por otra prueba asequible. Es lo que ya antes de la reforma introducida por la ley 14.394, disponía el art. 251 del Código redactado así: *“Declarado el fallecimiento presunto del marido ausente, si la mujer durante la ausencia tuviera algún hijo nacido después de los trescientos días desde el primer día de ausencia, los herederos presuntivos del marido pueden intentar contra el hijo una acción negativa de la paternidad, si la madre está en posesión provisoria o definitiva de los bienes o, para excluirla, si ella pretende obtenerlos”*.

En suma, en esta hipótesis los sucesores del marido no necesitan recurrir a una acción por desconocimiento riguroso de paternidad sujeta a la prueba de extremos dificultosos. Les basta promover una acción por desconocimiento simple, que se apoya en una mera comparación de la fecha del nacimiento del hijo con la fecha de la última noticia que se ha tenido del marido de la madre, noticia que ha sido el presupuesto de la fijación del fallecimiento presunto declarado judicialmente.

Si bien es cierto que la ley 23.264, modificatoria del régimen de filiación y patria potestad, no ha contemplado expresamente el supuesto de fallecimiento presunto en los términos que lo hacía el mencionado art. 251, entendemos que la cuestión debe resolverse subsumiéndola en el caso de la separación de hecho de los esposos prevista en el actual art. 243, que dice: “*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”*.”

Por lo tanto, a los herederos del marido les bastará acreditar que

el nacimiento ocurrió después de los 300 días desde el primer día de la ausencia, circunstancia que pone en evidencia la separación de hecho de los esposos.

V. — CESACIÓN DEL PERÍODO DE INDISPONIBILIDAD RELATIVA

1018. LA NORMA LEGAL. — El llamado período de la “prenotación”, o de dominio “prenotado”, durante el cual los titulares actuales de los bienes que componían el acervo sucesorio del presunto muerto carecen de facultades de disposición respecto de esos bienes, a menos que concurra la autorización judicial, tiene una duración relativamente corta.

Al respecto dice el art. 30 de la ley 14.394: *“Transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento, u ochenta años desde el nacimiento de la persona, quedará sin efecto la prenotación prescripta, pudiendo desde ese momento disponerse libremente de los bienes. Queda concluida y podrá liquidarse la sociedad conyugal”*.

De lo expuesto surge que el período aludido puede finalizar, ya por el transcurso del plazo legal, ya por la avanzada edad del desaparecido. Desde luego queda igualmente superado por la reaparición de este último, hecho que analizaremos más adelante (ver *infra*, n° 1029), en conexión con los diversos momentos en que pueda tener lugar.

1019. I) TRANSCURSO DEL PLAZO LEGAL. — La causa ordinaria de cesación del período de la prenotación consiste en el solo transcurso del lapso de 5 años a contar desde el día del fallecimiento presunto del desaparecido.

Es interesante observar la reforma que se ha operado en el sistema legal a este respecto.

En el régimen del Código el período ordinario de indisponibilidad de los bienes del ausente presuntamente fallecido llamado de “posesión provisoria”, duraba 15 años y se contaba “desde la desaparición del ausente” (art. 122, derogado).

En el régimen vigente el plazo es de 5 años y se cuenta desde el día presuntivo del fallecimiento.

La reforma, tomada del art. 68 del Anteproyecto de 1954 es indudablemente ventajosa. Por lo pronto la reducción del plazo de estancamiento económico de los bienes coadyuva al mejor aprovecha-

amiento de los mismos con la consiguiente ventaja para la sociedad sin mengua de la situación del muerto presunto, cuya reaparición ha de descartarse prácticamente luego de este plazo adicional que viene a agregarse al transcurrido anteriormente a la declaración del fallecimiento presunto. Con el progreso de los medios de comunicación que se advierte en nuestro tiempo parece imposible admitir que pueda subsistir quien permanece sin dar noticia durante un tiempo ya suficiente como para dejar el régimen de los bienes del muerto presunto en condiciones semejantes al de los otros bienes.

En cuanto al punto de partida del período de la prenotación se ha fijado en el día presuntivo del fallecimiento, siguiendo una idea de Segovia.⁴⁹ Luego de la declaración de muerte presunta, es lógico que todo el sistema de plazos se atenga a la fecha de esa misma muerte, que es el hecho capital. Se comprende que para llegar a esa declaración se tomen en cuenta circunstancias diversas y consiguientemente lapsos distintos, pero no se justifica que mediando ya fecha de presunto fallecimiento sigan gravitando otras circunstancias fuera de ésta. De lo contrario se llega a la anomalía, que podía presentarse en el sistema derogado, de dejar la extensión del período de indisponibilidad de los bienes librada a las variaciones provenientes de hechos accidentales como pueden ser la mera ausencia del desaparecido o la presencia de éste en una catástrofe, hechos que incidían para prolongar o acortar el tiempo de estancamiento de los bienes. Así ese tiempo que debía tener una duración mínima de 8 años y medio en el supuesto ordinario se alargaba hasta requerir una duración mínima de 11 años y medio cuando tratándose de un caso extraordinario —incendio, terremoto, acción de guerra, etc.— eran mayores las probabilidades de la efectividad de la muerte.⁵⁰

Con el nuevo sistema todos los sucesores de presuntos muertos están en paridad de situación, perdurando el mismo tiempo las restricciones para disponer de los bienes recibidos.

1020. II) CASO DE DESAPARECIDO OCTOGENARIO.— El período normal de la "prenotación" puede verse reducido, si pendiente el mismo llegare el desaparecido a cumplir los 80 años de edad (art. 30, segundo supuesto, de la ley 14.394).

Es enteramente lógico, tomar en cuenta la avanzada edad del

⁴⁹ Segovia, L., *Código Civil bajo la forma de notas*, Ba. As., 1933, t. I, art. 22, p. 41, nota 7.

⁵⁰ Lo explicado en el texto es consecuencia de haber adoptado el codificador un término común de 15 años desde la desaparición para fijar la duración del período que se llamaba de posesión provisoria (art. 122, derogado). Por tanto, poco ganaban los sucesores del ausente con presunción de fallecimiento con que se les disminuiera el plazo de 6 a 3 años para iniciar el juicio cuando el ausente había estado en un hecho catastrófico, si luego los 3 años ganados se los volvía a contar para demandar la entrega definitiva de los bienes.

desaparecido para acortar el período de indisponibilidad de sus bienes, en manos de sus sucesores, porque a la presunción de muerte emanada de la sola ausencia se agrega en esta hipótesis la que surge de la avanzada edad del desaparecido. Es la acumulación de ambas situaciones la que lleva al legislador a descontar como enteramente improbable la reaparición del desaparecido, y de ahí que se permita a los sucesores actuar frente a los bienes de que son titulares, sin cortapisa alguna.

Por lo demás el transcurso de los 80 años desde el nacimiento del desaparecido sólo incide en el acortamiento del período de la prenotación, pero no en el amenguamiento de los plazos legales necesarios para que pueda declararse el fallecimiento de la persona.⁵¹

1021. SUPRESIÓN DEL PERÍODO DE "PRENOTACIÓN".
— No es forzoso que a la declaración de fallecimiento presunto siga el período de prenotación.

En efecto, cuando por haber transcurrido un tiempo más largo del mínimo consignado en la ley para iniciar o proseguir el trámite de presunción de fallecimiento, la declaración respectiva se dicta después de vencido el plazo de cinco años a partir del día presuntivo de fallecimiento, se omite la prenotación de los derechos transmitidos a los sucesores del presunto muerto, y éstos quedan investidos con la plenitud de las facultades correspondientes a su título sin restricción alguna.

Lo mismo ocurre cuando al tiempo de dictarse la declaratoria de fallecimiento presunto han pasado más de ochenta años desde el nacimiento del desaparecido.

En tales casos, el período de "prenotación" resulta suprimido, pasándose directamente al período definitivo en el que los sucesores del causante reciben los bienes, sustituyendo a su autor en la titularidad de los derechos respectivos, con la plenitud de facultades y sin cortapisa alguna. Por consiguiente, si se trata de cosas inmuebles el dominio de ellas se inscribe en el Registro de la Propiedad a nombre de los sucesores del presunto muerto, pura y simplemente sin ninguna prenotación.

VI.— APERTURA DEL PERÍODO DEFINITIVO O DE DOMINIO PLENO .

1022. INICIACIÓN DEL PERÍODO DEFINITIVO.— Transcurrido el pe-

⁵¹ Conf. Spota, A. G., *op. cit.*, t. I, vol. 32, n° 1020, p. 623; Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 292, p. 248.

riodo de la prenotación, o salvado el mismo cuando procediere omitirlo de acuerdo a las circunstancias manifestadas en el número precedente, se abre el período definitivo referente al goce de los derechos transmitidos a favor de los sucesores del presunto muerto.

Tal apertura tiene importancia relevante, con respecto a la disolución de la sociedad conyugal, a la caducidad de las restricciones que limitaban las facultades de disposición de los sucesores, y a la nueva naturaleza jurídica que adquieren los derechos adquiridos por éstos.

1023. EXTINCIÓN "IPSO JURE" DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. — Al respecto, dice el art. 30 de la ley 14.394 que *"transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona . . . queda concluida y podrá liquidarse la sociedad conyugal"*.

Es el mismo principio del art. 123 (derogado) del Código Civil, que ha sido mantenido por la nueva ley, adaptándolo al sistema creado por ella.

Por consiguiente el vencimiento del lapso quinquenal desde el día presuntivo del fallecimiento —o de los 80 años desde el nacimiento del muerto presunto— produce de pleno derecho y sin necesidad de interposición de acción alguna, la disolución de la sociedad conyugal que aún mantuviere el presunto viudo.

Sin duda la sociedad conyugal podría haberse disuelto anteriormente, por celebración de ulteriores nupcias o por opción de la presunta viuda (véase *supra*, nº 1011). Pero en los supuestos generales en que no haya tenido lugar la disolución, se operará automáticamente por la sola expiración de los plazos alternativos ya expresados.

En cuanto al momento computable para determinar el capital partible de la sociedad conyugal, remitimos a lo explicado en el nº 1012.

1024. CADUCIDAD DE LAS RESTRICCIONES QUE AFECTABAN A LOS DERECHOS DE LOS SUCESTORES. — Según el art. 30 de la ley 14.394, que en parte hemos transcritto, *"transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona, quedará sin efecto la prenotación prescrita, pudiendo desde ese momento disponerse libremente de los bienes"*:

Este precepto se origina en el art. 68 del Anteproyecto de 1954, que con claridad expresaba que aquel hecho hacía caducar de pleno derecho la garantía y la prenotación pres-

cripta, pudiendo desde ese momento disponerse libremente de los bienes.

No obstante el cambio de la frase "caducará de pleno derecho" por la que reza "quedará sin efecto", creemos que el régimen instituido por la nueva ley es el mismo del Anteproyecto. Por tanto el transcurso de los plazos legales opera automáticamente, y acuerda a los sucesores la plenitud de las facultades correspondientes a sus derechos, sin dependencia de acción judicial alguna y sin necesidad de que previamente sea levantada la prenotación inscrita.⁵²

Observamos, que la ley no exige tal previo levantamiento de la prenotación, que constituye un medio de publicidad en resguardo de los terceros y no un elemento esencial que condicione la modificación del derecho del sucesor. Por ello es que aun cuando no hubiere sido levantada la prenotación, la enajenación efectuada por el titular actual será válida por ser "otorgada por persona capaz de cambiar el estado de su derecho" (art. 1040), desde el mismo momento de la expiración del periodo de la prenotación, o plazo legal correspondiente (arg. art. 30, ley 14.394).

Desde luego el primer interesado en la eliminación de la prenotación inscrita en los registros públicos, es el titular del dominio, quien sin duda para mejorar la apariencia de su título frente a los terceros se apresurará a obtener del juez el levantamiento de dicha prenotación. Pero insistimos, la extensión de las facultades que le competen sobre los bienes recibidos, no depende del hecho accidental de la eliminación del asiento de la prenotación en el Registro de la Propiedad, sino de la sola expiración de los plazos legales condicionantes de su derecho.

1025. NATURALEZA DEL DERECHO DE LOS SUCESORES.

— Con la caducidad de la prenotación los sucesores del presunto muerto, como titulares actuales de los derechos recibidos, quedan en el pleno goce de los mismos.

El anterior "dominio prenotado" que ostentaban aquellos queda así cambiado en "dominio consolidado", aunque todavía amenazado por la eventual reaparición del dueño precedente.

Lo llamamos "dominio consolidado" porque la facultad de disponer de la cosa que le estaba vedada al titular del "dominio prenotado" le queda ahora restablecida con lo cual

⁵² Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 743, p. 419. Comp. Borda, G., A., *op. cit.*, t. I, n° 292, p. 249, para quien la prenotación "no caduca automáticamente; debe ser pedida al juez y éste ordenarla".

el dueño puede comportarse con aquel cúmulo de atribuciones que le confiere el art. 2513 del Código Civil, y en virtud del mismo poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla, conforme a un ejercicio regular.

Con todo, el dominio consolidado sigue siendo un "dominio revocable" porque la reaparición del desaparecido provoca la caducidad de ese derecho. Se trata de una eventualidad que está en la raíz misma del dominio obtenido por el titular actual, lo que lo ubica en la categoría de "dominio revocable" que tiene lugar "cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título" (art. 2663, cláusula 2ª).

1026.— Pero si el carácter revocable del dominio no se altera por el paso del "dominio prenotado" al "dominio consolidado", es muy diversa la manera cómo afecta la reaparición del desaparecido a uno y otro derecho. En efecto, la reaparición del desaparecido destruye el "dominio prenotado" retroactivamente a la fecha de entrega de los bienes al sucesor: es el modo normal de funcionamiento de la condición resolutoria que las disposiciones de la ley 14 394 no han modificado. En cambio el "dominio consolidado" es extinguido por la reaparición del causante, sin retroactividad como habremos de ver más adelante al estudiar las consecuencias que ese hecho produce (véase *infra*, n.º 1036). Aquí se da una de esas hipótesis excepcionales de "dominio revocable" que quedan comprendidas en el art. 2672, según el cual *"cuando por la ley, o por disposición expresa en los actos jurídicos que constituyan el dominio revocable, la revocación no tuviere efecto retroactivo, quedan subsistentes las enajenaciones hechas por el propietario desposeído, como también los derechos reales que hubiese constituido sobre la cosa"*.

§ 4. Reaparición del ausente. Efectos en cuanto al matrimonio y a los bienes. Aparición de otros herederos.

I. — REAPARICIÓN DEL AUSENTE

1027. DESVIRTUACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO.— Toda la regulación de la ley acerca de este asunto se apoya en una presunción "juris tantum" de fallecimiento del desaparecido. La carencia de noticias durante un tiempo prolongado induce la creencia de una muerte pro-

bable, y ante la necesidad de definir las relaciones jurídicas pendientes que afectan al desaparecido, el legislador ha supuesto que estaba fallecido y ha computado ese hecho para introducir en dichas relaciones las soluciones correspondientes. Todavía cuando el estado de falta de noticias se prolonga durante el período de "prenotación" la probabilidad de la muerte se intensifica hasta casi convertirse en una certeza moral: de ahí que al entrar en el período "definitivo", cesen las garantías establecidas a favor del ausente y se confieran a los sucesores la plenitud de facultades que corresponden a los derechos transmitidos.

Pero toda esa serie de derivaciones proviene del hecho del fallecimiento del desaparecido, que la ley presume hasta tanto no se pruebe la existencia de aquél. Por tanto, cuando el ausente reaparece o se tienen noticias verídicas acerca de su existencia, ello demuestra la falsedad de aquel hecho y la necesidad de reponer el estado de las cosas al momento en que se encontraban cuando se declaró una muerte que ahora ha resultado inexacta.

Es claro que tal reposición de las cosas al estado anterior, no puede hacerse, sin más ni más, por los graves perjuicios que podría importar para los terceros de buena fe y aun para los sucesores del desaparecido, a quienes no se les puede reprochar que hayan creído en una muerte en la que también había creído la ley. De ahí que, como siempre con la brújula de la justicia, sea menester distinguir y ponderar las diversas situaciones creadas de conflicto múltiple entre el interés del reaparecido en retomar sus derechos en el estado en que se encontraban al tiempo de su alejamiento, el interés de los sucesores y terceros en conservar los derechos que hubieran adquirido, y el interés de la sociedad en estructurar un régimen jurídico estable que redunde en la más justa organización social y el mejor aprovechamiento de los bienes.

Estudiaremos las consecuencias que produce la reaparición del ausente con relación al matrimonio, al patrimonio y a los derechos extrapatrimoniales.

II — EFECTOS DE LA REPARICIÓN DEL AUSENTE CON RELACIÓN AL MATRIMONIO

1028. REMISIÓN. — Hemos estudiado el punto en los números 992 a 996, a los que remitimos.

III. — EFECTOS DE LA REPARICIÓN CON RELACIÓN A LOS BIENES

1029. DISTINCIÓN DE SITUACIONES. — La reaparición del ausente, declarado muerto, debe ser estudiada en su incidencia con respecto a los bienes, según que se produzca: 1) antes de la entrega de dichos bienes; 2) durante el período de “prenotación”; 3) luego de cesada la “prenotación”.

1030. I) PRIMERA HIPÓTESIS: REPARICIÓN ANTES DE LA ENTREGA DE LOS BIENES. — La ley no prevé el supuesto de que el desaparecido reaparezca en el curso del juicio de presunción de fallecimiento, o luego de la pertinente declaración pero antes de quedar ésta cumplimentada por la entrega de los bienes a los sucesores.

No cabe duda de que la reaparición del ausente en esas situaciones, obsta a la prosecución del juicio y deja sin efecto la declaración de fallecimiento que se hubiese dictado. Desde ya quedarán impedidos los sucesores para pretender entrar en la posesión de los bienes del desaparecido o inscribir los bienes a su nombre en el Registro respectivo.

Por lo demás como hasta la entrada de los sucesores en la posesión de los bienes, no cambia el régimen de éstos, quien mantuviere la administración a nombre del dueño estará obligado a restituir los bienes al reaparecido, rindiéndole cuentas de la gestión efectuada. Si el gestor hubiere excedido las facultades que competen a todo administrador de bienes ajenos, lo obrado podrá ser desconocido por el dueño con arreglo a los principios generales aplicables (conf. arts. 1161, 1870, ins. 1º, 1931 y 1946, Cód. Civ.).⁵³

1031. II) SEGUNDA HIPÓTESIS: REPARICIÓN DURANTE EL PERÍODO DE PRENOTACIÓN. — Al respecto, el art.

⁵³ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 757, p. 426. Sobre la obligación de rendir cuentas, conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, nº 287, p. 246.

29, primera parte, de la ley 14.394, dice: “*Si hecha la entrega de los bienes se presentase el ausente o se tuviera noticia cierta de su existencia, aquella quedará sin efecto*”.

Los hechos que provocan la ineficacia del título por el cual se ha hecho la entrega de los bienes, son la “presencia” del presunto muerto, o la “noticia cierta” de su existencia. Por noticia cierta, ha de entenderse, la que no admite duda sobre su autenticidad y veracidad.

Los obligados a restituir los bienes, por caducidad del título en virtud del cual los detentaban, deben rendir cuentas de su gestión para justificar que no han dispuesto de los bienes recibidos, lo que les estaba vedado.⁵⁴

Desde luego la enajenación de inmuebles puede descartarse, pues por la inscripción de la “prenotación” en el Registro de la Propiedad, difícilmente ocurrirá que alguien arriesgue la compra en tales condiciones, la que podría ser tachada de nulidad. Pero la enajenación de cosas muebles es enteramente factible por el desconocimiento del adquirente acerca de la carencia de facultades del transmitente, para disponer de la cosa. En ese supuesto el adquirente de buena fe no sería alcanzado por la reivindicación que quisiera entablar el reaparecido (conf. art. 2412), pero el sucesor de éste sería responsable por el valor de la cosa faltante.⁵⁵

1032. — En esta hipótesis puede ocurrir que no obstante tenerse noticia cierta de la existencia del declarado muerto presunto, éste no comparezca a reclamar sus bienes.

En este caso “*toda persona que tuviere interés legítimo respecto de los bienes del ausente*” (art. 17, ley 14.394) puede hacer la denuncia del hecho y si se lo comprobare procederá colocar los bienes bajo la custodia de un curador en forma similar a la prevista para el período anterior a la declaración del fallecimiento presunto (arg. art. 15 “in fine” misma ley, aplicable por analogía) Como se ha observado los sucesores que detenten los bienes no pueden pretender se los siga considerando sucesores del presunto muerto, si el hecho originario de la

⁵⁴ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 758, p. 427 y Borda, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁵ Conf. Arauz Castex, *op. cit.*, *loc. cit.*

sucesión o sea el fallecimiento presumido por la ley ha quedado desvanecido por la noticia cierta de la existencia del causante.⁵⁶

Por la misma razón, independientemente de toda presentación judicial, quedaría extinguido el derecho del sucesor y consiguientemente cambiada la naturaleza de la posesión material de los bienes por parte del mismo. Desde que supiera la existencia del ausente, queda aquél desprovisto de sus derechos de titular de un dominio "prenotado" y reducido a la condición de simple administrador de bienes ajenos, que puede liberarse de su responsabilidad solicitando la designación judicial de un curador a los bienes, como en el caso anterior.⁵⁷

1033. FRUTOS. — Hasta el conocimiento que tuvieran de la existencia del dueño de los bienes, los titulares del "dominio prenotado" adquieren los frutos por la percepción.

Así lo aclara el art. 29, tercera parte, de la ley 14.394 en los siguientes términos: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 1307 y siguientes del Código Civil, en los casos precedentes se aplicará a los frutos percibidos lo dispuesto respecto a los poseedores de buena o mala fe".

La buena fe, en la posesión, consiste en la creencia sobre la legitimidad del título en virtud del cual se tiene la posesión (conf. artículo 2356), y en el caso, en la falta de toda noticia sobre la existencia del desaparecido desde la última computada en el juicio de presunción de fallecimiento.

Por aplicación de los principios aquí aludidos,⁵⁸ la ley confiere a los titulares del dominio prenotado la propiedad de los frutos percibidos por ellos, de buena fe, con lo que se ha alterado fundamentalmente el régimen del Código Civil que tratándolos como meros administradores de bienes ajenos, no los autorizaba sino para retener el décimo de los frutos en carácter de remuneración de su cometido.⁵⁹

Esta modificación redundará en la mejor explotación de los bienes por el estímulo que crea para el trabajador. Por ello la reforma ha sido aprobada.⁶⁰

Es de notar que la apropiación de los frutos se hace por la per-

⁵⁶ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 301, p. 252.

⁵⁷ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 301, p. 253.

⁵⁸ Son los arts. 2422 a 2444, en especial 2423 a 2426, 2432-2433 y 2438-2439, así como los arts. 574 a 600, especialmente el 590.

⁵⁹ Así lo entendían Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 88, p. 246, nota 365; Salvat, *op. cit.*, n° 1101, p. 504, y Orgaz, A., *op. cit.*, p. 79. En cambio Busso, *op. cit.*, t. I, art. 119, p. 613, núms. 22 y ss. y Spota, *op. cit.*, t. I, vol. 32, n° 1065, p. 675, consideraban que correspondía a los poseedores provisionales los frutos percibidos por ellos de buena fe.

⁶⁰ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 288, p. 246.

cepción, de manera que corresponderían al dueño reaparecido los frutos devengados, pero todavía no percibidos, tales como alquileres adeudados, cosechas en pie o dividendos de acciones aún no distribuidos. Pero mediando percepción de los frutos no interesa que hayan sido consumidos o capitalizados por el sucesor.⁶¹

1034. PRODUCTOS.— Por oposición a los frutos los productos no pertenecen a los sucesores y deben ser restituidos al dueño de los bienes (conf. art. 2444).

Sin embargo entendemos que pertenecen al ocupante los productos correspondientes a una explotación ya existente al tiempo de entrar el sucesor en la posesión de la misma (conf. art. 2866). Si en tal hipótesis la ley acuerda la propiedad de los productos al usufructuario del inmueble, mayor razón hay para concederla al titular del dominio “prenotado”.⁶²

1035. GASTOS Y MEJORAS.— La ley no ha aclarado cómo se regulan las relaciones entre el dueño reaparecido y sus sucesores, respecto a los gastos y mejoras efectuados por éstos, en beneficio de los bienes. Son de aplicación las disposiciones de los arts. 2427 y siguientes que contemplan las relaciones del dueño que ejerce la reivindicación y vence frente al poseedor, por la analogía de la situación.

Por tanto el dueño debe devolver al titular del dominio “prenotado” lo invertido por éste en concepto de gastos necesarios o útiles (conf. art. 2427) pero no lo gastado para la simple conservación de la cosa en buen estado (conf. art. 2430).

1036. III) TERCERA HIPÓTESIS: REAPARICIÓN DESPUÉS DE CESADA LA PRENOTACIÓN.— Este supuesto está contemplado en el art. 32 de la ley 14.394, que dice así: “Si el ausente reapareciese podrá reclamar la entrega de los bienes que existiesen y en el estado en que se hallasen, los adquiridos con el valor de los que faltaren, el precio que se adeudase de los que se hubiesen enajenado, y los frutos no consumidos”.

El principio sentado por el legislador se apoya en dos ideas, a saber: 1º) el respeto de toda la actividad jurídica

⁶¹ Obsérvese que la solución es distinta con respecto a los frutos no consumidos durante el período definitivo, si llegare a reaparecer el ausente (véase *infra* nº 1040).

⁶² Conf. Lafaille, H., *Tratado de los derechos reales*, t. II, nº 1358, p. 424.

cumplida por el sucesor, que obra durante este período con el cúmulo de facultades correspondientes al titular del respectivo derecho, sin restricción alguna; 2) la *restitución* de todos los bienes que hubieren sido del ausente reaparecido que subsistieran en el patrimonio del sucesor, así como de los bienes que hubiesen entrado en reemplazo de aquellos. La primera idea consulta especialmente a la seguridad del orden jurídico y la segunda atiende sobre todo a la equidad.

La combinación de las dos ideas expresadas suministra la explicación del sistema legal. En su estudio distinguiremos cuáles son los bienes a devolver, qué ocurre cuando se ha operado la subrogación real de los bienes originarios y qué con los frutos, productos, gastos y mejoras de las cosas.

1037. BIENES A DEVOLVERSE. — Por lo pronto están sujetos a restitución los bienes transmitidos a los sucesores “*que existiesen y en el estado en que se hallasen*” (art. 32, citado, cláusula 1ª).

La ley es enteramente clara. Se devuelven los bienes que existen en el patrimonio del sucesor al tiempo de la reaparición del ausente. No hay obligación de restituir los bienes enajenados por los sucesores, puesto que éstos no han hecho sino poner en movimiento el derecho de libre disposición, de que gozaban. Aquí juega el principio de seguridad jurídica antes aludido, el cual hace que los actos de disposición cumplidos por los sucesores se reputen inobjectables y exentos los adquirentes de buena fe de todo posible reclamo. Tampoco interesa saber si la desaparición de los bienes transmitidos se ha debido a su enajenación o su consumo, porque en uno u otro supuesto los sucesores no han hecho sino ejercer atribuciones que les eran propias.

Por otra parte la ley agrega que la restitución de los bienes debe hacerse “*en el estado en que se hallasen*”, refiriéndose tanto al “estado material” como al “estado jurídico”.⁶³

En cuanto al estado material, el ausente reaparecido debe soportar la restitución de los bienes con las disminuciones y deterioros que hubieren experimentado aunque se debiesen a descuidos del sucesor o a la explotación agotante de los mismos.

En cuanto al estado jurídico, significa que el ausente debe igualmente soportar los gravámenes y derechos establecidos por el sucesor con relación a la cosa tales como contratos de compraventa, de locación, etc. Es de observar que aquí no rige la limitación del art. 3268

⁶³ Conf. Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, nº 761, p. 528.

del Código Civil —véase *infra*, nº 1501— porque en verdad no ocurre una transmisión a título singular del sucesor a favor del ausente reaparecido sino una restitución proveniente de la desvirtuación de la causa que había dado lugar a la sucesión por fallecimiento presunto. Pero la restitución se hace con la particularidad de tener que soportar quien recobra los bienes todos los actos jurídicos efectuados respecto a la cosa, sin distinción de que sean o no referentes a obligaciones “que no gravan a una o más personas determinadas sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada” (art. 2416). Por ello es que el ausente reaparecido está sujeto a una promesa de venta que hubiera efectuado el sucesor, siempre desde luego que el acto tuviese fecha cierta, y por tanto pudiera serle opuesto a aquél (véase *infra*, nº 1618 y ss.).

1038. SUBROGACIÓN REAL. — La ley obliga también a la restitución al ausente de los bienes “*adquiridos con el valor de los que faltaren*”, así como “*el precio que se adeudase de los que se hubiesen enajenado*”. Se produce así un supuesto de *subrogación real* por el cual el bien que se incorpora al patrimonio del sucesor sigue la suerte jurídica del bien desplazado cuyo lugar viene a ocupar; de ahí que proceda devolver los bienes distintos de los originarios que se hubieran adquirido con el producido de éstos, ya que los nuevos bienes por la vía de reinversión de los fondos provenientes de la enajenación de los bienes originarios han pasado a ocupar patrimonialmente el lugar de éstos.

Por la misma razón, corresponde devolver los créditos que tenga el sucesor provenientes del saldo de precio de bienes sujetos a restitución, o de la colocación de fondos integrantes del capital del reaparecido.

La subrogación real debe ser probada por el ausente reaparecido que funda en ella un título a la obtención de bienes que materialmente no existían en su patrimonio al tiempo de la entrega del mismo a su sucesor.⁶⁴

1039. — Bien se ha advertido que esta necesidad de indagar sobre el origen de los bienes del sucesor para determinar la extensión de la obligación de restitución a favor del ausente reaparecido, muestra la existencia de una dualidad de patrimonios en cabeza de aquél: por una parte su propio patrimonio general que queda en cuanto a los bienes que lo integran, al margen de la obligación de restituir que pesa sobre el sucesor a favor del reaparecido; por otra parte el patri-

⁶⁴ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, nº 295, p. 250.

monio especial constituido por los bienes del presuntamente fallecido que es transmitido al sucesor bajo un título resoluble.⁶⁵

1040. FRUTOS NO CONSUMIDOS.— En cuanto a los frutos dice el art. 32 de la ley 14.394 que habrán de restituirse al ausente reaparecido “*los frutos no consumidos*”.

La misma obligación contemplaba el art. 69 del Anteproyecto de 1954 que constituye el antecedente del precepto que comentamos.

Ha sido criticado el principio legal por parecer contradecir la atribución de los frutos percibidos al sucesor durante el período de la prenotación. Se argumenta que no teniendo los sucesores por qué devolver los frutos percibidos aunque no consumidos todavía, en aquella etapa, con mayor razón debían estar eximidos de tal devolución en la última.⁶⁶ Hasta se ha llegado a decir que sería un desliz del legislador y que donde dice “no consumidos” debe entenderse “no percibidos”.⁶⁷

Disentimos acerca de esas observaciones. Por lo pronto quede en claro que no se ha deslizado la calificación “no consumidos” por inadvertencia, puesto que ya aparecía en el modelo del texto legal que hemos recordado.

En cuanto al art. 69 del Anteproyecto de 1954, deliberadamente consignamos en su redacción la obligación del sucesor de restituir los frutos no consumidos, es decir aquellos que hubieran sido capitalizados y que pasaran a incrementar el monto global de los bienes existentes en el patrimonio separado constituido por los bienes transmitidos por el presuntamente fallecido.

Para llegar a esta solución nos hicimos eco del principio de equidad que como hemos visto (*supra*, n° 1036) gravita singularmente en las soluciones adoptadas con relación a esta hipótesis. Pensamos que así como el ausente desaparecido debe soportar todas las disminuciones de sus bienes operadas por los sucesores, igualmente no deben enriquecerse éstos a costa de aquél, cuando en lugar de consumir el capital o los frutos, lo que habrían podido hacer, no lo han hecho y conservan en especie, los bienes, actualmente. Es un “estar a las duras y a las maduras” que por sugestión de la equidad supera la mera lógica del principio legal de la apropiación definitiva de los frutos por la percepción en esta particular hipótesis.

Por lo demás creemos que hay razón suficiente para adoptar un

⁶⁵ Borda, G. A., *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁶ En este sentido Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 761, ps. 428-9.

⁶⁷ Así opina Borda en *op. cit.*, t. I, n° 297, p. 251.

principio diferente al establecido sobre definitiva apropiación de frutos por la percepción durante el período de la prenotación. Porque pendiente este período hay un deslinde completo entre el capital y los frutos, ya que el sucesor no puede tomar el primero y sí disponer de los segundos; en cambio pasando al período definitivo el capital y los frutos quedan involucrados en una misma condición jurídica⁶⁸ por lo que ya no habría motivo para distinguir entre ambas categorías, de modo que si se devuelve el capital existente, deben igualmente devolverse los frutos existentes —no consumidos— que han pasado a “capitalizarse” y a identificarse con el capital por ello mismo.

Finalmente como un argumento de autoridad corroborante de los anteriores, anotamos que ya el Proyecto de 1936 había variado el criterio propuesto por Bibiloni al respecto. Éste, en el art. 157 de su Anteproyecto (140 de la segunda redacción), no concedía al ausente que reaparecía después de la posesión definitiva acción por restitución de los intereses y rentas percibidos por los poseedores definitivos. Pero la Comisión reformadora del año 1936, se apartó, en el art. 72, de ese criterio concediendo al ausente reaparecido después de caducada la prenotación derecho para reclamar “las rentas e intereses no consumidos”. Parece preferible generalizar el concepto a toda clase de frutos.^{68 bis}

En suma, por las consideraciones expresadas, el legislador ha consignado una regla especial relativa a la restitución de los frutos “no consumidos”.⁶⁹ En lo concerniente a los frutos percibidos y consumidos, o frutos pendientes, se aplican los principios generales que hemos recordado *supra*, n° 1033. Así lo dispone la parte final del art. 32 de la ley

⁶⁸ Obsérvese que en el dominio la propiedad de la cosa que tiene el titular se extiende a los frutos que produce (conf. art. 2522), “salvo el caso que un tercero tenga el derecho de gozar de la cosa y la excepción relativa al poseedor de buena fe” (mismo artículo). Por tanto durante el dominio pleno que tienen los sucesores, pendiente el período “definitivo”, su título al capital y a los frutos es idéntico: de ahí que lo que se decida sobre el capital que exista debe también extenderse a los frutos que igualmente existan. Otra cosa pasa durante el período de la prenotación, pues entonces el derecho del sucesor sobre el capital es diferente al que tiene sobre los frutos: el primero es indisponible y el segundo de libre disposición, lo que explica que no se devuelvan los frutos percibidos durante aquel período.

^{68 bis} Tal es la solución adoptada en Francia: véase Ripert y Boulanger, *Traité de Droit Civil*, París, 1956, ed. puesta al día en 1° de octubre 1960, t. I, n° 1045, p. 421.

⁶⁹ Lo que fue vislumbrado por Arauz Castex M., *op. cit.*, t. I, n° 761, p. 429.

14.394: “Regira en ambos casos —de reaparición del ausente o presentación de herederos con igual o mejor derecho— lo dispuesto respecto de las obligaciones y derechos del poseedor de buena o mala fe”.

1041. PRODUCTOS. — Con relación a los productos no hay disposición especial alguna, como sí la hay para los frutos no consumidos. Por consiguiente se aplica la parte final del art. 32 que acabamos de transcribir, y en virtud de la misma corresponden al dueño anterior reaparecido los productos que subsistieran sin enajenar en el patrimonio del sucesor.

Los productos forman parte del capital, de modo que no puede haber duda sobre la obligación de devolver que pesa sobre el sucesor que debe la “*restitución de los bienes que existieren*” (art. 32 citado, cláusula 1^a).

1042. GASTOS Y MEJORAS. — A falta de reglas especiales sobre el punto se aplica la mencionada cláusula final del art. 32 de la ley 14.394, originándose las soluciones ya expuestas anteriormente en el n^o 1035, adonde remitimos.

1043. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DEL REAPARECIDO. — La acción del ausente reaparecido para obtener la devolución de los bienes que le corresponden es imprescriptible. De ahí que no obstante el largo tiempo transcurrido desde el alejamiento que dio lugar a la presunción de su fallecimiento o desde su reaparición, ello no le impedirá recobrar los bienes integrantes de su patrimonio, los que pasaron a manos de los sucesores en virtud de un hecho —el fallecimiento— que la reaparición mostró ser inexacto.⁷⁰

IV.— OTRAS CONSECUENCIAS DE LA REAPARICIÓN DEL AUSENTE

1044. ENUNCIACIÓN. — En los dos apartados anteriores, nos hemos referido a los principales efectos que produce la reaparición del ausente, ya con relación al matrimonio, ya con relación a los bienes integrantes de su patrimonio.

⁷⁰ Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n^o 301 bis, p. 523.

Pero ese hecho tiene también otras incidencias menores, de las que trataremos someramente.

1045. PATRIA POTESTAD. — Ya hemos visto en el nº 1014 cómo influye la presunción de fallecimiento en la extinción de la patria potestad. Pero si se produce la reaparición del desaparecido, tal extinción queda sin efecto y restablecida consiguientemente la patria potestad, a menos que concomitantemente hubiere obrado alguna causa determinante igualmente de ese efecto: v.gr., si en el intervalo entre la declaración del fallecimiento presunto y la reaparición del desaparecido el hijo hubiese alcanzado la mayoría de edad.

1046. TUTELA Y CURATELA. — Diversa a la anterior es la situación que provoca la reaparición del desaparecido con respecto a la tutela y curatela, pues sea que el fallecimiento presunto haya afectado al representante o al representado, en cualquier caso el hecho define las relaciones pendientes hasta ese momento, sin que puedan revivir con relación a las mismas personas.

Así si él presuntamente fallecido era el tutor o curador, ha debido nombrarse en su reemplazo a otra persona por lo que no se justificaría que la reaparición de aquél interfiriera en las relaciones actuales del incapaz con su nuevo representante, especialmente por el perjuicio que ello traería al mismo incapaz cuyo interés es el primero a tomar en cuenta en la regulación de estas instituciones.

Otro tanto cabe concluir en el supuesto de que el presuntamente fallecido hubiera sido el incapaz. Entonces el tutor o curador ya habría terminado su cometido con obligación de rendir las cuentas de su gestión. No se justificaría que por la reaparición del incapaz se confiriera automáticamente la representación suya al representante anterior cuando las novedades ocurridas desde entonces, v.gr., existencia de parientes más próximos o más idóneos, pueden aconsejar que el cargo de tutor o curador se encargue a otra persona distinta de quien antes ejerció ese cargo.

En suma, con relación a la tutela y curatela ya extinguidas, la reaparición del ausente no produce efecto alguno.

1047. OTROS DERECHOS EXTRAPATRIMONIALES. — Con relación a los demás derechos extrapatrimoniales, hay que estar a los principios generales. Por tanto, si tales derechos han resultado extinguidos sólo por la incidencia del fallecimiento presunto del titular, su restablecimiento se impone con la reaparición del mismo sujeto, v.gr., readquisición de los atributos inherentes a la personalidad, acciones de estado, etc.

1048. IMPUGNABILIDAD DE LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO PRESUNTO.—Al reaparecer el desaparecido, puede encontrarse con que la declaración del presunto fallecimiento adoleciera de irregularidades esenciales, lo que habría ocurrido si la denuncia de la ausencia se hubiera efectuado por quien supiese de su paradero, o con omisión de las diligencias apropiadas para dar con él, entre ellas la publicación de edictos mandados por la ley.

En tal hipótesis, se admite el derecho del reaparecido para pedir la nulidad del pronunciamiento judicial sustentado en presupuestos falsos o elaborados maliciosamente.⁷¹

El interés del reaparecido en obtener la declaración de nulidad sería evidente porque cayendo la presunción de su fallecimiento, se dejaría de lado todo el régimen de la ley sobre facultamientos extensos conferidos a sus sucesores y éstos resultarían tratados simplemente como poseedores de buena o mala fe, según el efectivo conocimiento que hubieran tenido o debido tener de los vicios en base a los cuales llegara a decretarse la nulidad.⁷²

En cuanto a los terceros adquirentes a título oneroso, de buena fe, no serían afectados por la invalidez de la declaración o presunción de fallecimiento porque se haría aquí una aplicación analógica de las disposiciones que aseguran la eficacia de los actos de disposición, a título oneroso, cumplidos por el heredero aparente, carácter que no podrá serle negado al aparente sucesor del presuntamente fallecido en aquellas condiciones (conf. art. 3430).⁷³

⁷¹ Conf. Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 124, p. 623, n° 23; Borda, *op. cit.*, t. I, n° 300, p. 252.

⁷² Conf. Borda, G. A., *op. cit.*, t. I, n° 300, p. 252, texto nota 370. Comp. Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 124, p. 623, n° 25, quien parece entender que no cabe la distinción entre poseedores de buena o mala fe y que siempre los sucesores serían de este último carácter pero puede ocurrir que algunos de ellos ignoraran el vicio en virtud del cual llegase a anularse el juicio de presunción de fallecimiento, en cuyo caso beneficiarían de la presunción de buena fe sentada por el art. 2362.

⁷³ Conf. Busso, E., *op. cit.*, t. I, art. 14, p. 623, n° 26; Salvat, R., *op. cit.*, n° 1120, p. 510, y el libro del autor de esta obra titulado *Efectos de la nulidad y de la anulación de lo actos jurídicos*, Bs. As., 1953, p. 169, f) Comp. Borda, *op. cit.*, t. I, n° 300, quien no parece distinguir entre los terceros adquirentes, según el carácter oneroso de la adquisición.

V. — PRESENTACIÓN DE HEREDEROS PREFERENTES O CONCURRENTES

1049. PREVISIÓN LEGAL. — Los arts. 29 (segunda parte) y 32 (también segunda parte) de la ley 14.394, contemplan la posibilidad de que luego de entregados los bienes del presunto muerto a quienes los hubieran reclamado en el carácter de herederos o legatarios de aquél, aparecieran y se presentaran otras personas diferentes justificando su carácter sucesorio, con exclusión de los anteriores sucesores o en concurrencia con ellos.

Tal hipótesis puede acontecer ya porque se descubra un testamento no computado en el juicio, ya porque no hubieren comparecido al juicio parientes del causante que habrían excluido a los presentados, o con derecho a concurrir con éstos en la adjudicación de los bienes del presunto muerto.

Las soluciones legales son diferentes, según que la presentación de los herederos preferentes o concurrentes preteridos, como los llama la ley, se produzca durante el período de la “prenotación” o luego del cese de la “prenotación”.

1050. PRESENTACIÓN DURANTE EL PERÍODO DE LA PRENOTACIÓN. — Al respecto dice el art. 29, segunda parte, de la ley 14.394: *“Si se presentasen herederos preferentes o concurrentes preteridos que justificasen su derecho a la época del fallecimiento presunto, podrán reclamar la entrega de los bienes o la participación que les corresponda en los mismos, según el caso”*.

Como dice el artículo, los que discutan el título de los sucesores que han recibido los bienes del presunto muerto pueden ser herederos preferentes o herederos concurrentes que hubiesen sido preteridos.

1) Si los que se presentasen fueren herederos preferentes, a ellos les corresponde el dominio “prenotado” de los bienes del presunto muerto, que hasta ese momento ha sido detentado por quienes en ver-

dad carecían del título hereditario que habían invocado. La situación se asimila al reclamo que puede hacer cualquier dueño de bienes —no se olvide que los herederos con mejor derecho son los propietarios de los bienes dejados por el muerto presunto— contra el poseedor de los mismos. De ahí que sean de aplicación las disposiciones relativas a la apropiación de frutos por los poseedores de buena fe (conf. art. 29 citado, “in fine”). En otros términos los que devuelven los bienes al heredero preferente, podrán retener los frutos percibidos si fueren de buena fe, o sea si estuvieran persuadidos por ignorancia inculpable de la legitimidad de su título de sucesores del presunto muerto.

En suma la posición de los poseedores de los bienes del presunto muerto frente a los herederos con mejor derecho, es la misma que pueden tener frente al mismo causante en el supuesto de reaparición de éste. Las mismas acciones que el reaparecido puede hacer valer contra los poseedores o contra los terceros, pueden articular los herederos preferentes, con la sola variante de que mientras éstos siguen apoyados en la presunción de fallecimiento que es la causa de su propio derecho “in rem”, aquél hace valer la desvirtuación de esa presunción con todas las consecuencias que ello produce.⁷⁴

2) Si quienes se presentaren fueren herederos en concurrencia con los que hubieren recibido los bienes, deberán ser admitidos a participar en ellos según la proporción que les corresponda. Si se hubiere practicado la partición de los bienes, el acto quedaría sin efecto por la necesidad de proceder a una nueva partición. En cuanto a los frutos percibidos por los poseedores nada cabe decidir, porque la apropiación de los frutos es consecuencia de la posesión tenida por aquellos y no del título compartido perteneciente a todos los herederos. Es de notar que no importa mala fe en los poseedores el simple conocimiento de la

⁷⁴ Comp. Arauz Castex M., *op. cit.*, n° 764, ps. 430-31, autor que cree encontrar una diferencia entre el reaparecido y los herederos con mejor derecho que los poseedores, con respecto a los terceros adquirentes de buena fe de los bienes transmitidos por dichos poseedores. Borda no distingue (t. I, n° 286, p. 246). Por nuestra parte, pensamos que la distinción no es procedente, porque tanto el reaparecido cuanto los herederos con mejor derecho, podrán entablar acciones contra los terceros adquirentes cuando las respectivas adquisiciones fuesen objetables: así cuando se trate de enajenaciones de inmuebles, a título gratuito u oneroso en infracción de la prenotación inscrita en el Registro de la Propiedad, la que advierte a los terceros sobre la indisponibilidad del “dominio prenotado”; o cuando las enajenaciones de cosas muebles o inmuebles hubieren sido efectuadas a título gratuito (conf. Salvat, R., *op. cit.*, n° 1120, p. 510; Lafaille, H., *Curso de derechos reales*, t. IV, p. 158. Comp. Busso, E., t. I, p. 622, núms. 19 y 20, art. 124; Alsina Atienza, M., *Efectos jurídicos de la buena fe*, Bs. As., 1935, n° 453, p. 178; Llerena, B., *op. cit.*, t. I, p. 277, n° 2, sobre el art. 124; Machado, J. O., *op. cit.*, t. I, p. 219).

existencia de herederos con igual derecho que no hubieran reclamado los bienes del presunto muerto (arg. art. 3428).

Cuando los poseedores de los bienes hereditarios hubieran dispuesto de ellos abusando de sus atribuciones, entre las cuales no cuenta la facultad de enajenarlos o gravarlos, responderán por los daños y perjuicios que hubieren causado a sus coherederos, sin perjuicio de las acciones que pudieran ejercer éstos contra los terceros de mala fe, es decir contra los que hubieren adquirido los bienes o constituido gravámenes a su favor, conociendo el impedimento en que estaban los titulares del dominio "prenotado" para realizar esa clase de actos jurídicos.

1051. PRESENTACIÓN DESPUÉS DEL PERÍODO DE PRENOTACIÓN. — La segunda hipótesis que la ley consigna contempla la posible presentación de los herederos preferentes o concurrentes preteridos después de transcurrido el período de la prenotación.

Así dice el art. 32, segunda parte, de la ley 14.394: "*si en iguales circunstancias se presentasen herederos preferentes o concurrentes preteridos, podrán ejercer la acción de petición de herencia*".

La disposición se origina en el art. 156 del Anteproyecto Bibiloni (art. 139 de la segunda redacción) que pasó retocado al art. 72 del Proyecto de 1936 y al art. 69 del Anteproyecto de 1954. Pero en tanto que en todos esos proyectos se establecía con precisión que se contemplaba la presentación luego de vencido el plazo de la prenotación, en la ley 14.394 eso no está claro, pues el art. 32 no alude a la circunstancia de tiempo en que pudo producirse la reaparición del ausente mentada en la primera parte del art. 32. De cualquier modo esa incertidumbre sobre el momento de ejercicio de la acción de petición de herencia a que se refiere este precepto, carece de consecuencia, porque de acuerdo a su índole es también petición de herencia la que ejercen otros herederos contra los que poseen la herencia, para ser reconocidos como titulares exclusivos o partícipes del dominio "prenotado" ostentado por los demandados.

También en el supuesto de articulación de la acción de

petición de herencia luego del período de la prenotación, las relaciones del demandante con los poseedores de la herencia se rigen por lo dispuesto sobre las obligaciones y derechos del poseedor de buena o mala fe, como lo hace ver el art. 32 citado, en su parte final.

1052. PRESCRIPCIÓN CONTRA LOS HEREDEROS PREFERENTES O CONCURRENTES OMITIDOS.— En tanto que la acción del reaparecido para obtener la devolución de sus bienes no prescribe, como hemos dicho —véase *supra*, n° 1043— no ocurre otro tanto con respecto a la acción similar de los herederos preferentes o de los concurrentes omitidos, contra los poseedores de la herencia. *

Sin duda no se trata de prescripción liberatoria de la acción de petición de herencia, porque esta acción como emanada del dominio que es perpetuo (conf. art. 2510) participa de ese mismo carácter. Pero si los titulares de la petición de herencia, dejan transcurrir el lapso de la prescripción adquisitiva sin promover la demanda, los poseedores de los bienes de la herencia los habrán adquirido por la posesión continuada de los mismos durante los plazos legales, a saber: de 10 años, si las cosas fueren inmuebles y los poseedores tuvieran buena fe (conf. art. 3999); de 20 años, si los poseedores fueran de mala fe (conf. arts. 4015 y 4016), se trate de cosas muebles o inmuebles.

Así por esa vía indirecta, quedarán impedidos los titulares de la petición de herencia de obtener la devolución de los bienes hereditarios que correspondan a su título, cuando los poseedores de esos bienes los hayan prescripto a su favor por la usucapión. Es la misma situación que se presentaría frente a poseedores extraños a la sucesión del presuntamente fallecido.

1052 bis. PRUEBA DE LA MUERTE EFECTIVA DEL PRESUNTO MUERTO.— Si luego de la declaración de la muerte presunta de una persona llegase a establecerse la muerte efectiva de ésta, queda sin efecto aquella declaración, y planteada una nueva situación que elimina a la precedente. Por tanto, se invalidan las transmisiones operadas en base a una presunción de muerte que resulta desvirtuada, y quedan reemplazadas por las nuevas transmisiones de derechos impuestas por el hecho de la muerte efectiva.^{74 bis}

^{74 bis} Conf. Orgaz, A., 2ª ed., p. 80; López Olaciregui, su adición a Salvat, t. I, n° 1080-A, p. 893.

ÍNDICE

	Pág.
Prefacio de la primera edición	7
Prefacio de la segunda edición	9

PARTE PRELIMINAR E HISTÓRICA

Capítulo I

INTRODUCCIÓN AL DERECHO CIVIL

§ 1. <i>Concepto del derecho. Derecho objetivo y derechos subjetivos. Concepciones individualistas, colectivistas y católico-tradicional del derecho subjetivo. Moral y derecho. Concepto y distinción. Derecho natural y derecho positivo. Las ramas del derecho positivo.</i> 1. Etimología. — 2-10. Nociones erróneas. — 11. Noción verdadera del derecho. — 12. Concepto de derecho. — 13. Derecho objetivo y derechos subjetivos. — 14-16. Teorías sobre la esencia del derecho subjetivo. — 17-19. Concepción individualista del derecho subjetivo. — 20-21. Teoría negatoria de los derechos subjetivos. — 22-24. Concepción cristiano-tradicional del derecho subjetivo. — 25-27. Moral y derecho. 27 bis. Penetración del factor moral en el derecho positivo argentino: textos del Código Civil. 27 bis ¹ Aplicaciones jurisprudenciales: remisión. 27 bis ² Moral, buenas costumbres y buena fe: directivas consagradas por la ley 17.711. — 28-30 bis. Derecho natural y derecho positivo. — 31-35. Las ramas del derecho positivo	15
§ 2. <i>El concepto de derecho civil. Dominio de aplicación. Conexión con otras disciplinas jurídicas y ciencias sociales.</i> 36. Etimología. — 37. Derecho privado. — 38. Los desmembramientos ulteriores. — 39. Dominio de aplicación del derecho civil. — 40. Conexión del derecho civil con otras disciplinas jurídicas. — 41. Conexión con otras ciencias sociales . . .	44
§ 3. <i>Fuentes o medios de expresión del derecho. Enunciación. Concepto. Clasificación de Gény.</i> 42. Noción. — 43. Enunciación. — 44-45. Clasificación de Gény	49
§ 4. <i>La ley. Ley en sentido material y en sentido formal. Caracteres. Importancia. Clasificación. Legislación argentina: Jeyes nacionales y provinciales; códigos de fondo y de forma.</i> 46. Noción de ley. — 47. Carac-	

teres. — 50. <u>Clasificación.</u> — 51. I) Según la sanción. — 52. II) Según el sentido de la disposición legal. — 53. III) Según el alcance de la imperatividad legal. — 54. Legislación argentina: orden jerárquico de leyes en derecho argentino; el principio de supremacía de la Constitución. Leyes nacionales y provinciales. — 55. Códigos de fondo y de forma. — 56. <u>Formación de la ley.</u> — 57. <u>Vigencia de la ley.</u> — 58. Legislación comparada. — 59. Proyectos de reforma del Código Civil. — 60. Derogación de la ley. — 61. Ley general y ley especial. — 62. Caducidad de la ley. — 63. Los decretos-leyes	51
§ 5. <i>La costumbre. Concepto y caracteres. Importancia. La cuestión en nuestro derecho positivo.</i> — 64. Noción e importancia. — 65. Concepto de costumbre. — 66. Elementos y caracteres. — 67. Condiciones negativas de la costumbre. — 68. Fundamento de la costumbre. — 69. Prueba de la costumbre. — 70. Especies de costumbre: a) "secundum legem"; b) "praeter legem"; c) "contra legem". — 71. La costumbre en los proyectos de reforma del Código Civil. — 71 bis. La costumbre en el derecho comercial	68
§ 6. <i>La jurisprudencia. Concepto. Medios para lograr su uniformidad. Los recursos de inaplicabilidad de ley y extraordinario. Sentencias obligatorias. El recurso de casación en el derecho comparado. Necesidad de establecer en el país un tribunal de casación.</i> 72. Jurisprudencia: concepto. — 72 bis. La sentencia como fuente del derecho; caracteres; naturaleza jurídica. — 73. Medios para lograr la uniformidad de la jurisprudencia. — 74. a) Recurso de inaplicabilidad de ley. — 75. b) Recurso extraordinario. — 76. c) Recurso de casación. — 77. Sentencias obligatorias. — 78. El recurso de casación en el derecho comparado. — 79. Necesidad de establecer en el país un tribunal de casación	79
§ 7. <i>La doctrina de los autores. Importancia. Antecedentes históricos. Derecho moderno. Su influencia en la evolución del derecho. Doctrina nacional y extranjero, principales obras clásicas y modernas.</i> 80. La doctrina: importancia. — 81. Antecedentes históricos. — 82-83. La doctrina en el derecho moderno.	87
§ 8. <i>La equidad. Noción. Su arraigo constitucional. Conflicto con la ley y modo de resolverlo.</i> 84. Noción de la equidad. — 85. Arraigo constitucional de la equidad. Conflicto entre la equidad y la ley. Modo de resolverlo. 85 bis. Expansión del principio de equidad. Ley 17.711.	90
§ 9. <i>El derecho comparado. Noción. Importancia.</i> 86. Noción de derecho comparado — 87. Importancia y virtualidad del derecho comparado. — 88. Método del derecho comparado. — 89. Síntesis final	95

Capítulo II

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

- § 1. *Interpretación legislativa, judicial y doctrinaria. Esfera del legislador y del juez: soluciones diversas.* 90. Noción. — 91. Especies de interpretación. — 92. Métodos de interpretación. — 93. A) Métodos clásicos. La escuela de la Exégesis. — 94-98. a) Doctrina. — 99-102. b) Métodos. — 103-106. c) Principales representantes de la Escuela de Exégesis. — 107-108. B) Métodos modernos. La llamada Escuela Científica

fica. — 109. a) Doctrina. — 110. b) Principales representantes. — 111. C) La escuela del derecho libre. — 112. Teoría de la hermenéutica. — 113. Cuestión previa. — 114. Los adagios. — 115. Valor del criterio que suministrará la teoría de la hermenéutica. — 116-121. Elementos de la interpretación. — 122-125. Las fuentes y la discusión parlamentaria, las circunstancias económico-sociales, el fin de la ley. Apreciación crítica. — 126. El principio de analogía. — 127. Los principios generales del derecho. — 128. El valor del resultado de la interpretación	97
§ 2. <i>Efectos de la ley con relación al territorio. Concepto de territorio. Aplicación territorial y extraterritorial de la ley. Reseña de los principios contenidos en el Código Civil.</i> 129. Planteo de la cuestión. — 130. Concepto de territorio. — 131. Determinación de la ley aplicable. — 132. Antigüedad: sistema de la personalidad de la ley. — 133. Edad Media: sistema de la territorialidad de la ley. — 134. Sistema de los estatutos. 136. Sistema de la comunidad de derecho. — 136. Teoría de la nacionalidad — 137-139. Aplicación territorial de la ley. — 140. Aplicación extraterritorial de la ley. — 141. Reseña de los principios contenidos en el Código Civil. — 142. a) Capacidad de hecho. — 143. b) Atributos de la persona. — 144. Sucesión. — 145. c) Inmuebles. — 146. d) Cosas muebles. — 147. e) Forma del acto. — 148. Actos procesales. — 149. Substancia del acto. — 150. Régimen de aplicación y prueba de la ley extranjera. — 150 bis. La ley extranjera como hecho notorio	119
§ 3. <i>Efectos de la ley con relación al tiempo. Fecha de vigencia de la ley. El principio de irretroactividad de la ley en el Código Civil. Su vinculación con la garantía constitucional de la propiedad. Leyes retroactivas y leyes que afectan derechos adquiridos. Leyes interpretativas.</i> 150 ter. Planteo de las cuestiones. — 151. <u>Fecha de vigencia de la ley.</u> — 152. El principio de irretroactividad de la ley en el Código Civil. — 153. Fundamentos. — 154. Alcance del principio. — 155. Vinculación del principio con la garantía constitucional de la propiedad. — 156. Noción de derecho adquirido. — 157. Crítica. — 158. Noción de derecho en expectativa. — 159. Noción de meras facultades. — 160-166. Otros criterios. — 167. Nuestra opinión. — 167 bis. Sistema de la ley 17.711. — 168. Primera limitación: la ley interpretativa. — 169. <u>Fundamento de la retroactividad.</u> — 170-172. Excepciones a la retroactividad de la ley interpretativa. — 173. Quid de la calificación de la ley interpretativa. — 174. Opinión disidente de Borda. 175-177. Quid de la limitación al criterio de irretroactividad resultante de la ley de orden público. 178. Supresión de la retroactividad de la ley de orden público por la ley 17.711. 179-179 bis. Efecto prolongado de la ley en el tiempo. 180-183. Los proyectos de reforma del Código Civil.	131
§ 4. <i>Orden público. Concepto. Teoría. Su alcance frente a los principios de autonomía de la voluntad, irretroactividad y extraterritorialidad de la ley.</i> 184. Noción de orden público. — 185. Fuentes del orden público. — 186-194. Diversas teorías sobre el orden público. — 195. Nuestra posición. — 195 bis. Importancia práctica de la noción de orden público. — 196. Supremacía del orden público sobre la autonomía de la voluntad de los particulares. — 197. Derechos irrenunciables. — 198. Noción de buenas costumbres: remisión. — 199. Actos sobre los cuales ejerce supremacía el orden público. — 200. Incidencia del orden pú-	

	<i>Pág.</i>
blico en cuanto a la retroactividad de la ley. — 201. El orden público como barrera para la aplicabilidad extraterritorial de la ley extranjera	158
§ 5. <i>Modo de contar los intervalos de derecho.</i> 202. El tiempo en el derecho. — 203. Carácter supletorio de estas disposiciones. — 204. Calendario gregoriano. — 205. Plazos de días. — 206. Plazos de meses y años. — 207-208. Plazos de horas. — 209. Plazos de semanas. — 210. Continuidad de los plazos. — 211. Feriados	166

Capítulo III

LA CODIFICACIÓN Y EL CÓDIGO CIVIL

§ 1. <i>La codificación. Ventajas e inconvenientes. La codificación del derecho civil. Antecedentes históricos y legislación comparada</i>	171
I. LA CODIFICACIÓN: 212. Noción. — 213. Recopilaciones o compilaciones. — 214. Consideraciones de leyes. — 215-218. Los códigos	171
II. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA CODIFICACIÓN: 219. Consideración. — 220. Ventajas. — 221. Inconvenientes. — 222. Síntesis final	175
III. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLACIÓN COMPARADA: 223. Precedentes. — 224. Compilación justinianea. — 225. Recopilaciones españolas. — 226. El movimiento de codificación moderno. — 227. La codificación francesa. — 228. El Código Napoleón y su influencia universal. — 229. Códigos posteriores al francés	177
§ 2. <i>El common-law como derecho jurisprudencial no codificado. Relación con la costumbre. El precedente y su importancia. Analogías y diferencias con el sistema continental.</i> 230. Los países del "common law". — 231. Noción del "common law". — 232. Relación del "common-law" con la costumbre. — 233. El precedente y su importancia. — 234. Caracteres del sistema. 235-237. Ventajas e inconvenientes del "common-law". — 238. Función de la ley. — 239. Analogías y diferencias con el sistema continental	181
§ 3. <i>El Código Civil Argentino. La personalidad de Vélez Sársfield. Su labor jurídica. Antecedentes y sanción del Código. Distintas ediciones. Leyes de fe de erratas de 1872 y 1882. Principales reformas. La cuestión de la reforma integral: Anteproyecto Bibiloni, Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936 y Anteproyecto, de 1954</i>	186
I. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO: 240. Legislación española vigente en nuestro país. — 241. Legislación patria. — 242. Primeros intentos de codificación. — 243-244. La Constitución de 1853. — 245. Intentos de codificación en la Provincia de Buenos Aires. — 246. La ley número 36	186
II. LA PERSONALIDAD DE DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD. SU LABOR JURÍDICA: 247. Breve biografía de Vélez Sársfield. — 248. Labor jurídica de Vélez Sársfield	190

	Pág.
III. ANTECEDENTES Y SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL: 249. El trabajo de redacción del Código Civil. — 250. Terminación del proyecto de código. — 251. Envío del proyecto al Congreso. — 252. Sanción del Código. — 253. La aprobación	193
IV. DISTINTAS EDICIONES DEL CÓDIGO CIVIL: 253 bis. Edición de Buenos Aires. — 254. Edición de Nueva York	195
V. LAS LEYES DE FE DE ERRATAS: 255. La primera ley de fe de erratas. — 256. La segunda ley de fe de erratas. — 257. Ediciones posteriores. — 258. Proyecto de nueva edición oficial	197
VI. PRINCIPALES REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL: 259. Reformas substanciales. — 260. Reformas incidentales	199
VII. LA CUESTIÓN DE LA REFORMA INTEGRAL DEL CÓDIGO CIVIL: 261. Necesidad de la reforma del Código Civil. — 262-263. Ídem. — 264. El Anteproyecto Bibiloni. — 265. El Proyecto de 1936. — 266. Apreciación valorativa. — 267. El Anteproyecto de 1954. — 267 bis. La trascendente reforma global de la ley 17.711.	204
§ 4. <i>Las fuentes del Código Civil: a) el derecho romano; b) la legislación española y el derecho patrio; c) el Código Napoleón y sus comentaristas; d) la obra de Freitas; e) otras fuentes</i>	211
I. ENUNCIACIÓN: 268. Fuentes del Código Civil. — 269. Clasificación	211
II. EL DERECHO ROMANO: 270. Influencia del derecho romano. — 271. El derecho romano como fuente indirecta del Código. — 272. Como fuente directa	212
III. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y PATRIA: 273. La legislación española como fuente del Código. — 274. La legislación patria como fuente del Código. — 275. Los usos y costumbres del país	214
IV. DERECHO CANÓNICO: 276. Noción. — 277. Secularización. — 278. El derecho canónico como fuente del Código Civil	217
V. EL CÓDIGO NAPOLEÓN Y SUS COMENTARISTAS: 279. El Código Napoleón como fuente del Código Civil. — 280. Los comentaristas del Código Napoleón	221
VI. LA OBRA DE FREITAS: 281. La "Consolidação das leis civis". — 282. El "Esbozo"	222
VII. OTRAS FUENTES: 283. Fuera de las mencionadas. — 284. Otros códigos. — 285. Proyecto de Goyena. — 286. Proyecto de Acavedo. — 287. Otras fuentes menores	223
§ 5. <i>El método: a) en el Código Civil; b) en la legislación moderna; c) en el Anteproyecto Bibiloni, en el Proyecto de 1936 y en el Anteproyecto de 1954; d) en la enseñanza. Parte General y partes especiales: materias que comprenden</i>	224
I. EL MÉTODO EN GENERAL: 288. Importancia del método	224

	<i>Pág.</i>
II. EL MÉTODO EN EL CÓDIGO CIVIL: 289-290. Idea básica del método adoptado. — 291. El método en el Código Civil. — 292-294. Ventajas e inconvenientes	225
III. EL MÉTODO EN LA LEGISLACIÓN MODERNA: 295. Noción. — 296. Código Civil alemán. 297. Código Civil suizo. — 298. Código Civil brasileño. — 299. Código Civil italiano	228
IV. EL METODO EN LOS PROYECTOS DE REFORMA: 300. Coincidencia en el metodo adoptado. — 301. El Anteproyecto Bibiloni. — 302. El Proyecto de 1936. — 303. El Anteproyecto de 1954. — 303 bis. Anteproyecto De Gasperi.	230
V. EL MÉTODO EN LA ENSEÑANZA: 304. Acentuación del carácter científico	233
VI. PARTE GENERAL Y PARTES ESPECIALES: 305. Parte general y partes especiales: materias que comprenden. — 306. Ventajas de la incorporación de una Parte general	234

PARTE SISTEMÁTICA

Introducción

ELEMENTOS DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

307. Noción. — 308. Sujeto. — 309. Objeto. — 310. Causas. — 311. Clasificación de las relaciones jurídicas. — 312. Subdivisión de los derechos civiles. — 312 bis. Derechos transmisibles y derechos inherentes a la persona: remisión. — 312 ter. Derecho y acción. — 312 quater. Los deberes de los sujetos. Deberes y obligaciones; obligaciones y responsabilidades; tipos de responsabilidades. — 313. Plan a seguir	239
---	-----

PRIMERA SECCIÓN

EL SUJETO

Teoría general de las personas

Capítulo IV

DE LAS PERSONAS Y SUS ATRIBUTOS

§ 1. <i>Personas: concepto. Especies. Las personas por nacer; su condición jurídica; derechos que pueden adquirir; concepción y embarazo; medidas autorizadas durante este período. El nacimiento: cuestión de la viabilidad. Nacimiento de varios hijos en un solo parto</i>	245
---	-----

I. PERSONA, CONCEPTO, ESPECIES: 314. Concepto jurídico de persona. — 315-317. Discusión. — 318. Los animales y los muertos como sujetos de derecho. — 319. Especies de personas. — 320. Personas de existencia visible. — 321. Persona y hombre. — 322. Personas de existencia ideal. — 323. Plan a seguir	245
--	-----

II. PERSONAS POR NACER: 324. Comienzo de la personalidad. — 325. Crítica de Orgaz. — 326. Posición de la generalidad de la doctrina. —	
--	--

	<i>Pág.</i>
327. Proyectos de reforma. — 328. Legislación comparada. — 329. Personalidad condicional. — 330. Condición jurídica de la persona por nacer. — 331. Derechos que pueden adquirir. — 332-341. Enunciación. — 342. Carácter enunciativo de la enumeración. — 343. Resolución eventual de los derechos expresados. — 344. Obligaciones	251
III. CONCEPCIÓN Y EMBARAZO, MEDIDAS AUTORIZADAS DURANTE ESTE PERÍODO:	
345. Concepción. — 346-348. Importancia de la fijación de este período. — 349. Determinación del período de la concepción. — 350. Legislación comparada. — 351. Los proyectos de reforma. — 352. Embarazo. — 353. Quiénes pueden ser denunciantes. — 354. Carácter limitativo de la enumeración. — 355. Postergación de controversias. — 355. bis. Cuestión sobre la adopción de medidas de seguridad. — 356. a) Medidas tendientes a verificar la efectividad del embarazo. — 357. b) Medidas tendientes a verificar la efectividad del parto. — 358-359. Discusión. — 360. Nuestra opinión. — 361. Los proyectos de reforma. — 362. Medidas precautorias de orden civil	260
IV. EL NACIMIENTO: CUESTIÓN DE LA VIABILIDAD:	
363. Importancia del nacimiento. — 364. Instantes en que se produce el nacimiento. — 365. Presunción de vida. — 366. Prueba sobre la muerte. — 367. La cuestión de la viabilidad	270
V. NACIMIENTO DE VARIOS HIJOS EN UN SOLO PARTO:	
368. Caso de mellizos gemelos. — 369. Servicio militar. — 369 bis. Incapacidad de hecho de las personas por nacer: remisión	273
§ 2. <i>Atributos y derechos de la personalidad. El nombre: su naturaleza jurídica; teorías. El nombre individual: reglas concernientes al mismo. El apellido: distintos casos; hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos. El apellido de la mujer casada, de la viuda y de la divorciada. Caso de nulidad de matrimonio. Jurisprudencia. Sobrenombre y pseudónimo.</i>	
370. Distinción	275
I. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD:	
371. Noción. — 372. Naturaleza jurídica. — 373-374. Discusión. — 375. Nuestra posición. — 376. Caracteres. — 377. Enunciación. — 378. Derecho a la vida. — 379. La vida como factor de indemnización. Jurisprudencia. — 380. Derecho a la integridad corporal. — 381. El cuerpo humano como objeto de actos jurídicos. — 382. El cadáver. — 383. Derecho a la libertad. — 384. Jurisprudencia. — 385. Derecho al honor y a la integridad moral. — 386. Reproducción fotográfica de la propia imagen. — 387. Supuestos análogos al anterior. — 388. El Anteproyecto de 1954. — 388 bis-388 bis 16 Derecho de privacidad.	275
II. ATRIBUTOS INHERENTES A LA PERSONA:	
389. Noción. — 390. Enumeración. — 391. Caracteres. — 392. Plan a seguir	292
III. EL NOMBRE: SU NATURALEZA JURÍDICA:	
393. Concepto. — 394. Función — 394 bis. Caracteres. — 395. Evolución histórica. — 396. Reglamentación legal total. Importancia de la costumbre. — 397. Legislación comparada. — 398. Los proyectos de reforma. — 399. Naturaleza jurídica del nombre.	293
IV. EL NOMBRE INDIVIDUAL: REGLAS CONCERNIENTES AL MISMO:	
400. Noción. — 401. Adquisición. — 402. Elección: a quién corres-	

	<i>Pág.</i>
III. CARACTERES Y EFECTOS DEL ESTADO CIVIL: 480. Caracteres del estado. — 481-483. Efectos. — 484. Acciones de estado. — 485-488. Autoridad de la cosa juzgada en materia de acciones de estado. — 489-491. Diversas teorías. — 492. Jurisprudencia. — 493. Los proyectos de reforma del Código Civil	352
IV. POSESIÓN DE ESTADO: 494. Noción. — 495. Elementos de la posesión de estado. — 496-498. Aplicabilidad de la noción de posesión de estado	362
§ 5. <i>Prueba de los hechos constitutivos del estado civil. Partidas del Registro Civil y parroquiales. Naturaleza jurídica. Requisitos. Rectificación y nulidad. Prueba supletoria; condiciones necesarias para su procedencia y medios de prueba. Disposiciones legales sobre la prueba del nacimiento, de la defunción y del matrimonio.</i>	366
I. PRUEBA DE LA EXISTENCIA Y ESTADO DE LAS PERSONAS: 499. Importancia. — 500. Antecedentes. — 501. Secularización de los registros. — 502. Municipalización de los registros en nuestro país. — 503. Provincialización del Registro Civil. — 504. Conveniencia de la centralización nacional. — 504 bis. Posición adoptada por el decreto-ley 8204/63	366
II. ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO CIVIL: 505. Los registros civiles provinciales. — 506. Registro Civil de la Capital Federal	371
III. PARTIDAS DE REGISTRO CIVIL Y PARROQUIALES: 507. Noción. — 508. Naturaleza jurídica. — 508-1. — 509. Contenido de las partidas	371
IV. NULIDAD Y RECTIFICACIÓN DE LAS PARTIDAS: 510. Nulidad de las partidas. — 511. Anulabilidad de las partidas. — 512-519. Rectificación de las partidas	373
V. PRUEBA SUPLETORIA: 520. Noción. — 521-522. Condiciones de procedencia. — 523. Medios de prueba supletoria. — 524. Prueba supletoria por pericia médica. — 525. Prueba supletoria del fallecimiento	377
VI. DISPOSICIONES LEGALES SOBRE LA PRUEBA DEL NACIMIENTO, DE LA DEFUNCIÓN Y DEL MATRIMONIO: 526-527. Prueba del nacimiento de los nacidos en el país. — 528. Prueba del nacimiento ocurrido en alta mar. — 529. Prueba de los nacimientos ocurridos en el extranjero. — 530. Prueba del nacimiento de hijos de militares. — 531. Prueba de la defunción en conventos, cuarteles, prisiones, fortalezas, hospitales o lazaretos. — 534. Prueba de la defunción de los militares dentro de la República. — 535. Prueba del matrimonio. — 536. 1) Matrimonios anteriores al Código Civil. — 537. 2) Matrimonios posteriores al Código Civil pero anteriores a la ley de matrimonio civil — 538. 3) Matrimonios posteriores a la ley de matrimonio civil. — 539. Matrimonios celebrados en el extranjero. — 540. Prueba del matrimonio. 541. Inscripción de partidas extranjeras.	381
§ 6. <i>Regímenes de identificación y ley 17.671 sobre Registro Nacional de las Personas: normas básicas. 542. Ley 17.671: identificación, registro y clasificación del potencial humano nacional. 543-557. Números su-</i> primidos	389

Capítulo V
CAPACIDAD

<p>§ 1. <i>Capacidad: concepto. Estado y capacidad. Incapacidad de hecho y de derecho; absoluta y relativa. El régimen de inhabilitación o semi-incapacidad en el derecho moderno. Conveniencia de su introducción en el país. Anteproyecto de 1954</i></p>	391
<p style="padding-left: 20px;">I. LA CAPACIDAD EN GENERAL: 558. Capacidad: concepto. — 559. Terminología. — 560. Naturaleza. — 561. Caracteres. — 562. Capacidad y poder. — 563. Capacidad y estado. — 563 bis. Capacidad de hecho e imputabilidad</p>	391
<p style="padding-left: 20px;">II. INCAPACIDAD DE HECHO Y DE DERECHO: 564. Importancia de la distinción. — 565. Distintos enfoques. — 566. Caracteres diferenciales de una y otra incapacidad. — 567. a) Diverso fundamento. — 568. b) Diverso remedio. — 569. c) Diverso sentido de su institución. — 570. d) Diverso rigor de la sanción de nulidad. — 571. e) Funcionamiento por categorías. — 572. f) Diversa elección de la ley aplicable</p>	395
<p style="padding-left: 20px;">III. INCAPACIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA: 573. Formalidad de esta clasificación. — 574. Incapacidad absoluta. — 575. Incapacidad relativa</p>	398
<p style="padding-left: 20px;">IV. EL RÉGIMEN DE INHABILITACIÓN EN EL DERECHO MODERNO: 576. Noción. — 577. Ideal que preside este régimen. — 578. Funcionamiento del régimen de inhabilitación — 579. Comparación con la habilitación de edad. — 580. Causas de inhabilitación. — 580 bis. Ley 17.711. — 580 ter. Régimen procesal de inhabilitación. — 580 quarter. Cod. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22 434.</p>	399
<p style="padding-left: 20px;">V. LA INCAPACITACIÓN DEL PRÓDIGO: 581. La prodigalidad. — 582-584. Discusión. — 585. Conclusión</p>	405
<p>§ 2. <i>Enumeración de los incapaces de hecho. Otros supuestos de incapacidad no legislados en el Código. Incapacidad de derecho: distintos casos. Incapacidad para contratar (art. 1160). Naturaleza jurídica. El caso de los fallidos y de los religiosos profesos</i></p>	408
<p style="padding-left: 20px;">I. ENUMERACIÓN LEGAL DE LOS INCAPACES DE HECHO: Clasificación de los incapaces de hecho. — 587. Enumeración de personas absolutamente incapaces. — 588. Enumeración de personas relativamente incapaces. — 589. Inexistencia de otros incapaces de hecho. — 590. Crítica a la doble categoría de incapaces de hecho</p>	408
<p style="padding-left: 20px;">II. OTROS SUPUESTOS DE INCAPACIDAD NO LEGISLADOS EN EL CÓDIGO: 591. Enumeración. — 592. Semi-alienados. — 593. Los ciegos. — 594. Los indios</p>	412
<p style="padding-left: 20px;">III. INCAPACIDAD DE DERECHO: DISTINTOS CASOS: 595. Dispersión de supuestos. — 596. A) Incapacidades para contratar. — 597. 1) Incapacidades para contratar con personas determinadas. — 598. 2) Incapacidades para contratar respecto de cosas especiales. — 599. 3) Incapacidades para celebrar determinados contratos. — 600-601. 4) Religiosos profesos. — 602. 5) Comerciantes fallidos. — 603. B) Incapacidades para ser tutores — 604 C) Incapacidades para contraer matrimonio — 604 bis. Supresión del impedimento matrimonial de lepra. — 605. Impedidos de hecho.</p>	414

	Pag.
§ 3 <i>Protección legal de los incapaces. Sistemas: representación, asistencia. El Ministerio Pupilar. El Patronato. Consejo Nacional de Prof. de Menores. Ley 15.244</i>	421
I. PROTECCIÓN LEGAL DE LOS INCAPACES: 606. Organización de la protección legal	421
II. SISTEMAS DE PROTECCIÓN: REPRESENTACIÓN, ASISTENCIA: 607. Noción. — 608. 1) Representación. — 609. Caracteres de la representación de los incapaces. — 610. 2) Sistemas de asistencia. — 611. Utilización conjunta de ambos sistemas	422
III. FUNCIONAMIENTO DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL: 612. Quiénes invisten la representación individual. — 613. Observaciones. — 614. Sustitución eventual de los representantes legales. — 615. Extensión de la representación. — 616. Actos personalísimos. — 617. Representación promiscua	424
IV. EL MINISTERIO DE MENORES: 618. Noción. — 619. Origen de la institución. — 620. Carácter de la institución. — 621. Naturaleza de las funciones del Ministerio de Menores. — 622-624. Enunciación de funciones. — 625. Cuando no interviene el Ministerio de Menores. — 626. Discusión sobre la intervención del Ministerio de Menores respecto de hijos bajo patria potestad. — 627. Criterio de actuación del Ministerio de Menores. — 628. Omisión de la intervención del Ministerio de Menores	428
V. EL PATRONATO: 629. Noción. — 630. Finalidad. — 631. Funcionarios	435
VI. ELIMINACIÓN DE PRIVILEGIOS EN FAVOR DE LOS INCAPACES: 632. Principio legal. — 633. Subsistencia de ventajas excepcionales. — 634. 1) Suspensión de la prescripción. — 635. 2) Apropiación de lo recibido en virtud del acto nulo por la incapacidad, si se está imposibilitado de restituir. — 635 bis. Casos especiales de internación de personas como medida de protección: art. 482. — 635 ter. Internación y egreso de establecimientos de salud mental: ley 22.914	436
§ 4. <i>Personas por nacer. Modo de suplir su incapacidad. Facultades de su representante. Cesación de la representación</i>	439
636. <i>Personas por nacer.</i> — 637. Carácter de la incapacidad. — 638. Modo de suplir la incapacidad. — 639. Facultades del representante. — 640. Cesación de la representación	439
§ 5. <i>Los menores. Impúberes y adultos. Actos que pueden realizar</i>	441
I. CONDICIÓN DE CAPACIDAD DE LOS MENORES: 641. Noción. — 642. Fundamento de la incapacidad. — 643. Antecedentes históricos. Derecho romano. — 644. Derecho moderno. — 645. Régimen del Código argentino	441
II. CONDICIÓN DE CAPACIDAD DEL MENOR IMPÚBER: 646. Grado de incapacidad. — 647. Actos que pueden realizar los menores impúberes	444
III. CONDICIÓN DE CAPACIDAD DEL MENOR ADULTO: 648. Grado de incapacidad. — 649. Consideración. — 650. Actos que pueden realizar los menores adultos. — 650 bis. Menores que han cumplido dieciocho años.	445

	Pág.
IV. CONSIDERACIONES COMUNES A AMBAS CATEGORÍAS DE MENORES: 651. Comparación de ambas categorías de menores. — 652. Sanción de los actos obrados mediando incapacidad. — 653-654. Crítica a la doble categoría de menores. — 654 bis. Los proyectos nacionales de reforma. — 655-656. Bases para la reforma del régimen de minoridad. 656 bis. Imputabilidad de los actos ilícitos obrados por menores. — 656 ter. Sujeción a la potestad del padre o tutor	450
V. CESACIÓN DE LA INCAPACIDAD: 657. Supuestos de cesación	455
§ 6. <i>Mayoría de edad: momento en que se adquiere y efectos. Emancipación civil: cómo se adquiere. Capacidad del menor emancipado y limitaciones subsistentes. Carácter irrevocable de la emancipación. Diversas hipótesis. Efectos de la nulidad del matrimonio. Emancipación comercial</i>	455
I. MAYORÍA DE EDAD: 658. Momento en que se adquiere. — 659. Legislación comparada. — 660. Efectos	455
II. EMANCIPACION CIVIL: 661. Noción — 662-664. Como se adquiere. — 665-666. Discusión acerca del requisito de la autorización. — 666 bis. Requisito del consentimiento del menor. Ley 23.264 — 666 ter. Acumulación del habilitado de edad al emancipado por matrimonio. — 666 quarter. Revocación de la habilitación de edad.	457
III. RÉGIMEN DE CAPACIDAD DEL MENOR EMANCIPADO: 667. Principio. — 668-669. I) Actos absolutamente prohibidos. — 668 bis. Ley 17.711. — 670-679. II) Actos supeditados a autorización judicial. — 680. Nula influencia de la ley 11.357 en el régimen de la emancipación. — 680 bis. Ley 17.711. Actos supeditados a autorización judicial. — 681. Criterio para acordar la autorización judicial. — 682. Sanción que recae sobre los actos prohibidos.	466
IV. CARÁCTER IRREVOCABLE DE LA EMANCIPACION: 683. Noción. — 684. Diversas hipótesis. — 685. Disolución del matrimonio. — 686. Divorcio. — 686 bis. Ley 23.515. — 687. Nulidad de matrimonio. — 688-691. Discusión. — 692. Nuestra opinión. — 692 bis. Ley 17.711. Nulidad de matrimonio y emancipación. — 693. Nulidad e inexistencia de matrimonio.	478
V. LEGISLACIÓN COMPARADA: 694. Causas de emancipación. — 695. Emancipación legal. — 696. Emancipación dativa. — 697. Emancipación optativa	483
VI. LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: 698. Anteproyecto Bibiloni. — 698 bis. Proyecto de 1936. — 698 ter. Anteproyecto de 1954	484
VII. EMANCIPACIÓN COMERCIAL: 699. Noción. — 699 bis. Régimen legal. — 700. Diversas interpretaciones. — 700 bis. Ley 17.711. — 700 ter. Alcance de la emancipación comercial	486
Capítulo VI	
CAPACIDAD (continuación)	
§ 1. <i>Los dementes. Quiénes pueden ser declarados dementes. Situación de los insanos no interdictos. Régimen de los actos otorgados con anterioridad a la declaración de demencia: arts. 473 y 474</i>	489
I. DEMENTES EN GENERAL: 701. Noción. — 702. Fundamentos de la interdicción. — 703. Criterio para establecer la interdicción. Diversos sistemas	489

	<i>Pág.</i>
II. QUIÉNES PUEDEN SER DECLARADOS DEMENTES: 704. Requisitos legales. — 705. A)-706. Requisitos de forma. — 707. Discusión sobre el valor del dictamen médico — 708. Declaración judicial. — 709. B)-720. Requisitos de fondo	492
III. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS INSANOS NO INTERDICTOS: 721. Problemas a considerar. — 722. I) Capacidad del insano. — 723. Influencia del nombramiento de curador a los bienes sobre la capacidad del insano. — 724. II) Responsabilidad del insano. — 725. III) Validez de los actos jurídicos otorgados por el insano	503
IV. RÉGIMEN DE LOS ACTOS JURÍDICOS OBRADOS POR INSANOS NO INTERDICTOS: 726. Indole de los actos de los insanos. — 727. Carácter de la nulidad. — 728. A quien pertenece la acción de nulidad. — 729. Prescripción de la acción de nulidad. — 730. Régimen de prueba de la acción. — 730 bis. Paralización de la acción. — 731-734. Influencia de la muerte del insano sobre la suerte del acto. — 735. Situación especial de los testamentos. — 736-737. Quid de la prueba de la falta de discernimiento en este supuesto. — 738. Extremos a probar. — 738 bis. Influencia de la ulterior interdicción del insano respecto de los actos anteriores: el art. 473.	507
§ 2. <i>El juicio de insania. Normas del Código Civil y normas procesales. Quiénes pueden pedir la declaración de demencia. Curadores provisionales. Situación del presunto insano durante el pleito. Efectos jurídicos de la declaración de demencia. Cesación de la incapacidad: condiciones y procedimiento</i>	521
I. JUICIO DE INSANIA: 739. Generalidades	521
II. NORMAS DE FONDO: 740. Enunciación de normas. — 741. I) Necesidad de verificación judicial. — 742. II) Examen médico. — 743. III) Características legales del dictamen médico. — 744. IV) Quiénes pueden pedir la declaración de demencia. — 745-746. Enunciación. — 750. Quiénes no pueden pedir la declaración de demencia. — 751-753. V) Curadores provisionales	522
III. NORMAS PROCESALES: 754. Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ley 22.434. — 755. Recaudos liminares. — 756. Tramite inicial. — 757. Quiénes son partes. — 758. Pericia medica. — 759. Trámite final. Sentencia. — 760. Costas del juicio. — 761. Situación del presunto insano durante el pleito: remisión	533
IV. EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE DEMENCIA: 762. Efectos generales. — 763. Capacidad de hecho y discernimiento. — 764-765. Responsabilidad del demente interdicto. — 766. Condición de capacidad del interdicto. — 767. Actos posteriores a la interdicción. — 768. Quid de los testamentos. — 769-770. Actos anteriores a la interdicción. — 771. Carácter de la nulidad. — 771 bis. Efectos de la enfermedad mental sobre la libertad personal (art. 482)	536
V. CESACIÓN DE LA INCAPACIDAD: 772. Rehabilitación del interdicto. — 773. Causa de rehabilitación. — 774. Necesidad del juicio de rehabilitación. — 775. Quiénes pueden pedir la rehabilitación. — 776. Juez competente. — 777. Quiénes son partes en el juicio. — 778. Examen médico. — 779. Sentencia de rehabilitación	549
VI. INDEPENDENCIA DE LO CIVIL Y LO PENAL EN ESTA MATERIA: 780-781. Principio. — 782. Imputabilidad por actos ilícitos: remisión	553

	<i>Pág.</i>
§ 3. <i>Sordomudos: concepto y condición jurídica. Actos permitidos. Responsabilidad. Insubsistencia de esta categoría en el derecho moderno . . .</i>	554
783. Concepto. — 784. Condición jurídica. — 785. Procedimiento de incapacitación. — 786. Requisitos de la interdicción. — 787. Finalidad del examen médico. — 787 bis. Personas que pueden solicitar la interdicción. — 787 ter. — Efectos de la interdicción. — 788. Nulidad de los actos obrados. — 788 bis. Matrimonio del sordomudo. — 789. Levantamiento de la interdicción. — 790. Eliminación de esta categoría en el derecho moderno. — 791. Anteproyecto de 1954	554
§ 4. <i>Ausencia: diversas clases. Incapacidad de los ausentes declarados tales en juicio. Régimen del Código y de la ley 14.394. Normas para la declaración de ausencia simple. Efectos</i>	560
I. AUSENCIA: DIVERSAS CLASES: 792. Interés del asunto. — 793. Diversos supuestos de ausencia	560
II. INCAPACIDAD DE LOS AUSENTES DECLARADOS TALES EN JUICIO: 794. Quiénes son en el régimen del Código. — 795. La crítica de Orgas	561
III. NORMAS REFERENTES A LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA: 796. Requisitos para la declaración de ausencia. — 797-799. Continuación. — 800. Quiénes pueden denunciar la ausencia. — 801. Juez competente — 802. Procedimiento a seguir. — 803. Nombramiento de curador. — 804. Calidades, facultades y obligaciones del curador. — 805. Efectos de la declaración de ausencia. — 806. Cesación de la curatela	563
§ 5. <i>Incapacidad por condenaciones penales. Su alcance: actos que no pueden realizar los penados. Duración de la incapacidad</i>	570
I. INCAPACIDAD DE LOS PENADOS: 807. Fuente de la incapacidad. — 808. Legislación comparada. — 809. Fundamento	570
II. ALCANCE DE LA INCAPACIDAD: 810. La regla es la capacidad. 811. Alcance de la incapacidad. — 812. Actos que pueden realizar. — 813. Representación del curador. — 814. Crítica del sistema de la curatela del penado	572
III. DURACIÓN DE LA INCAPACIDAD: 815. Comienzo y cesación de la incapacidad	575
IV. SANCIÓN DE LA INCAPACIDAD: 816. Invalidez de los actos prohibidos	576
V. INCAPACIDADES DE DERECHO QUE AFECTAN A LOS PENADOS: 817. Enunciación	577
§ 6. <i>Situación jurídica de las mujeres casadas. Evolución del régimen legal a través del Código Civil y de la ley 11.357. La mujer casada menor de edad</i>	579
I. SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA: 818. Antecedentes. — 819. Influencia del Cristianismo. — 820. Fundamento de la autoridad marital	579
II. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL: 821. Diversas etapas	581

	<i>Pág.</i>
III. SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL: 822. Condición de incapacidad relativa. — 823. Actos prohibidos. — 824. Actos permitidos. — 825. Discusión sobre la efectiva condición de la mujer casada. — 826. Fundamentos de la incapacidad. — 827. Representación del marido. — 828. Sanción de la ley de matrimonio civil	582
IV. SISTEMA DE LA LEY 11.357: 829. Persistencia en los defectos de técnica. — 830. Situación de la mujer soltera, divorciada o viuda. — 831-832. La situación de la mujer casada mayor de edad. — 833. Discusión acerca del alcance de la reforma. — 834-835. Nuestra opinión. — 836. Representación del marido. — 837. Situación jurídica de la menor casada . .	585
V. LA MUJER CASADA MENOR DE EDAD: 838. Planteo anteor a la ley 17.711. 839-840. Régimen del Código Civil. — 841-844. Régimen de la ley 11.357	593
VI. LA REFORMA DEL SISTEMA DE LA LEY 11.357: 845. Necesidad de la reforma. — 846. Anteproyecto Bibiloni. — 847. Proyecto de 1936. — 848. Anteproyecto de 1954. — 849. La menor casada	597
VII. SISTEMA DE LA LEY 17.711: 849 bis. Eliminación de la incapacidad de la mujer casada. — 849 bis 1. Representación del marido. — 849 bis 2. Régimen de la menor casada después de la sanción de la ley 17.711 — 849 bis 3. La mujer casada y el régimen de administración conyugal	600

Capítulo VII

DOMICILIO

§ 1. <i>Domicilio. Concepto. Caracteres. Especies. Principios de necesidad y unidad. Aplicaciones del principio de domicilio: diversos casos</i>	603
I. EL DOMICILIO: CONCEPTOS, CARACTERES: 850. Concepto de domicilio. — 851. Diferenciación de conceptos. — 852. Caracteres del domicilio	603
II. DISTINTAS ESPECIES: 853. Clasificación	605
III. NECESIDAD DE UNIDAD DEL DOMICILIO GENERAL: 854. Principio de necesidad. — 855. Principio de unidad del domicilio. — 856. Crítica del principio de unidad	605
IV. APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE DOMICILIO: DIVERSOS CASOS: 857-862. Importancia del domicilio	607
§ 2. <i>Domicilio general. Clasificación. 863. Noción. — 864. Clasificación. — 865. Crítica de esta clasificación</i>	610
§ 3. <i>Domicilio legal. Caracteres. Casos enumerados por el art. 90 del Código Civil. Domicilio de origen. Concepto. Efectos</i>	611
I. DOMICILIO LEGAL. CARACTERES: 866. Concepto de domicilio legal. — 867. Caracteres	611
II. CASOS ENUMERADOS EN EL ART. 90: 868. Enumeración taxativa. — 869-872. Funcionarios públicos. — 873-875. Militares. — 876.	

	<i>Pág.</i>
Personas de existencia ideal. — 877. Domicilio de las sucursales: remisión — 878. Deambulantes. — 879. Incapaces. — 880. Hijos legítimos y adoptivos. — 881. Hijos extramatrimoniales. — 882. Menores huérfanos o abandonados. — 883. Insanos y sordomudos — 884. Hipotesis de cambio en el domicilio de los representantes. — 885-886. Mujer casada. Leyes 17.711 y 23.515. — 887. Divorcio. — 888. Separación judicial provisional. — 889. Separación de hecho. — 890. Muerte del mando. — 890 bis. Nulidad del matrimonio. — 891. Incapacidad del mando. — 892. Mujer casada comprendida en otro supuesto de domicilio legal. — 893. Personas que trabajan en casa de otros. — 894-895. Domicilio de origen. — 896. Efectos del domicilio de origen. — 897. Caducidad del domicilio legal.	612
§ 4. <i>Domicilio real. Concepto, caracteres. Elementos. Régimen legal</i>	630
I. CONCEPTO Y CARACTERES DEL DOMICILIO REAL: 898. Concepto. — 899. Caracteres	630
II. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DOMICILIO REAL: 900-901. El "corpus" del domicilio real. — 902. El "animus" del domicilio real	632
III. RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DEL DOMICILIO REAL: 903-906. Constitución, mantenimiento y extinción. — 907. Orden de prelación del domicilio	634
§ 5. <i>Domicilio especial. Definición y distintos casos. El domicilio de elección: concepto y efectos</i>	637
I. DOMICILIO ESPECIAL: DEFINICIÓN Y DISTINTOS CASOS: 908. Definición. — 909. Comparación con el domicilio general u ordinario. — 910. Distintos casos. — 911. a) Domicilio procesal o constituido. — 912. b) Domicilio matrimonial. — 913. c) Domicilio comercial. — 914. d) 916. Domicilio de las sucursales. — 917 e) Domicilio convencional o de elección	637
II. EL DOMICILIO DE ELECCIÓN. CONCEPTO. EFECTOS: 918. Concepto. — 919. Importancia práctica. — 920. Caracteres. — 921-922. Forma de constitución. — 922 bis. Prueba. Necesidad de producir prueba auténtica acerca de su constitución: jurisprudencia. — 923-929. Modalidades de la constitución de este domicilio. — 930. Posibilidad de cambiar de domicilio elegido. — 931. Transmisibilidad del domicilio de elección. — 932. Efectos del domicilio convencional. — 933. Competencia judicial. — 934-935. Notificaciones. — 936. Lugar de cumplimiento de las obligaciones. — 937. Duración. — 938-943. Causas de cesación del domicilio de elección	641
§ 6. <i>Efectos de la residencia y de la habitación. 945. Efectos de la residencia. — 946. Efectos de la habitación.</i>	655

Capítulo VIII

EXTINCIÓN DE LA PERSONA

§ 1. <i>Fin de la existencia de las personas naturales. La muerte natural. Muerte de varias personas en un desastre común: teoría de los conmojentes. Supresión de la muerte civil. Efectos de la muerte con relación a los derechos comprendidos. Derechos inherentes a la persona</i>	657
---	-----

	<i>Pág.</i>
I FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES: 947	657
II. LA MUERTE NATURAL: 948. La muerte como hecho jurídico. — 949. Prueba de la muerte. Normas del Código y de la ley 14.394, art. 33. Remisión. — 950. Prueba supletoria de la muerte. Remisión	658
III. MUERTE DE VARIAS PERSONAS EN UN DESASTRE COMÚN: TEORÍA DE LOS CONMORIENTES: 951. Supuesto a considerar. — 952. Derecho romano y antigua legislación española. — 953. Sistema francés: teoría de los pre-morientes. — 954. Solución de nuestro Código. — 955. No es indispensable la conexión de una y otra muerte. — 956. Los proyectos nacionales de reforma. — 957. Legislación extranjera	658
IV. SUPRESIÓN DE LA MUERTE CIVIL: 958. La muerte civil. — 959. Supresión de la muerte civil	661
V. EFECTOS DE LA MUERTE CON RELACIÓN A LOS DERECHOS: 960-961. Efectos en cuanto a los atributos de la personalidad del difunto. — 962. Efectos en cuanto a los derechos extrapatrimoniales del difunto. — 963. Efectos en cuanto a los derechos patrimoniales del difunto	663
VI. SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE; CONCEPTO; DERECHOS COMPRENDIDOS: 964. Concepto de sucesión "mortis causa". — 965. Derechos comprendidos	665
VII. DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA: 966. Concepto. — 967. Derechos inherentes a la persona por su naturaleza. — 968. Derechos inherentes a la persona por disposición de la ley. — 969. Derechos intransmisibles por voluntad de las partes	665
§ 2. <i>Presunción de fallecimiento. Régimen de su declaración: Disposiciones del Código Civil y de la ley 14.394. Importancia práctica. Caso en que se presume el fallecimiento. Quiénes pueden pedir la declaración: juez competente; requisitos; procedimiento. Día presuntivo del fallecimiento.</i>	667
I. LA PRESUNCIÓN DEL FALLECIMIENTO: 970. Noción e importancia. — 971. Antecedentes. — 972. Sistema del Código Civil argentino. — 973. La ley 14.394	667
II. DISTINTOS CASOS Y TÉRMINOS: 974. Causa de presunción de fallecimiento. — 975. I) Caso ordinario: requisitos. — 976. II) Caso extraordinario genérico. — 977. III) Caso extraordinario específico	670
III. QUIÉNES PUEDEN PEDIR LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO PRESUNTO: 978-979. Quiénes pueden pedir la declaración. — 980. Quiénes no pueden pedir la declaración	672
IV. EL JUICIO DE PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO: 981. Noción. — 982. Juez competente. — 983. Requisitos. — 984. I) Requisitos de procedencia de la acción. — 985. II) Requisitos de admisibilidad de la acción. — 986. Procedimientos. — 987. Declaración del fallecimiento presunto. — 988. La sentencia no hace cosa juzgada	676
V. DÍA PRESUNTIVO DEL FALLECIMIENTO. 989. Determinación. — 990. Consecuencias. — 990 bis. Personas desaparecidas. Ley 22.068.	681

	Pág.
§ 3. <i>Efectos de la declaración del fallecimiento presunto: sobre el matrimonio y sobre los bienes. Apertura de la sucesión: consecuencias; partición. Garantías a favor del presunto causante: inventario, prenotación y autorización judicial. Término del período de indisponibilidad relativa a dominio imperfecto</i>	685
I. EFECTOS GENERALES DE LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO: 991. Principios de equiparación	685
II. EFECTOS EN CUANTO A LA DISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO: 992. Comparación. — 993. — Reparación de ausente. — 993 bis. Ley 23.515. — 994. Solución del Anteproyecto de 1954. — 995. Legislación comparada. — 996. Anulabilidad del segundo matrimonio.	685
III. EFECTOS EN CUANTO A LOS BIENES DEL PRESUNTO MUERTO: 997. Apertura de la sucesión. — 998 Consecuencia. — 99-1000. Quiénes tienen derecho a los bienes. — 1001. Inventario. — 1002. Supresión de la fuerza. — 1003. Tasación. — 1004. Indisponibilidad transitoria de los bienes: prenotación. — 1005. Requisito de la prenotación. — 1006. Naturaleza del derecho de los sucesores. — 1007. Dominio imperfecto. — 1008. Criterio para la autorización judicial. — 1009. Partición. — 1010-11. Situación especial de los bienes gananciales. — 1012. Momento de la liquidación de la sociedad conyugal	692
IV. OTROS ASPECTOS DE LA PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO: 1013. Enunciación. — 1014. Patria potestad. — 1015. Tutela y curatela. — 1016. Alimentos. — 1017. Desconocimiento de la paternidad de los hijos de la presunta viuda	703
V. CESACIÓN DEL PERÍODO DE INDISPONIBILIDAD RELATIVA: 1018. La norma legal. — 1019. I) Transcurso del plazo legal. — 1020. II) Caso de desaparecido octogenario. — 1021. Supresión del período de "prenotación"	706
VI. APERTURA DEL PERÍODO DEFINITIVO O DE DOMINIO PLENO: 1022. Iniciación del período definitivo. — 1023. Extinción "ipso jure" de la sociedad conyugal. — 1024. Caducidad de las restricciones que afectaban los derechos de los sucesores. — 1025-1026. Naturaleza del derecho de los sucesores	708
§ 4. <i>Reparación del ausente. Efectos en cuanto al matrimonio y a los bienes. Aparición de otros herederos</i>	711
I. REPARACIÓN DEL AUSENTE: 1027. Desvirtuación de la presunción de fallecimiento	711
II. EFECTOS DE LA REPARACIÓN DEL AUSENTE CON RELACIÓN AL MATRIMONIO: 1028. Remisión	713
III. EFECTOS DE LA REPARACIÓN CON RELACIÓN A LOS BIENES: 1029. Distinción de situaciones. — 1030 I) Primera hipótesis: reparación antes de la entrega de los bienes. — 1031-1032. II) Segunda hipótesis: reparación durante el período de la prenotación. 1033: Frutos — 1034. Productos — 1035. Gastos y mejoras — 1036 III) Tercera hipótesis: reparación después de cesada la prenotación — 1037 Bienes o devolverse. —	

	<i>Pág.</i>
1038-1039. Subrogación real. — 1040. Frutos no consumidos. — 1041. Productos. — 1042. Gastos y mejoras. — 1043. Imprescriptibilidad de la acción del reaparecido	713
IV. OTRAS CONSECUENCIAS DE LA REPARICIÓN DEL AU- SENTE: 1044. Enunciación. — 1045. Patria potestad. — 1046. Tutela y curatela. — 1047. Otros derechos extrapatrimoniales. — 1048. Impugnabilidad de la declaración de fallecimiento presunto	721
V. PRESENTACIÓN DE LOS HEREDEROS PREFERENTES O CONCURRENTES: 1049. Previsión legal. — 1050. Presentación durante el período de prenotación. — 1051. Presentación después del período de prenotación. — 1052. Prescripción contra los herederos preferentes o concurrentes omitidos. — 1052 bis. Prueba de la muerte efectiva del presunto muerto .	724

**Se terminó de imprimir el día 13 de marzo
de 1995, en ARTES GRÁFICAS CANDIL S.R.L.,
sito en la calle Nicaragua 4462, Buenos Aires,
República Argentina**