

## EL HECHO JURÍDICO VOLUNTARIO

LUIS MOISSET DE ESPANÉS<sup>1</sup>

### Resumen:

El presente trabajo se inició abordando la importancia de la voluntad dentro del Derecho Civil, posteriormente trata sobre la voluntad jurídica, sigue con la autonomía de la voluntad en la hora actual, para finalmente desarrollar cada uno de los elementos del hecho voluntario como son el discernimiento, la intención y la libertad, sus características y restricciones.

**Palabras Clave:** Hecho voluntario - Error - Dolo - Voluntad Jurídica.

### Abstract:

The present article began approaching the importance of the will within the Civil Law, later treats the legal will, afterwards follows with the autonomy of the will in the present, finally develops each one of the elements of the voluntary fact as they are the discernment, the intensity and the freedom, its characteristics and restrictions

**Key words:** Voluntary Fact - Mistake - Fraud "Mens Rea"- Legal will.

### Sumario:

Introducción. 1. La voluntad. 2. La voluntad jurídica. 3. El hecho voluntario Concepto y presupuestos. 4. El discernimiento. Caracterización. 5. El discernimiento y la edad: Actos lícitos e ilícitos. 6. El discernimiento y la salud mental. 7. Otras circunstancias privativas del discernimiento. 8. La intención. Caracterización. 9. La libertad. Concepto.

---

<sup>1</sup> Presidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (2007-2010). Académico Honorario de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia (2007).

## INTRODUCCIÓN

Hemos seleccionado el tema de la “voluntad jurídica”, que no está legislado expresamente en el Código Peruano, porque no puede prescindirse de su estudio para comprender adecuadamente el problema de los “vicios de la voluntad”, tratados como tales en los artículos 201º a 218º (Título VIII del Libro II del Código de 1984).

Dos de ellos, el error y el dolo, afectan al acto voluntario en el elemento que el Código Civil argentino denomina “intención”, es decir en la etapa de “reflexión”, nombre que le da Savigny; el otro, la violencia, priva de “libertad” al agente, en el momento en que debe decidir. Por otra parte, la falta de discernimiento, o “razón”, convierte al sujeto en un incapaz absoluto, y así lo dispone expresamente el artículo 43º, inciso 2. Como tal sus actos nunca serán voluntarios, y menos podrá otorgar un “acto jurídico”, (ver art. 140º del Código peruano).

El Dr. Fernando Vidal Ramírez, dentro de los autores peruanos que he podido consultar, comprende la importancia del tema y en su obra sobre “El acto jurídico” lo trata de manera sucinta y clara. En los distintos apartados del punto 36 se ocupa del proceso formativo de la manifestación de voluntad, y de los elementos que la integran. Al hacerlo toma en cuenta el entroncamiento que a partir del Código peruano de 1936 se produce en este punto con el Código argentino (ver p. 91, 5ª ed., obra citada). En el desarrollo de estos pasos sigue principalmente el pensamiento de Hénoc D. Aguiar, ilustre maestro del Derecho Civil, considerado con justicia el fundador de la llamada Escuela de Derecho Civil de Córdoba.

Me ha parecido por ello oportuno entregar para su publicación en Perú una versión de las clases que, sobre este tema, hemos dictado hace ya tiempo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

## 1. LA VOLUNTAD

Su importancia en el derecho civil “La voluntad”, como expresión concreta de la iniciativa individual, tiene importancia capital dentro del Derecho Civil. Es bueno que reiteremos conceptos que ya hemos expuesto: la voluntad, efectivamente genera, modifica, transforma, aniquila, extingue los derechos y las situaciones jurídicas, pero no por el solo imperio del libre albedrío,

sino en cuanto es conducta humana reglada por el derecho. Para encarecer su importancia dentro del Derecho Civil basta una ligerísima revista a través del Código. La voluntad individual aparece en todas las instituciones; si nos referimos al derecho aplicable a las personas, al sujeto del derecho, a la persona de existencia visible, vemos que su aptitud jurídica fundamental, la capacidad de hecho o de obrar -llamada por los autores franceses capacidad de ejercicio- tiene como presupuesto principal la voluntad. El sujeto falto de voluntad o que no puede manifestarla, carece de capacidad de obrar.

Si nos referimos a otro atributo de la persona, el domicilio, especialmente el domicilio real, vemos cómo la voluntad soberana de la persona es la circunstancia determinante de su constitución, cambio y conservación. Esta facultad de la persona de constituir su propio domicilio, conservarlo, mantenerlo todo el tiempo que quiera o trasladarlo -si lo desea- de un lugar a otro, es simplemente el ejercicio de la libre voluntad individual del sujeto y está garantizada por la propia constitución nacional y también por preceptos claros y categóricos del Código Civil, que establece que esta facultad no puede de ninguna manera ser coartada por contrato, ni por disposiciones de última voluntad.

El poder de la voluntad se manifiesta de diversos modos y con diferentes alcances según sea la naturaleza de las relaciones jurídicas de que se trate; así, indudablemente, es mucho más intensa su fuerza en el campo de los derechos patrimoniales, que en el terreno de los derechos de familia, donde numerosas relaciones se establecen por el solo hecho de integrar el núcleo familiar. Es cierto que el del matrimonio, que da nacimiento del vínculo familiar, depende de la voluntad de los contrayentes, que de manera libre y espontánea - desde luego que mutua y recíproca- deciden tomarse como cónyuges, pero una vez establecido el vínculo, los demás efectos, o sea los derechos y obligaciones que vinculan a la pareja, y a ésta con su prole, surgen por imperio de la ley, sin consideración alguna a la voluntad de las partes.

Algo semejante ocurre en el derecho hereditario: si el causante muere sin haber hecho testamento, el derecho dispone sobre el destino que han de tener sus bienes; es cierto que el testador puede, dentro de ciertos límites, disponer de manera voluntaria de sus bienes para después de la muerte, pero aun en ese caso su libertad no es absoluta, pues debe respetar las porciones legítimas que corresponden a los herederos forzosos.

En el terreno de los derechos patrimoniales de tipo obligacional es donde se manifiesta con mayor vigor el poder de la autonomía de la voluntad, como veremos luego; y en materia de derechos reales, la posesión, según la definición del Código, es la actualización del poder de voluntad del sujeto, que actúa concretamente sobre la cosa, es decir el señorío real y efectivo que el derecho habiente ejerce sobre la cosa objeto de la posesión. En lo que respecta al dominio el artículo 2506º del Código nos dice que “es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”; y si pasamos al testamento veremos cómo la disposición del patrimonio para después de la muerte de la persona es también la expresión de la voluntad soberana del testador, expresada con arreglo a las solemnidades prescritas por la ley civil.

Finalmente, en materia de actos ilícitos la voluntad también desempeña un papel importante, pues si ella faltara no habría acto ilícito, de manera que las distintas categorías (delitos y cuasi delitos), se caracterizan también por ser actos voluntarios, obrados con “intención” en cuanto al conocimiento de sus consecuencias perjudiciales (véase los artículos 2066º, 1072º, 1109º, etc.), distinguiéndose una de otra categoría, por la dolosidad existente en unos, y la culpabilidad, en otros.

Esta revista panorámica que efectuamos está destinada a poner de relieve la significación trascendente que tiene la voluntad individual en el derecho privado y, muy especialmente, en el Derecho Civil, pero requiere una aclaración.

Sin embargo no debemos incurrir en la exageración de creer que el derecho civil es fruto exclusivo de la voluntad de los sujetos; es cierto que el ordenamiento jurídico no puede prescindir de la voluntad, y ella integra el presupuesto de hecho en virtud del cual la ley civil regla ese sinnúmero de efectos jurídicos, pero el Derecho, además, dentro de lo que podríamos denominar una equilibrada política jurídica, debe coordinar el poder de iniciativa conferido al individuo con las exigencias de orden económico y social y por ello fija límites al poder de iniciativa, imponiendo en muchos casos cortapisas a la libre determinación individual.

El codificador argentino, con una posición que fue de avanzada para su época, procuró alcanzar un equilibrio entre el poder de la voluntad, por una parte, y la presencia de factores sociales, económicos y políticos, que hacen

necesario restringir el poder de la voluntad, imponiendo algunas cortapisas, para evitar comportamientos abusivos.

Demos ejemplos; hemos hablado del matrimonio y del testamento expresando que allí se manifiesta de modo claro la libre determinación individual; el matrimonio se constituye cuando los contrayentes expresan, con espontaneidad y libertad, el consentimiento de tomarse por esposos; pero eso de nada vale, ni nada significa, sin la observancia de la solemnidad prescripta por la ley, que hace a la esencia misma del acto, hasta el punto que no tendrá ningún valor jurídico sin la comparecencia de los contrayentes ante el oficial público, a expresar de viva voz que desean casarse y tomarse recíprocamente por esposo y esposa.

El testamento, a su vez, debe estar revestido de solemnidades y si ellas faltan carece totalmente de validez. En estos casos, por razones de interés público, la voluntad encuentra límites en la exigencia de la ley de observar ciertas formas solemnes para que se produzcan los efectos jurídicos deseados, lo que en alguna medida restringe la libre determinación o la voluntad individual; es lo que sucede en la categoría de actos denominados “formales”, como el matrimonio y el testamento, que ya hemos mencionado; o en la donación de inmuebles, para la cual no es suficiente la expresión de voluntad concurrente de donante y donatario, sino que es preciso la escritura pública (ver artículo 1810°). Incluso hay hipótesis en que la forma no se considera solemne pero es necesaria para que la relación jurídica creada produzca efectos contra terceros, como cuando se exige publicidad registral para la transmisión de derechos reales sobre inmuebles (artículo 2505° y ley 17.801).

Pasando a otro terreno, cuando se ha ejercitado la voluntad estableciendo un vínculo jurídico, la ley impone al sujeto el deber de respetar el vínculo creado, que no podrá luego ser destruido por la sola voluntad de quien lo creó; así, quien celebra un contrato, reconoce, un hijo natural, confirma un acto viciado de nulidad, no puede luego, por haber cambiado su voluntad, dejar sin efecto esos vínculos, lo que ha sido plasmado en la llamada “doctrina de los propios actos”, que no acepta, salvo que se den supuestos muy especiales, que el sujeto pretenda desconocer su anterior declaración de voluntad.

En otros casos encontramos restricciones a la autonomía de la voluntad, cuando el legislador estima que el objeto perseguido con el acto es inconveniente para el buen funcionamiento del orden jurídico. El Código

contiene numerosas disposiciones que prohíben celebrar determinados actos, que tienen muy variados fundamentos: por ejemplo, para proteger a los menores bajo tutela, los artículos 385° y 450° prohíben a los tutores numerosos actos; el artículo 531° prohíbe la inclusión de condiciones, como la de permanecer célibe perpetuamente, o mudar de religión, por estimar que atentan contra derechos de la personalidad (como ejemplo de otras normas que limitan la voluntad de las partes podemos citar los artículos 134°, 297°, 417°, 1231°, 1361°, etc.).

También suelen contener importantes cortapisas a la voluntad de las partes las leyes denominadas de orden público, cuyo contenido no puede ser dejado de lado por el acuerdo de partes.

Las manifestaciones de voluntad que violen prohibiciones legales, pretendan alterar leyes de orden público, o atenten contra la moral o buenas costumbres, carecen de valor y vician de nulidad al acto.

La autonomía de la voluntad en la hora actual Insistimos en que, de acuerdo a la doctrina más autorizada, el acto o “negocio jurídico”, es el instrumento que las partes utilizan para reglamentar sus relaciones jurídicas, crear, conservar, modificar o extinguir derechos, dentro de los límites que la ley autoriza. El Código Civil argentino, en su artículo 944°, establece que el “acto jurídico” es un acto voluntario, lícito, que tiene como “fin inmediato” producir esos efectos jurídicos, lo que pone de relieve que la “causa final” del acto es obtener los efectos que se ha propuesto. El agente lo realiza para producir ciertos efectos, y ellos se logran porque el derecho reconoce a la voluntad efectos jurídicos.

Los romanos, verdaderos padres del derecho moderno, elaboraron su construcción jurídica sobre la base de la voluntad del sujeto, postulado que fue desarrollado quizá exageradamente por el individualismo imperante en los últimos siglos, del cual resultó el más alto exponente el Código Civil francés, cuya influencia se dejó sentir en la posterior obra codificadora del derecho occidental.

Esto nos permite afirmar que en casi todas las legislaciones, tanto antiguas como modernas, la adquisición de los derechos, así como sus diversas transformaciones, se realizan principalmente por medio de la voluntad de los sujetos. Este poder de la voluntad, gracias al cual las personas pueden regir sus relaciones de derecho, se conoce como la “autonomía de la voluntad”, y

se ejercita principalmente en los contratos “cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos” (art. 1137º del Código Civil) idea que se completa con lo dispuesto en el artículo 1197º al establecer que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma”, lo que confiere fuerza inusitada al poder de la voluntad individual y a la libre determinación de los contratantes.

Es bueno sin embargo hacer presente que, a lo largo del siglo XX, ha tomado fuerza una tendencia socializadora del derecho que proclama la quiebra del principio de la autonomía de la voluntad en muchos campos aunque, no podemos dejar de señalar que en estos grandes movimientos que la historia marca en el pensamiento jurídico, también esa corriente socializadora parece haber comenzado a retroceder en los últimos años. Podemos señalar lo sucedido con el régimen de locaciones de vivienda donde hemos visto que, primero en Francia después de la Primera Guerra Mundial, y en Argentina después de la Segunda, la autonomía de la voluntad quedó pulverizada y reducida a cero, por una imposición directa de la voluntad estatal. Ese movimiento de socialización tomó fuerza en la legislación de la segunda mitad del siglo XX, cuando casi todos los Códigos civiles incorporaron institución como el abuso del derecho, la lesión subjetivo-objetiva y la teoría de la imprevisión; y en épocas más reciente con las leyes destinadas a la protección del consumidor.

Por esta vía se procura contemplar exigencias del interés general, haciendo que ellas prevalezcan sobre la libertad de contratación, estableciendo importantes cortapisas a la autonomía de la voluntad. Sin embargo es necesario señalar que en un campo, como el derecho laboral, donde desde finales del siglo XIX encontrábamos las limitaciones más significativas, y se lo consideraba una ejemplo de la corriente de socialización del derecho, en los últimos años el mundo está asistiendo a importantes retrocesos en la protección que se concedía a los trabajadores, frente a los sectores patronales, que están recobrando paulatinamente la facultad de imponer su voluntad como “ley” en los contratos de trabajo.

## **2. LA VOLUNTAD JURÍDICA**

La voluntad es el resultado de un proceso en el cual los psicólogos distinguen diversas etapas, como ser: la concepción, la representación, la deliberación, la decisión y la ejecución.

Damos por supuesto el conocimiento de ese proceso psicológico, que no es el momento de abordar ahora; nos bastará decir que es de la mayor importancia conocer su existencia para decidir acerca de la imputabilidad de los actos voluntarios. Para que la voluntad sea eficaz es menester que este proceso interno carezca de vicios que afecten la pureza de su desarrollo.

Por otra parte, mientras el proceso de formación de la voluntad se mantenga dentro del fuero interno del sujeto y sólo sea conocido por él, carecerá en absoluto de valor para el derecho; para que produzca efectos es necesario que la voluntad se manifieste al exterior mediante signos perceptibles por los sentidos. En otras palabras, en la voluntad distinguimos dos momentos: el momento interno y el momento externo.

Con esta aclaración podemos definir la voluntad jurídica siguiendo a Henoch D. Aguiar, como “una voluntad sana y manifestada que genera, modifica, transforma o extingue el derecho”; nosotros agregamos que esos efectos se producen cuando el ordenamiento jurídico reconoce a la voluntad la virtud de producirlos.

El mismo autor advierte que cuando habla de voluntad “sana” se refiere a la pureza del proceso interno de formación, y no a los propósitos que persigue el sujeto; en otras palabras, habrá voluntad “sana” aun en el que quiere matar, si su voluntad no está afectada por vicios y es, por tanto, fiel expresión de su querer.

La definición enunciada habla de voluntad “sana” y “manifestada”, señalando de esta manera los dos momentos que mencionábamos: el momento interno y el momento externo.

A continuación estudiaremos los elementos que integran esos diversos momentos.

### **3. EL HECHO VOLUNTARIO. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS**

El Código Civil no define la voluntad jurídica, pero siguiendo fielmente la sistematización elaborada por Freitas, descompone al acto voluntario en dos momentos: el momento interno, de formulación psicológica del acto, y el momento externo, relacionado con su expresión.



En el artículo 897º fija cuáles son los elementos que integran el momento “interno” cuando, luego de decirnos que “Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios”, agrega que “los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad”; estos conceptos son reiterados en el artículo 900º, al expresar que: “Los hechos que fuesen ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna”.

A esto es lo que llama Freitas el “elemento moral” del acto voluntario, que resulta de la concurrencia de tres requisitos que son presupuestos indispensables de la voluntariedad del acto: el discernimiento, la intención y la libertad que, como resulta de las disposiciones mencionadas, son requeridos conjuntamente en el momento de ejecución del acto para que se considere que éste ha sido voluntario e imputable. No bastará que existan uno o dos de esos elementos, sino que es necesario que se den todos ellos de manera conjunta; más aún, como veremos a continuación, cada uno de estos elementos presupone a los otros.

A esta primera etapa del proceso debe sumarse el momento externo, ya que “ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste” (art. 913º); el Código se refiere en esa norma a lo que Freitas llama “elemento material” del acto voluntario, es decir la manifestación o expresión de la voluntad, porque para que el acto tenga trascendencia jurídica ese menester que se traduzca en conducta humana concreta, en realidad objetiva sensible y perceptible. De lo contrario la voluntad no pertenecerá al orden jurídico y esa decisión, que permanece en el ámbito interno sin trascender al exterior, es ajena al orden jurídico y sólo es alcanzada por el orden normativo ético.

¿Qué antecedentes tiene en el campo legislativo esta doctrina a la que Freitas dió forma en su Esboço? ¿O el ensayo de sistematización de la teoría del acto voluntario es absolutamente original? Es muy difícil que una concepción o doctrina tenga absoluta originalidad, por genial que sea su autor y, entre paréntesis, debemos decir que Freitas lo fue.

Si analizamos el Land Recht, o Código General para los Estados prusianos, y estudiamos los títulos 3º y 4º, encontramos que el título 3º se ocupa de los “actos libres” y de las consecuencias que de ellos se siguen, y el cuarto legisla sobre la declaración de voluntad. En los preceptos contenidos en

esos títulos se habla de que la declaración de voluntad debe ser producida con “razón, reflexión y libertad”, lenguaje que luego es adoptado por Savigny en su obra.

Estos son los antecedentes que precedieron al Esboço de Freitas.

#### **4. EL DISCERNIMIENTO. CARACTERIZACIÓN**

Vélez Sársfield ha seguido en esta materia a Freitas y éste a su vez, como hemos dicho, a Savigny -eminente jurisconsulto germano- y al Land Recht, para quienes los elementos del acto voluntario son: la razón, la reflexión y la libertad, elementos que corresponden a lo que Freitas y Vélez Sársfield denominan discernimiento, intención y libertad. Pues bien, donde Savigny y el Land Rect. hablan de “razón”, Freitas y Vélez mencionan el “discernimiento”; luego los germanos hablan de “reflexión”, mientras que Freitas y nuestro Código dicen “intención”; por último todos exigen como tercer presupuesto la “libertad”.

Para poner de relieve la total correspondencia entre los términos de la trinidad del Land Recht y los que emplea nuestro Código que los recibe a través de Freitas bastará analizar lo que quieren significar cada uno de estos vocablos.

Detengámonos primeramente en la caracterización del “discernimiento” y veremos cómo coincide exactamente con lo que Savigny y el código prusiano denominan “razón”.

Freitas entiende por discernimiento la aptitud general de conocer, que suministra datos a la voluntad en todas sus deliberaciones; es la luz constante de la voluntad, el conocimiento en potencia y no el conocimiento en particular. Agrega el jurista brasileño que la inteligencia es la condición natural de los seres humanos y a ese atributo de nuestra naturaleza le llamamos discernimiento.

Esta aptitud de juicio, que permite valorar nuestras acciones y los resultados que de ella se siguen, como también juzgar la conveniencia o inconveniencia de nuestros actos, su moralidad, su licitud, es la aptitud general de conocer que el Land Recht denomina “razón”.

El discernimiento es, pues, una aptitud natural que tiene el ser humano, siempre y cuando haya alcanzado cierto grado de desarrollo psíquico e

intelectual, esté bien dotado y sea un sujeto normal y sano mentalmente. El Land Recht, en lugar de usar ese vocablo ha empleado con más propiedad el término "razón" para caracterizar la aptitud de conocer.

De aquí se deduce que el discernimiento, o facultad de conocer, constituye la regla general de la existencia humana, cuando el ser se encuentra en la plenitud de su desenvolvimiento, mientras que la privación de esta facultad es un caso excepcional.

El derecho da por supuesto lo que normalmente sucede y considera que todo hombre dotado de inteligencia y razón tiene conciencia de lo que hace. Por ello la ley considera que los hechos humanos son la obra de un sujeto inteligente y libre y establece como que ha estado privado de discernimiento.

Para aclarar más este concepto supongamos que estamos en presencia de un sujeto perfectamente normal, muy bien dotado, que tiene aptitud de ver, es decir tiene sus ojos en perfectas condiciones, pero que en un caso concreto no ve porque estaba distraído, porque se dió vuelta o por cualquier otra circunstancia que le impidió ver. El hecho de que no haya visto en esa oportunidad no quiere decir que el sujeto esté privado de la vista, es decir de la posibilidad de ver. Una cosa es el ver en potencia -que correspondería al discernimiento en potencia- y otra cosa es ver en acto, que correspondería al discernir en acto o en un caso concreto. Una persona que tiene aptitud de discernir, puede en un caso concreto, sea porque obró bajo la influencia de la embriaguez, la hipnosis, o cualquier circunstancia que le impidió razonar, haber carecido de discernimiento en ese caso, lo que no significa que le falte el discernimiento en potencia.

En resumen, el discernimiento es una aptitud natural que se presenta en todo ser humano normal, mentalmente sano, y que ha alcanzado cierto grado de desarrollo psíquico intelectual.

Hay casos, sin embargo, como veremos oportunamente, en que esta presunción de discernimiento no se aplica sino que, por el contrario, la propia ley consagra una presunción de falta de discernimiento.

## **5. EL DISCERNIMIENTO Y LA EDAD: ACTOS LÍCITOS E ILÍCITOS**

El discernimiento, o sea la razón o aptitud para conocer está íntimamente vinculado con el desarrollo intelectual del individuo. La razón, que se tiene

como dote natural, se afina y madura con la experiencia de la vida, hasta alcanzar su pleno desarrollo y habilitar al hombre para actuar con conciencia en la esfera de sus relaciones civiles. La vida práctica pone de relieve que el discernimiento, o su ausencia, se encuentran vinculados con la edad del sujeto y por ello el derecho no reconoce al sujeto un grado de capacidad pleno en las primeras etapas de su vida, sino que va concediendo esa capacidad de manera gradual y progresiva, a medida que el discernimiento se agudiza y madura.

Existen dos criterios posibles para establecer que el sujeto posee discernimiento; el primero de ellos, científicamente riguroso, pero poco práctico, es analizar en cada caso particular al sujeto, para emitir un juicio concreto sobre su aptitud de discernir. El segundo, de carácter abstracto, es el que predomina en el derecho positivo: el legislador se atiene a la edad de las personas como signo revelador del desarrollo psíquico e intelectual del sujeto y sobre esta base las clasifica, disponiendo que quienes no han alcanzado cierta edad son considerados carentes de discernimiento, y cuando llegan a esa edad, se estimará que ya poseen discernimiento.

Somos conscientes que hay en estas disposiciones una dosis de arbitrariedad, pues hay sujetos de edad inferior a la fijada por la ley que poseen claro discernimiento; además, la madurez y razón se van adquiriendo paulatinamente, y sin duda es arbitrario pensar que un sujeto hasta las 24 horas del día anterior carecía totalmente de discernimiento, y desde las 0 horas del día de su cumpleaños lo adquirió, como si hubiese sido tocado por una varita mágica; pero, razones de orden práctico impulsan a adoptar legislativamente ese criterio abstracto.

El Código, en su artículo 921º, al establecer la edad en que se adquiere el discernimiento, traza un distinguo según se trate de actos lícitos o ilícitos, porque considera que la posibilidad de distinguir lo bueno de lo malo, lo lícito de lo ilícito, se adquiere antes que la aptitud para establecer la conveniencia o inconveniencia de un acto lícito. Vemos así que el artículo 921º, en su primera parte, expresa que “los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, - es decir los que han cumplido catorce años- o actos ilícitos por menores de diez años...”.

Vale decir que para obligarse por actos lícitos se requiere ser menor adulto, que son los que han cumplido 14 años (art. 127º del Código), mientras que

los menores de esas edad son absolutamente incapaces (art. 54º, inciso 2). En cambio para la llamada capacidad delictiva o capacidad de imputación para los actos ilícitos, considera que el discernimiento se adquiere a los 10 años. ¿Por qué esta diferencia? El sentido común parece brindar espontáneamente razones que explican la distinción, ya que con relación lo ilícito, es decir conductas que vulneran la conciencia social y jurídica, es de suponer que su comprensión despierta más tempranamente, acicateada por la educación, lo que permite a edad más temprana tener juicio suficiente y por ello considera que diez años bastan para que la conciencia moral del sujeto esté suficientemente desarrollada.

En cambio para juzgar de la conveniencia, ventajas o perjuicios de los actos lícitos, se requerirá un mayor desarrollo psíquico intelectual y mayor capacidad de juicio porque es algo más complejo que el sentido intuitivo que permite al sujeto apreciar lo que es social o antijurídico.

Aguiar advierte que, pese a que los actos lícitos son hechos que constituyen el modo natural y ordinario del desenvolvimiento de la vida jurídica, para juzgar las ventajas o inconvenientes que ellos pueden deparar, el sujeto necesita poseer cierta experiencia, que se forma más tardíamente; en cambio cuando se trata de actos que rompen el equilibrio propio de la vida jurídica normal y provocan un desorden social, sus efectos negativos son más fácilmente perceptibles.

En consecuencia, y debido a esta diversificación del criterio legal, debemos trazar dos clasificaciones: 1) respecto a la capacidad de imputación, no serán responsables los menores de 10 años, y serán responsable los que hayan cumplido esa edad; 2) respecto a la capacidad para obligarse tenemos: a) sujetos absolutamente incapaces, los menores de 14 años; b) sujetos relativamente incapaces, los menores adultos, que han cumplido 14 años pero no alcanzaron la mayoría ni fueron emancipados; c) sujetos relativa o limitadamente capaces, los menores emancipados, sea por matrimonio, sea por habilitación de edad; d) plenamente capaces los mayores de edad, o sea quienes han cumplido 21 años.

Por último deseamos señalar que cuando estudiemos la capacidad veremos que la doctrina moderna, y también la jurisprudencia nacional, admiten la validez de actos realizados por incapaces, incluso menores impúberes, cuando el acto no requiere un discernimiento especial; verbigracia el pago

del boleto en un transporte público en del pez cuando atrapa uno en aguas en las que está permitida la pesca.

## **6. EL DISCERNIMIENTO Y LA SALUD MENTAL**

Otra causa excluyente del discernimiento es la demencia. El mismo artículo 921° que ya hemos mencionado continúa diciendo que serán reputados hechos sin discernimiento “los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos...”.

Al ocuparnos de los dementes hemos hecho ya algunas referencias al tema; dijimos entonces -y lo repetimos ahora- que este artículo se refiere a los dementes no declarados, porque en el caso de los dementes declarados tales por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, el estado de incapacidad y falta de discernimiento del sujeto tiene el carácter de verdad legal indiscutible y se mantendrá inalterado mientras no se verifique en un nuevo juicio la recuperación de la salud del sujeto, y haya una sentencia que disponga el levantamiento de la interdicción.

Insistimos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 140°, “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”.

Cuando la persona ha sido declarada demente sus actos se consideran de pleno derecho como practicados sin discernimiento (ver art. 54°, inciso 3); pero, como hemos visto cuando nos ocupamos de las incapacidades, puede suceder que un sujeto que no ha sido declarado demente padezca una enfermedad mental que lo priva de razón; en tal caso también sus actos pueden ser invalidados, pero es menester probar en juicio que carecía de discernimiento.

En resumen, hay dementes declarados y dementes no declarados; en ambos casos el sujeto carece de discernimiento, pero en la primera hipótesis la ley presume la ausencia de razón, y en la segunda es menester que el juez analice el caso concreto. Si el demente ha sido declarado tal todos sus actos posteriores son inválidos, y no puede alegarse que los ejecutó en intervalo lúcido. El artículo 921°, que permite esgrimir la existencia de un intervalo lúcido se refiere al caso de los dementes no declarados.

Aclaremos que, de acuerdo al artículo 3615° y su nota, Vélez estima que el llamado "intervalo lúcido" -si es que realmente existe, cosa que muchos psiquiatras ponen en duda- es la vuelta completa a la razón durante un intervalo más o menos prolongado, que permitiría pensar que la enfermedad ha desaparecido.

### Actos ilícitos

El principio general es que el acto ilícito no es imputable a la persona carente de discernimiento, pero merece especial consideración lo relativo a la imputabilidad o inimputabilidad de los actos ilícitos perpetrados por un demente aunque haya sido declarado tal por sentencia. El artículo 1070° hace siempre responsable al demente cuando haya obrado en un intervalo lúcido, sea que se trate de un demente no declarado o de un demente declarado, disponiendo que "no se reputa involuntario el acto ilícito practicado por dementes en lúcidos intervalos, aunque ellos hubiesen sido declarados tales en juicio", por estimar el legislador que las consecuencias del acto le son imputables si ha obrado con uso de razón y tenido conciencia del acto y de los resultados. No se trata aquí de la capacidad en sentido propio, sino de la llamada capacidad delictiva, o de imputación y deberá juzgarse en el caso concreto si hubo o no imputabilidad moral del acto.

Para estos casos la distinción entre dementes declarados y no declarados tiene interés en lo que respecta a la prueba; si la persona ha sido declarada demente existe una presunción "hominis" de que es un sujeto falto de razón y si se pretende responsabilizarlo del acto ilícito es menester probar que obró en un intervalo lúcido; en cambio, si el demente no está declarado, se lo presume persona sana, con discernimiento y, en principio, se le imputa el acto ilícito y a su defensor le será indispensable probar que al realizar el acto estaba privado de discernimiento.

## **7. OTRAS CIRCUNSTANCIAS PRIVATIVAS DEL DISCERNIMIENTO**

Por último el artículo 921° se refiere a otras causas excluyentes discernimiento, al disponer que también se considerará que falta en los actos practicados "por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón".

Entre los "accidentes" o, en otras palabras, motivos que pueden privar al sujeto momentáneamente del uso de su razón, la doctrina enumera

generalmente la embriaguez, el consumo de estupefacientes, el hipnotismo, el sonambulismo, etc. La redacción del artículo es de carácter general y, por tanto, no excluye la posibilidad de que exista alguna otra causa capaz de privar al sujeto del uso de su razón. Desde luego la prueba de haberse encontrado en ese estado corresponde a quien lo alega para aprovecharse de la disposición de la ley.

Concretándonos al estado de embriaguez, es cierto que determina en el sujeto la falta de discernimiento y, por tanto, la involuntariedad del acto. Si se tratase de un acto lícito, bastará la simple comprobación de ese estado para que el acto concluido durante ese período no produzca efecto alguno respecto al agente; pero no cabe la misma conclusión si se tratase de un acto ilícito; respecto a estos últimos debe coordinarse lo dispuesto en el artículo 921º con lo previsto por el artículo 1070º, que en la parte pertinente dice que “no se reputa involuntario el acto ilícito practicado ... en estado de embriaguez, si no probare que ésta fue involuntaria”.

La involuntariedad debe resultar de aquellas circunstancias que, examinadas por el juez, demuestren que el sujeto no tuvo el propósito de embriagarse para cometer en ese estado el acto ilícito, o por lo menos que en su conducta no hubo culpa inexcusable.

En cambio el acto se considerará voluntario cuando el sujeto deliberadamente cayó en estado de embriaguez con el fin premeditado de perpetrar el acto ilícito; en tal caso entendemos que no solamente es imputable, sino que lo es en razón de dolo, porque aunque en el momento mismo de perpetrar el ilícito el sujeto pudo carecer de discernimiento, precisamente su propósito fue crear ese estado para darse ánimo y realizar el acto ilícito; para juzgarlo debemos hacer abstracción del momento en que se concretan las consecuencias dañosas y remontarnos al momento inicial, en el cual el sujeto deliberadamente se embriagó con el propósito preconcebido de cometer el acto.

Pero no sólo en ese caso entenderemos que la embriaguez es voluntaria; lo será también en todos los casos en que las circunstancias permitan enrostrarle al sujeto falta de ponderación en su conducta, descuido, ligereza; es decir, cuando pueda achacársele culpa. Imaginemos que un sujeto bebe alcohol en cantidad considerable, sin poner cuidado alguno, su embriaguez debe considerarse voluntaria y le son imputables los actos que cometa en ese estado.



Únicamente no será voluntaria la embriaguez cuando del examen de las circunstancias resulte que no hay ninguna culpa achacable al sujeto. Supongamos que es una persona que bebe en cantidad moderada, muy limitada, es decir lo que siempre acostumbra beber y, por un estado de indisposición que no ha advertido, esa pequeña cantidad de alcohol le produce un embotamiento de sus facultades intelectuales; en tal caso diremos que la beodez es involuntaria y, como no puede achacarse culpa al agente, no se lo considerará responsable.

En el Derecho Comparado es frecuente encontrar normas que disponen que quien obra en estado de embotamiento intelectual por haber ingerido alcohol, o estupefacientes, es responsable de los actos que realice y sus consecuencias si tiene la culpa de haber caído en ese estado de embotamiento intelectual.

Cabe señalar que el estado de embriaguez, sea deliberadamente buscado o no, priva al sujeto de su discernimiento; por consiguiente, cuando se lo hace responsable de un acto ilícito cometido en estado de embriaguez voluntaria, tal responsabilidad no tiene por base la imputabilidad (pues no hay discernimiento), sino otros motivos extraños a la voluntad, como es la culpa que lo llevó al estado de embriaguez; el resultado dañoso, en estos casos, es una consecuencia “mediata” de la conducta culposa y la necesidad de proteger a la víctima del acto ilícito hace que la ley, en este caso, extienda la responsabilidad a consecuencias mediatas.

Para concluir debemos referirnos a lo que dispone la parte final del artículo 921º, que trata de la privación accidental del discernimiento. Se entenderá que éste falta cuando en el momento de obrar el sujeto se encuentre privado del uso de razón, esté sin conocimiento o no comprenda lo que hace; en tales hipótesis, si se trata de una situación accidental, no imputable a la propia culpa del agente, se reputará que los actos fueron hechos sin discernimiento.

## **8. LA INTENCIÓN. CARACTERIZACIÓN**

Hemos dicho que nuestro Código, siguiendo a Freitas, llama “intención” al segundo presupuesto de la voluntariedad de los actos, mientras que el Land Recht prusiano, y Savigny, utilizan el término “reflexión”: es el discernimiento aplicado a un acto concreto.

Es bueno analizar este vocablo para que podamos entender bien cuál es el sentido técnico que tiene el vocablo “intención” en el lenguaje de Freitas y del Código civil.

La “reflexión”, para el Land Recht, o sea la “intención” para nuestro Código, es el proceso de conocimiento y deliberación que precede a toda decisión libre y a toda determinación. El vocablo empleado en el Land Recht expresa con mayor exactitud y propiedad la actividad que se desarrolla en esta etapa del procedimiento volitivo.

Al caracterizar el discernimiento hemos dicho que era una facultad del espíritu humano: la aptitud de conocer y razonar, o sea la aptitud de juicio en virtud de la cual podemos tener comprensión de nuestras acciones. La “intención”, en cambio, es el discernir en acto, el aplicar aquella facultad de conocimiento a un caso particular; es decir, haber discernido en el caso concreto de que se trata.

Tenemos “intención”, o hemos obrado con “reflexión”, cuando hemos tenido comprensión cabal del acto que pensamos realizar, como también de sus consecuencias; a la determinación de la voluntad ha precedido el proceso previo de razonamiento, conocimiento y deliberación que permite al sujeto tener conciencia de su acción y de sus efectos, mediatos e inmediatos.

La persona que no tiene la facultad o aptitud de conocer, como un demente, no podrá “reflexionar” sobre un acto determinado y por tal causa no tendrá “intención”. Sin embargo la inversa no es verdadera; el agente puede practicar actos sin “intención”, pero ello no significa que carezca del pleno goce de sus facultades intelectuales.

Entiéndase bien, el discernimiento es el discernir en potencia, tener capacidad de discernir; la intención es el discernimiento en acto, el haber discernido en el caso concreto. El proceso previo a la decisión libre, que requiere comprensión de los motivos determinantes de la voluntad, está significado en nuestro derecho por la palabra “intención”.

Para mayor abundamiento diremos, empleando el lenguaje que utilizan los profanos, que un sujeto obro con “intención” cuando sabía lo que hacía, es decir cuando ha juzgado, valorado y comprendido el acto y sus consecuencias.

Insistimos en este punto porque el vocablo "intención" es equívoco; en el lenguaje común suele entenderse por intención el propósito o designio; por otra parte, en el lenguaje filosófico la palabra "intención" significa la "causa final" determinante de la voluntad. Pero, en el lenguaje técnico del Código, que en este punto sigue a Freitas, la intención no es el propósito o designio que impulsa a obrar, ni tampoco la causa final determinante de nuestros actos, sino que equivale a "reflexión", es decir al proceso previo que precede a la determinación libre.

Obrar con "intención" es haber tenido conocimiento y comprensión del acto y de sus efectos. La intención, como bien dice Freitas, es el conocimiento aplicado al acto de que se trata; por esa causa hacemos hincapié en la palabra empleada por el Land Recht, que es mucho más expresiva: "reflexión".

Aguiar ha explicado muy claramente este punto, indicando que el agente obrará con intención cuando, al resolverse a realizar el acto sabe cuáles son las consecuencias que puede producir; así, la intención se diferencia del propósito en que, para que exista "intención" no es necesario que el agente haya querido las consecuencias, sino que basta que haya querido el acto, teniendo conocimiento de él y de las consecuencias que de manera necesaria o posible puede producir.

Para que haya intención es indispensable que exista discernimiento; quien carece de discernimiento nunca podrá deliberar ni reflexionar. El discernimiento, como hemos dicho ya, es presupuesto de la intención; el sujeto que posee la aptitud de discernir puede no aplicarla en un caso concreto, pero el derecho presume que si posee discernimiento sus actos son obrados con intención. Se trata de una presunción "hominis", o juris tantum, ya que admite prueba en contrario.

En efecto, el acto voluntario es un producto exterior de la voluntad, lo que implica que la facultad de discernir ha funcionado, se ha ejercido; pero -sin embargo- puede suceder que la intención no haya estado presente porque han mediado vicios, como el error o el dolo.

## **9. LA LIBERTAD. CONCEPTO**

El otro presupuesto de la voluntariedad de los actos es la "libertad"; aquí coinciden las denominaciones empleadas por Freitas, el Código y también

por el Land Recht y Savigny. Discernimiento e intención implican la conciencia del acto realizado y constituyen las primeras condiciones del acto voluntario.

El tercer y último presupuesto es el imperio de sí mismo, o sea la libertad, que equivale a la independencia de la voluntad para elegir entre las distintas alternativas que se le presentan.

Ahora bien, como resulta de lo dicho, la libertad no es el resultado de una actividad instintiva u orgánica del sujeto, sino el resultado de una actividad de la inteligencia. Los dementes y los menores impúberes pueden físicamente realizar actos, pero ello no es suficiente para calificarlos de actos libres. La libertad presupone el discernimiento y la intención; no puede haber acto libre sin discernimiento e intención.

La libertad puede ser mirada bajo dos aspectos: la libertad moral y la libertad física; la primera es la facultad que tiene el hombre de decidir si obra en un sentido o en otro, o si no obra; es lo que en el lenguaje común se llama "libre albedrío", es decir la facultad de decidir espontáneamente entre los motivos determinantes de la voluntad, sin que ninguna influencia extraña pueda torcer nuestra decisión. Existe libertad moral cuando el sujeto se determina con espontaneidad por motivos que le son privativos, sin que nada influya en su ánimo o conciencia.

La libertad "física" o "material", en cambio, es el poder actuar de conformidad con la decisión tomada.

Restricciones lícitas e ilícitas:

Ahora bien, la libertad, tanto moral como física, a veces sufre restricciones de muy variados modos, unas veces en forma lícita y otras en forma ilícita. Al analizarlas tendremos muy en cuenta el principio enunciado por la Constitución, según el cual "ningún habitante será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe" (artículo 30º, Constitución Nacional).

Las restricciones lícitas de la libertad tienen por fundamento la necesidad de mantener el orden en miras a la convivencia y a la conservación y defensa de las instituciones sociales. El propio Código civil contiene algunos preceptos de este tipo que resultarán ilustrativos; otros se encuentran en

leyes especiales pero nos concretaremos a las disposiciones insertas en el Código.

Ya en el Título de los Hechos Jurídicos encontramos tres normas, los artículos 910º, 911º y 912º, que analizaremos a continuación. El primero de ellos expresa que “nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto”.

Se contempla aquí el caso de obligaciones de origen contractual en las cuales un sujeto se convierte en deudor porque voluntariamente prestó su asentimiento a celebrar un contrato que lo obliga a dar, hacer o no hacer algo en favor del acreedor. Toda obligación, desde el momento en que se constituye, restringe en alguna medida la libre actividad individual del deudor, en beneficio del interés del acreedor, cuyo poder de voluntad se ve acrecentado; el vínculo obligatorio asumido supone sacrificios de la propia actividad individual, pero esa restricción de la libertad del deudor no es total, ni queda anulada su libertad personal, sino que esa restricción se limita estrictamente a aquella parte de su actividad que está inmediatamente relacionada con lo que debe dar, hacer o no hacer. Se trata de una restricción parcial de la libertad y el respeto a la libertad del deudor se pone de manifiesto en otras normas en las cuales se contempla, por ejemplo, que si el deudor “no quiere” pagar no se podrá ejercer violencia contra su persona y la prestación debida se transformará en la indemnización de daños y perjuicios o la ejecución por otro a cargo del patrimonio del deudor (art. 505º).

El artículo 911º, por su parte, dispone que “nadie puede obligar a otro a abstenerse de un hecho, porque éste pueda ser perjudicial al que lo ejecuta, sino en el caso en que una persona obre contra el deber prescripto por las leyes, y no pueda tener lugar oportunamente la intervención de las autoridades públicas”.

El dispositivo, luego de consagrar como regla el que no podemos impedir a otro sujeto que obre libremente, so pretexto de que ese obrar le es perjudicial, admite de manera excepcional que se pueda intervenir si se dan dos condiciones: 1º) que el sujeto al obrar contra sí mismo esté violando un deber prescripto por las leyes; y 2º) que haya urgencia porque no puede tener lugar oportunamente la intervención de las autoridades públicas.

Vemos pues que cuando se trata de un acto que altera el orden social establecido, orden que todos los individuos están obligados a respetar, la ley autoriza a los particulares a intervenir poniendo freno a la libertad de obrar el ilícito, pero sólo cuando no fuere posible la intervención de la autoridad pública.

Los autores citan como ejemplo de casos en que sería admisible una intervención, el de una persona que para eludir las obligaciones que imponía la ley de servicio militar, pretende mutilarse, lo que no solamente redundaría en perjuicio de la integridad corporal del propio sujeto, sino que configuraba un delito especialmente previsto por el Código Penal Militar. En este caso se admitía que un tercero interviniese.

También se admite la intervención de un extraño para impedir la realización de un acto cuando el hecho no sólo redundaría en perjuicio de quien lo obra, sino también en perjuicio del interés legítimo de terceros. Imaginemos que un deudor, para no cumplir con su obligación de dar, intenta destruir cosas que le pertenecen y debía entregar al acreedor; en ese caso se justifica la intervención de un tercero extraño, siempre y cuando no sea posible recurrir a la intervención de la autoridad pública.

Se trata de hipótesis en que el obrar ilícito extiende sus resultados dañosos, que no solamente perjudican al autor, sino también a terceros.

Por su parte el artículo 912º dispone que "quien por la ley o por comisión del Estado tiene el derecho de dirigir las acciones de otro, puede impedir por la fuerza que se dañe a sí mismo".

Se refiere aquí a quienes ejercen potestad como representantes de los incapaces y esta posibilidad de restringir la libertad del incapaz tiene como finalidad, precisamente, proteger su propia persona, es decir está instituida en su beneficio.

Podemos citar como ejemplo el caso de un menor que ha cumplido ya 14 años y, por tanto, posee discernimiento y voluntad; sin embargo está privado de la libertad civil y sometido a la potestad del padre en todo lo que se refiere al gobierno de su persona y de sus intereses; y no ponemos como ejemplo el caso de quien no ha cumplido 14 años porque para la ley el menor impúber no tiene discernimiento, y por tanto carece de la aptitud de reflexionar;

faltando estos presupuestos no puede hablarse tampoco de decisión libre, y menos de “coerción de su voluntad”.

Hasta aquí nos hemos ocupado de “restricciones lícitas”. Habrá, en cambio, restricción ilícita a la libertad cuando se obra sin tener derecho para coartar las facultades de disponer del otro sujeto.

La libertad puede ser restringida por el empleo de la fuerza física, que convierte a la víctima en mero instrumento del que la ejerce, como cuando alguien da un violento empujón a otro lanzándolo sobre un objeto que resulta roto, o cuando le impide actuar secuestrándolo.

Puede ser también restringida la libertad por injustas amenazas que infunden al sujeto el temor de sufrir daños, caso en el cual conserva su “determinación”, no es mero instrumento de otro, pero su decisión no es espontánea porque la decisión de su voluntad ha sido torcida por el temor, aspecto que estudiaremos con detenimiento más adelante, cuando nos ocupemos de los vicios de la voluntad.

Concluamos con lo relativo a la libertad señalando que Vélez, pese a haber seguido a Freitas y Savigny, distinguiendo correctamente los tres elementos de la voluntad, a saber: discernimiento intención y libertad, parece confundirse en el artículo 922º, que expresa:

“Los actos serán reputados practicados sin intención, cuando fueren hechos por ignorancia o error, y aquellos que se ejecutaren por fuerza o intimidación”.

Ese aparente error del codificador, que parece indicar que la violencia vicia la “intención”, cuando en realidad es un vicio de la libertad, queda plenamente salvado en el artículo 936º, cuando dispone: “Habrá falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible”.

En investigaciones que hemos efectuado junto con el Dr. Benjamín Moisés sobre los borradores del Código, conservados en la Biblioteca Mayor de la Universidad de Córdoba, hemos podido comprobar que el primer borrador tenía dos artículos, en el primero de los cuáles se diferenciaba correctamente los vicios de la intención (ignorancia o error, y dolo), y en el segundo se

decía que faltaba libertad en los actos que se ejecutaren con fuerza o intimidación. Con posterioridad, un error del copista, al pasar esos originales, refundió esos textos, salteando el último renglón de la primera norma, y el primero de la segunda, y de esa forma quedó configurado el texto defectuoso del artículo 922º que hemos reproducido.