

EL ACTO JURÍDICO^(*)

RENATO SCOGNAMIGLIO

Profesor Emérito de la Universidad de Roma "La Sapienza".
Miembro de la Accademia dei Lincei.

SUMARIO

- I. Acto jurídico en sentido lato y en sentido estricto.-II. Acto jurídico y negocio jurídico: criterio distintivo.-III. Naturaleza y régimen legal de los actos jurídicos.-IV. Clasificación de los actos jurídicos.-V. Los actos exteriores puros. Ejemplos.-VI. Los actos que manifiestan un factor interior. El cumplimiento de las obligaciones. Los actos de autotutela. El consentimiento del titular del derecho. La apropiación y el abandono de cosas.-VII. Los actos de participación.

I. ACTO JURÍDICO EN SENTIDO LATO Y EN SENTIDO ESTRICTO

La noción de acto jurídico puede entenderse, como mínimo, en dos sentidos bien distintos. Muy latamente, se habla del acto jurídico por abstracción de las múltiples conductas humanas relevantes para el derecho, y para denominar, por lo tanto, todo comportamiento positivo u omisión que produce efectos jurídicos. Se trataría, entonces, de una categoría de alcance general inserta en el ámbito de otra, que es mucho más amplia: la de los hechos jurídicos.

El valor orientativo y descriptivo que posee esta primera noción es indudable. Es más, hay quien considera que ella podría adquirir un notable valor constructivo en el campo de la teoría general del derecho, dada la posibilidad de identificar y dar solución a algunos problemas que tienen que ver con todos los tipos de actos jurídicos (CARNELUTTI). Sin embargo, este criterio aún no se ha consolidado, y como quiera que sea, pretender analizar ideas tan generales significaría ir en contra de la finalidad esencialmente práctica de nuestro estudio.

Para nuestro interés es más conveniente concentrarnos en el valor descriptivo y clasificatorio de la noción, que según la doctrina dominante comprende dos categorías fundamentales: los actos lícitos e ilícitos, de acuerdo a si son conformes o contrarios al derecho.

La doctrina también acostumbra distinguir los actos lícitos: allí están los negocios jurídicos, que constituyen la especie principal, y los actos jurídicos en sentido propio⁽¹⁾, también llamados "actos no-negociales".

Este último es el segundo, y más exacto, significado de la expresión "acto jurídico" (con arreglo a una terminología bastante asentada en nuestros días), y constituye, por lo tanto, el objeto de la presente investigación.

(*) Título original: *viz. Atto giuridico in senso lato e in senso stretto*, dirigida por Gaetano AZZARITI, Ernesto BAITAGLINI y Francesco SANTORO-PASSARELLI, vol. I, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, Milán, 1958, pp. 589-599. **ADVOCATUS** agradece a Leysser L. León por la copia del presente artículo.

Traducción, autorizada por el Autor, y notas de Leysser L. León. Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Lengua y Cultura Italianas, por la Università per Stranieri di Perugia (Italia). Doctorando en Derecho Civil en la Scuola Superiore "San'Anna" di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia).

Renato Scognamiglio firmó el presente estudio como profesor ordinario de Derecho Civil de la Universidad de Catania.

⁽¹⁾ En el original dice "*viz. atto giuridico in senso proprio*". Aquí preferimos la traducción literal (y no la clásica de "actos jurídicos en sentido estricto", que es empleada por el Autor en otra parte del texto). "Sentido propio" en castellano vale por "significado o uso original de las palabras" (acortando al "sentido literal").

Hay que señalar, antes que nada, que el acto jurídico se hace evidente en su segundo significado solo si se lo distingue de aquella otra categoría, igualmente fundamental, que es el negocio jurídico. En efecto, en doctrinas como la francesa, donde el concepto de negocio no ha logrado penetrar, se hablará en todos los casos, y coherentemente, de "acto jurídico". Pero notemos, para confirmar este punto de vista, que si se da crédito a la corriente doctrinal que desarrolla la teoría del negocio –y así deberá ocurrir en el derecho italiano, dada la posición asumida por nuestro legislador–, tarde o temprano se deberá afrontar la otra figura, que es el acto jurídico (en sentido propio). Así lo confirma la experiencia de la doctrina alemana, que luego de elaborar la teoría del negocio, se vio inducida a proponer, por vez primera, la noción que nos ocupa. Y la labor de la doctrina italiana, que ha seguido con decisión el mismo camino, sobre todo en los últimos tiempos, no ha sido menos significativa.

Lo cierto, y podemos establecerlo desde ahora, es que una vez asumida una noción científicamente correcta –y precisa, por la misma razón– del negocio jurídico (y así pueden considerarse, a lo menos, aquellas opiniones que hacen referencia al fenómeno básico de la autonomía privada), termina haciéndose notoria, por varias razones, la insuficiencia de esta figura para comprender todos los actos humanos que, ubicados en el plano de la licitud, pueden producir efectos para el derecho. Para muchos de estos actos, además –y este es el aspecto más importante del problema en la práctica–, parece ser excesiva, injustificada, y acaso inaplicable, la compleja y amplia regulación dictada en el Código Civil italiano para los negocios jurídicos (para los contratos, siendo más exactos).

La verdadera dificultad –si no queremos contentarnos con una definición meramente negativa– consiste en establecer un criterio distintivo entre actos y negocios que sea válido en todos los casos. La gravedad del problema, entonces, es mucho mayor, porque, como es sabido, no existe acuerdo en la doctrina sobre la definición misma de negocio; y lo que es más, se mantiene hasta ahora el enfrentamiento entre dos concepciones totalmente discrepantes: la voluntarista y la objetivista.

Lo ideal, pues, es comenzar exponiendo los resultados obtenidos por estas teorías discordantes en lo concerniente a la distinción entre actos y negocios, con particular detenimiento en la solución que nos parece más satisfactoria. Solo con posterioridad a ello, y sobre la base de una exacta distinción conceptual, será posible afrontar el estudio de un problema de innegable interés práctico: el tratamiento legal que se debe destinar a los actos jurídicos, teniendo en cuenta el régimen normativo de los negocios, y con referencia, sobre todo, a la posibilidad de aplicarles por vía analógica, aunque sea de modo limitado, dicho régimen.

Culminado el estudio "externo" –llamémoslo así– de la figura, tendremos que realizar un examen más amplio y exhaustivo de la misma, con una descripción de las principales categorías de actos jurídicos que la ciencia ha elaborado siguiendo criterios distintivos que tienen que ver con la naturaleza o estructura de aquellos. Esta indagación final –que también nos permitirá hacer referencia a alguna otra distinción general de los actos jurídicos– será eventualmente complementada, dentro de los límites que nos parecen concordantes con la brevedad de nuestro análisis, con el examen de algunas figuras particularmente controvertidas de actos jurídicos.

II. ACTO JURÍDICO Y NEGOCIO JURÍDICO: CRITERIO DISTINTIVO

Según la concepción voluntarista del negocio, la distinción entre actos negociales y no-negociales está vinculada, justamente, con la diversa relevancia de la voluntad en cada hipótesis. El criterio de la doctrina imperante puede resumirse como sigue: la voluntariedad del acto es importante en todos los actos (de otro modo, ni siquiera se debería hablar de actos en sentido jurídico, sino únicamente de hechos naturales relevantes para el derecho); solo en los negocios, empero, se toma en consideración, además, la voluntad del resultado jurídico –o del resultado

práctico, como opinan otros-; la razón de ello es que el ordenamiento atribuye al negocio efectos que son los más idóneos para traducir en términos jurídicos la voluntad de las partes.

Esta teoría representa un conspicuo esfuerzo para aclarar la materia examinada, y no cabe dudar que, al menos parcialmente, ha conseguido su objetivo.

Para quienes asumen el punto de vista voluntarista, la referencia a una diversa relevancia de la voluntad concuerda con un dato innegable de la realidad: el distinto alcance y valor -y la distinta eficacia por lo tanto- de las dos categorías de actos (como consecuencia, justamente, del diferente peso de la voluntad en cada uno de ellos).

El defecto de este criterio es que para realizar la distinción se apoya, ni más ni menos, en el punto más discutido y discutible de la teoría del negocio, a saber, en aquel elemento que para los voluntaristas (cuyas ideas refutaremos aquí, por varias razones) constituye el rasgo determinante de la figura negocial: el llamado "propósito jurídico".

En resumen, si se llegara a compartir la afirmación de que el negocio solo se presenta cuando el derecho atribuye relevancia al propósito de las partes, la diferencia entre actos negociales y no negociales podría apoyarse, con mucha facilidad y según cada caso, en la presencia o no del referido elemento. Pero ocurre lo contrario, porque en la doctrina también se discute si es posible admitir la relevancia del propósito jurídico. Más aún, recientemente parece prevalecer la interpretación contraria, es decir, la que estipula que en el negocio se otorga relevancia, a lo sumo, al propósito práctico de las partes (que podrían no haberse dado cuenta, en absoluto, de las consecuencias jurídicas de su actuación).

De nada serviría replicar que el ordenamiento jurídico siempre atribuye al negocio efectos, en mayor o menor medida, correspondientes con la voluntad privada. Ello no es del todo cierto, porque el propósito concreto puede no ser concorde con dichos efectos; y si se pretendiera hacer referencia al propósito "típico" quedaría comprometido, al parecer, el significado mismo de la expresión adoptada. Este argumento no consigue desmentir la certera observación -y más sencilla- de que el negocio también produce efectos puramente legales, respecto de los cuales parece ser aún más evidente la imposibilidad de explicar su significado mediante la aludida referencia a la voluntad de las partes.

Como es obvio, todas estas interrogantes repercuten -y por ello las hemos mencionado- en el problema mismo de la identificación de los actos jurídicos en sentido estricto.

En efecto, ¿cómo es posible plantear la distinción de manera precisa, si respecto de los actos jurídicos también se habla de voluntad, voluntariedad e incluso de propósito, todos los cuales se encaminan en ellos, y sin lugar a dudas, a un resultado práctico?

Reiteramos que no basta señalar que el negocio jurídico es el único supuesto en el cual el ordenamiento atribuye efectos al propósito práctico, porque ello es verdadero solo en cierto sentido, y parcialmente (como se acaba de anotar), y porque tal afirmación -desde un determinado punto de vista y en algún caso- también podría parecer válida para los actos jurídicos (al menos para aquellos actos que, según la terminología que predomina hoy en día, manifiestan un factor interior, de los cuales trataremos más adelante). Con mayor razón, tampoco basta señalar -tal cual se ha hecho recientemente (CARIOTA-FERRARA)- que toda la distinción se puede resolver teniendo en cuenta la mayor intensidad y relevancia jurídica de la voluntad en los negocios, a diferencia de lo que ocurre en los actos. Esta es una flagrante tentativa de pasar por alto las puntuales dificultades del tema, y de refugiarse en ideas que son innegablemente persuasivas, pero demasiado vagas y genéricas, al mismo tiempo.

A estas alturas del discurso y teniendo en cuenta las razones expuestas, es posible concluir que la concepción voluntarista del negocio y del acto negocial, si bien deja percibir la justificación y el real alcance de la distinción, no permite lograr un resultado suficientemente preciso y definitivo.

A nuestro parecer, este resultado sí puede ser obtenido si se sigue, aunque goce de menos reconocimiento, aquella teoría que percibe la esencia del negocio en la llamada "autorregulación de intereses privados". Esta concepción, justamente porque aclara, sin perder de vista la realidad extrajurídica, la efectiva naturaleza del negocio (que deja de ser identificado, precipitadamente, con uno de sus presupuestos, tal cual es la voluntad, por más determinante que esta sea), sí permite contraponer de manera bastante clara, al menos en el plano conceptual, las dos figuras examinadas.

En efecto, nada impide continuar discutiendo acerca del significado y relevancia de un elemento de la figura, como la voluntad; pero no es posible, en absoluto, negar la fundamental diferencia que existe entre el fenómeno de la autonomía negocial y todos los demás supuestos legales. La idea de autonomía parte, precisamente, de la exigencia, conatural a la vida en sociedad, de que cada sujeto ordene y regule por sí mismo sus propios intereses. Esta exigencia es reconocida por el ordenamiento jurídico, que en atención a ella y dentro de su ámbito, atribuye cierta fuerza creadora a la autonomía de los particulares, e igualmente, al negocio que estos llevan a cabo. Fuera de esta esfera –donde no está presente, por lo tanto, una operación de la autonomía privada– solo será posible hablar, según la distinción que hemos adoptado, de actos jurídicos en sentido estricto (porque se trata de actos lícitos que producen efectos para el derecho).

Por otro lado, estos actos pueden ser caracterizados con arreglo a un juicio práctico y finalista, y más allá, por consiguiente, de la valoración que realiza el ordenamiento jurídico, que es más inmediata. Tengamos en cuenta que las exigencias de la vida en sociedad y los conflictos de intereses también pueden dar vida –y la experiencia lo demuestra– a una serie de actos voluntarios de la persona que se encuentran, con seguridad, al margen de las exigencias fundamentales de la autonomía privada. Ello explica por qué el ordenamiento jurídico puede considerar dichos actos, ya sea que se trate de actos materiales, comunicaciones, participaciones, etc. (como veremos en su momento), para atribuirles efectos propios y específicos. Por tal vía, una amplia y variada esfera de acciones del ser humano, realizadas con las más diversas finalidades, es utilizada y hecha propia –digámoslo así– por el ordenamiento jurídico, de conformidad con un procedimiento que, desde este punto de vista, resulta inverso al que se percibe en la recepción de la autonomía negocial.

El fenómeno en mención –para expresarnos con más exactitud– es posibilitado por el hecho de que tales actos constituyen *fattispecie*¹¹² legales propiamente dichas. A diferencia de los negocios, en otras palabras, tales actos constituyen situaciones de hecho que el ordenamiento predetermina completamente, para luego enlazarlas, mediante el mismo proceder, con consecuencias de derecho.

¹¹² Como tengo escrito en otro lugar (véase ENILIO BETTI y otros, *Teoría general del negocio jurídico y estudios fundacionales*, ARA Editora, Lima, 2001, p. 36, nota 2), es convenientemente mantener el término italiano (que vale por "tipos de hecho" de la norma).

Sobre la *fattispecie* y el *Tatbestand* siguen siendo ilustrativos las páginas de Ludwig ENNECCERUS y Hans Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, vol. II, 12ª ed., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1960, § 126, pp. 354-360; de ENILIO BETTI (quien se anticipa sobre la introducción del concepto en el medio italiano), *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed. (1959), 4ª reimpresión, al cuidado de Giuliano CRIPÒ, ESE, Nápoles, 1994, p. 8 y nota (2); y de Carlo MARIUCCI, *voce "Fatto giuridico-Fattispecie"*, en *Scritture Diritto italiano*, vol. VII, Utet, Turín, 1961, pp. 111 y ss., especialmente, p. 113.

Recientemente, un autor (MIRABELLI) ha opinado que una contraposición tan ríida como la expuesta es demasiado rigurosa, y más bien lejana de la realidad, porque en esta última también se presentan figuras intermedias y matizadas (como los actos que manifiestan un factor interior). Sin embargo, la base principal de tal objeción es un equívoco: la creencia en que la posición contraria niega por completo la relevancia de la voluntad (la cual parece ser innegable en ciertos casos de actos jurídicos). En verdad, una conclusión semejante no está implícita, de ninguna manera, en la distinción que hemos planteado entre actos no negociales y actos de autonomía privada. Si para los primeros se admite, en efecto, que consisten en meras *fattispecie* legales, ello no implica descartar que entre los elementos de la *fattispecie* esté presente la voluntad, ni negar, en otras palabras, que el acto jurídico constituya un "acto voluntario". Reiteramos que ello se admite, pero no porque se trate de un acto de autonomía, sino porque aquí la *fattispecie* legal es eventualmente identificada en un verdadero acto del ser humano, que en cuanto tal, está fundado en la conciencia y voluntad humanas, en ausencia de las cuales ni siquiera se podría sostener la existencia de dicho acto.

III. NATURALEZA Y RÉGIMEN LEGAL DE LOS ACTOS JURÍDICOS

La distinción, tal cual la hemos planteado, reviste un importante interés práctico, porque permite contraponer con claridad las figuras examinadas. Pero el criterio adoptado se presta a un desarrollo adicional, debida la posibilidad de extender la confrontación entre acto y negocio al plano de aquellos elementos del negocio que la doctrina dominante considera "esenciales", y de solucionar, por esta vía, el problema estrictamente vinculado del tratamiento legal de los actos jurídicos, respecto del diverso y complejo régimen normativo sobre los negocios.

Una particularidad de los actos jurídicos, al no ser actos de autonomía negocial, es que en ellos no asumen ninguna importancia precisa aquellos tres elementos o aspectos decisivos que son la voluntad, la declaración y la causa.

En relación con la voluntad, tampoco se plantea la rica problemática relativa a la formación y manifestación de esta, en lo que concierne, especialmente, a la preeminencia del querer interno sobre el querer aparente. Todo ello es perfectamente explicable, porque a diferencia de los negocios, en los actos jurídicos no cuenta ni asume ninguna importancia el contenido (o lo querido por las partes), ni nada, en suma, de lo que las partes han dispuesto; lo único que cuenta es la existencia del acto, con arreglo a la hipótesis que la ley ha establecido del mismo. Lo más que se requiere es aquel margen de voluntariedad y capacidad que permite identificar un acto del ser humano (porque es así como lo configura el ordenamiento, según los distintos casos).

En lo atinente a la forma, se entiende que el acto se debe realizar mediante hechos externos, y estos, por lo general, son descritos por la ley. Como quiera que sea, sin embargo, tal manifestación no asume jamás el peso que la declaración sí tiene en los negocios jurídicos. La declaración se presenta como un elemento constitutivo del negocio, en cuya ausencia este ni siquiera existe. En los actos jurídicos, en cambio, cuando la *fattispecie* exterior no es descrita por la ley, el comportamiento extrínseco puede asumir, a lo sumo, y como habemos de ver, el valor de indicio o prueba de la existencia de la voluntad del acto. Esto también es entendible, porque el problema solo consiste en establecer la presencia del elemento de la *fattispecie* (la voluntad), y todo indicio —en el caso concreto, el hecho extrínseco— puede ser válido para facilitar o complementar dicha prueba.

Respecto de los actos jurídicos tampoco parece ser posible, en fin, proponer la noción de causa, ni percibir un aspecto funcional en el acto. La razón es que este elemento, y el aspecto señalado, solo pueden hacerse evidentes en el negocio, donde las partes persiguen un fin propio, que se corresponde, en mayor o menor medida, con una función típica reconocida por el derecho para la valoración y admisibilidad del negocio en sí mismo. Nada de esto sucede en los actos

jurídicos, y ni siquiera se plantea el problema de valorar el acto autónomo a tenor de su función, porque aquí el ordenamiento atribuye efectos propios a actos que están bien determinados para la realización de sus finalidades, incluso en el ámbito de la resolución de conflictos entre intereses privados.

De las observaciones efectuadas hasta este punto se deduce –como habíamos previsto– la obvia solución del problema específico, relativo al régimen legal de los actos jurídicos.

Debemos advertir que este punto ha suscitado discusión, y continúa haciéndolo, debido a la incertidumbre, ya resaltada, en torno de los criterios formulados para distinguir los actos de los negocios. Al respecto, y dado que el Código Civil italiano no señala nada en torno del régimen legal de los actos jurídicos (y que, más aún, ni siquiera hace referencia a esta categoría), pero sí dicta una vasta y compleja normativa sobre los contratos y los demás negocios, el problema consistirá en establecer si, y en qué medida, es posible extender esta normativa a la primera figura.

En la doctrina se han formulado propuestas basadas, las más de las veces, en la idea de que si es posible extender por analogía la regulación fijada para los negocios, por lo menos respecto de ciertos actos –los actos voluntarios, para entendernos mejor–, pero siempre, evidentemente, dentro de los límites de su compatibilidad con este último tipo de actos.

Se reconoce que una solución como esta, por proceder de manera tentativa, termina generando una notable incertidumbre; pero se replica que este inconveniente –que se podría remediar, parcialmente, mediante un examen analítico de los distintos actos– es conforme, justamente, a la variada gama de actos que se pueden detectar en la realidad jurídica, desde los llamados “actos materiales” a los negocios propiamente dichos. Ello es cuanto había que anotar sobre la doctrina predominante. A nuestro parecer, la solución exacta, ensombrecida en todo lo expuesto hasta este momento, debe ser distinta.

Creemos que se debe descartar, principalmente, la posibilidad de una aplicación analógica de las normas sobre los negocios a los actos jurídicos. Este procedimiento parece ser incompatible con la ya destacada diferencia de naturaleza que existe entre las dos categorías de actos (negociales y no-negociales). Es más, ni siquiera creemos que aquí se pueda hablar de una laguna del ordenamiento, que es el presupuesto esencial de toda aplicación analógica. La laguna es meramente aparente, y deriva del hecho de que los actos jurídicos han venido siendo considerados según el esquema deformante del negocio. Este ha sido el método que ha inducido a la doctrina a identificar, para la categoría de los actos jurídicos, los mismos problemas de regulación que se plantean para los negocios, y que solo respecto de estos últimos parecen encontrar una solución explícita. El discurso debe cambiar una vez que se admita que para los actos jurídicos ni siquiera se podrían proponer correctamente problemas de este género.

En resumen, respecto del reconocimiento de la autonomía negocial realizado por el ordenamiento si se plantean, necesariamente, una serie de problemas relativos al tratamiento normativo del fenómeno; en cambio, una eventualidad de dicho tipo ni siquiera parece ser proponible en relación con el campo de los actos jurídicos en sentido propio. El problema en estos no consiste en establecer si el acto del particular es conforme o no a las normas reguladoras (ni que sea inválido en caso de que se oponga a estas), sino solamente en determinar si en el caso concreto se presenta o no la *fatispecie* de aquel acto, tal cual es contemplada por la ley. En los actos voluntarios, por ejemplo, se deberá establecer si dicha voluntariedad existe o no, y ello no podrá afirmarse, indudablemente, si está del todo ausente la libertad del querer, o si falta la llamada “capacidad natural”. En estos supuestos, es seguro que no se podrá hablar de “invalidéz” (de “anulabilidad” del acto, en el caso propuesto); se deberá reconocer, más bien, y únicamente,

que no se ha llegado a verificar la *fertispecie* legal de dicho acto, y que, como consecuencia, los efectos jurídicos no se han realizado.

En cambio, y para ratificar lo señalado, en lo concerniente a otras hipótesis de ausencia de la voluntad –que se refieran a la discordancia entre la declaración y la voluntad, o a un vicio de esta, en sentido propio–, la cuestión que nos ocupa ni siquiera puede plantearse en los actos jurídicos, porque en estos la manifestación no asume el papel constitutivo que sí es propio de la declaración negocial, y además, porque en estos la voluntad jamás tiene relevancia como aquello que las partes quieren, es decir, por su contenido.

Como punto final, y luego de lo expuesto en torno de la diferencia existente entre actos y negocios en lo atinente a los elementos esenciales, es fácil advertir que para los actos en sentido propio no se puede proponer ninguno de los demás problemas típicos del régimen sobre los negocios, como los relativos a la causa, al objeto, a la forma, a la interpretación, a los elementos accidentales, etc.

IV. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Hasta aquí hemos analizado el acto jurídico en sentido propio desde una óptica externa, es decir, en atención a la exigencia e importancia de diferenciarlos en el ámbito de los actos jurídicos, especialmente frente a los negocios. Según nuestro plan de exposición, ahora toca analizar la categoría de los actos jurídicos en sentido propio, considerándolos a tenor de su aspecto interno. Esta indagación permitirá lograr los objetivos inicialmente proyectados, y al mismo tiempo, obtener el conocimiento de los principales tipos de actos.

Para comenzar, hay que señalar que la clasificación de los actos jurídicos en sentido propio es otro de los puntos en los cuales la doctrina parece estar dividida. Se han formulado diversos criterios de distinción, a veces sobre la base de una distinta relevancia del elemento volitivo –la cual, por lo tanto, se da por descontada–; otras veces, se ha procedido con el propósito de diferenciar los actos, principalmente, según la estructura que ellos presentan.

Según la primera línea de pensamiento, los actos materiales o reales –también llamados “meros actos jurídicos” (como la especificación, por ejemplo)– se contraponen a los actos jurídicos en sentido estricto, que implican, en todos los casos, la relevancia de la voluntariedad del acto (la consecuencia sería que sólo para estos últimos actos, y no para los primeros, se plantea la cuestión de la aplicación analógica de las normas sobre los negocios).

Conforme al segundo criterio, la diferencia se plantea entre los actos materiales (u operaciones) y las declaraciones o actos con contenido psíquico. Entre estas últimas estarían comprendidas –además de los negocios– las llamadas “declaraciones enunciativas” o “representativas”, y las participaciones¹⁰³ de conocimiento o sentimiento, en sentido lato.

La primera sub-distinción nos parece carente de valor, una vez reconocida la unidad de la categoría de los actos jurídicos, incluso en el plano de su tratamiento legal; nos parece apriorística, asimismo, porque se funda en aquella diferencia de tratamiento de las distintas categorías de actos, que debería, en tal caso, ser previamente demostrada.

Mayor interés suscita la segunda clasificación, por su innegable contribución al conocimiento intrínseco de los actos jurídicos. Se trata, además, de una propuesta que ha destacado nuevos problemas, al menos en lo que concierne a la categoría de los llamados “actos materiales”, porque

¹⁰³ Aquí “participación” vale por “acto, parte o noticia que se da a alguien” (véase el significado que da la Academia).

esta tiene la peculiaridad de coincidir parcialmente con los actos en sentido estricto materiales¹⁷⁴, en los cuales parece ser relevante solo el resultado (la adjunción o la mezcla, por ejemplo)¹⁷⁵. Aquí la duda gira en torno de la existencia misma del acto, que por la razón señalada, ni siquiera sería tomada en consideración (dado que tal resultado podría haberse debido a una causa natural); para superarla, el único camino es tener en cuenta la relevancia jurídica que el acto material del ser humano asume como causa de un resultado en ciertos casos (pero no en otros).

Hay que añadir que la categoría de los actos materiales –que ha quedado, pues, escindida en dos– coincide con aquellos actos en los que tiene relevancia, no solo el elemento exterior, sino también un hecho psíquico: la llamada “voluntariedad del acto”, a la que ya hemos aludido reiteradamente (el cumplimiento de las obligaciones o el consentimiento del lesionado por un acto dañoso, por ejemplo). En relación con estos actos, también se presentan graves dificultades, dado el evidente carácter fragmentario de su conjunto, y la innegable contigüidad de este con la figura del negocio (pensemos, sobre todo, en las posibilidades de equivocación que pueden surgir, como luego veremos, respecto de los negocios realizados mediante comportamientos materiales, y en relación, especialmente, con la teoría que se ha propuesto para ellos: la teoría de los “negocios de voluntad”).

Más fácil de entender es la exposición sobre la categoría opuesta a la anterior: la de las participaciones. Mediante esta categoría se consigue brindar una imagen unitaria de todos aquellos actos destinados a comunicar una representación y una voluntad, y que además, dada su naturaleza de actos enunciativos, se contraponen nítidamente a los negocios, que son siempre actos dispositivos.

De tal forma, hemos trazado la tripartición que, en definitiva, y según la mejor doctrina, sería más idónea para describir la compleja materia de los actos jurídicos, es decir, aquella que distingue entre actos exteriores puros, actos que manifiestan un factor interior, y actos de participación o comunicación (MIRABELLI).¹⁷⁶

¹⁷⁴ “Ani in seculo actio materialis”, en el original. Equivale a la expresión “materia hechos jurídicos”, que el Autor utiliza en otra parte del texto, tal cual se aclara infra, NT 7.

¹⁷⁵ Se refiere, naturalmente a los aspectos de unión de cosas que propician una adquisición de propiedad, o posesión, eventual o no, un régimen de copropiedad. En la “adjunción” (como la llaman en España, y conforme al significado que la Academia brinda de esta voz), dos cosas se combinan y forman un todo, pero son todavía distinguibles (hay una parte principal y una parte accesoria), en la mezcla (también llamada confusión o comixión, según los libros que se citan), sucede otro tanto, pero las cosas dejan de ser identificables.

La teoría del Código Civil persama en la que se han regulado estas figuras destaca por su imprecisión: el título del subcapítulo es “Especificación y mezcla” pero la norma hace referencia a la “unión o mezcla”, lo que podría llevar a pensar, fundadamente, que también se contemple la hipótesis de la adjunción (que es, como he señalado, una especie de “unión de cosas”).

“Artículo 937. El objeto que se hace de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el valor de la cosa empleada.

La especie que resulta de la unión o mezcla de diferentes cosas, pertenece a éstas en proporción a sus valores respectivos”.

¹⁷⁶ Se trata de la clasificación de mayor influencia en la doctrina italiana dedicada a los negocios jurídicos, ampliamente tratada por Giuseppe MIRABELLI (*L'atto nei negoziati nel diritto privato italiano*, cit.) y de manera sintética por Pietro RESCIGNO, *viva “Atto giuridico II) Diritto privato”*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. IV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pp. 3-4 de la segunda), todo de acuerdo con la tesis del célebre profesor de Marburg, Alfred MANIGK (1873-1942).

De acuerdo con MANIGK (*Willensbetätigung und Willensgeschehn*, F. Vahlen Imp., Berlín, 1901, pp. 634 y ss., en especial, p. 632; *Das rechtserkennende Verfahren*, W. De Gruyter & Co., Berlín, 1936, pág. 438), los actos jurídicos (*juristische Handlungen*) se clasifican en *reine äußere Handlungen* (“actos puramente exteriores”, como la especificación y el ruego de frutos), *mit besonderem innern Willensbetätigung Handlungen* (“actos ligados con particulares circunstancias interiores”), que se subdividen, a su vez, en los casos donde, además de la previsión legal de la figura, se requiere un factor intrínseco (la fijación de domicilio, por ejemplo), y los actos que se presentan únicamente como perfeccionamiento de elementos liberatorios sustanciales, como el consentimiento, la quitación o los daños (reconocimiento de paternidad ilegítima, por ejemplo), y *Mitteilungen* (“participaciones” o “comunicaciones”).

Examinaremos con detenimiento esta tripartición en las páginas sucesivas, y procederemos a describir las diversas categorías. Naturalmente, nuestro examen de los actos jurídicos solo será fragmentario, además de parcial, y limitado a las figuras más discutidas, especialmente respecto de la cuestión –que se resolverá, según cada caso, a tenor de las premisas establecidas– de si se trata o no de negocios.

No se analizarán, en cambio, otras distinciones de los actos (como por ejemplo, la relativa a la unicidad o pluralidad de los sujetos: que distingue entre actos subjetivos, colectivos, etc.). Estas categorías, y quizás otras, asumen un alcance más general, e inciden en toda la esfera de los actos lícitos; exceden por lo tanto, la materia que nos ocupa.

V. LOS ACTOS EXTERIORES PUROS. EJEMPLOS

Ya hemos tenido oportunidad de referirnos fugazmente a los actos exteriores puros o materiales. Se trata –lo repetimos– de actos humanos que son considerados por el ordenamiento en virtud de que realizan un determinado resultado de hecho, al cual se enlazan, por obra de la ley, efectos jurídicos. Como también se ha señalado –y era menester explicarlo mejor–, estos actos no deben confundirse, a pesar de las apariencias, con los meros hechos jurídicos.¹²⁷ La razón para distinguirlos es que en ambos supuestos se hace referencia a actos humanos; pero los segundos son aquellos casos bien definidos en los que solo el resultado material, y no la causa de los mismos, se hace evidente.

Es oportuno citar algún ejemplo, para aclarar mejor esta figura y eliminar toda duda al respecto.

Pensemos, por un momento, en la adjunción y en la mezcla (artículo 939 Código Civil).¹²⁸ El fenómeno de la unión material de cosas pertenecientes a propietarios distintos produce efectos jurídicos, sin importar cuál haya sido la causa del mismo.

de juicios o convicciones sobre algo (Vorfassungen), como los testimonios, demostraciones, etc.), o de cosas personales (Willensäußerungen, intenciones, ofertas, etc.).

Alguno de los *Rechtshandlungen im engeren Sinne*, está dedicado al estudio *Los actos jurídicos en sentido estricto: sus orígenes históricos y dogmáticos*, destinado al volumen en memoria del profesor LIZARDO TABOADA URDÓVA, bajo la coordinación de Freddy ESCOBAR RUIZAS, Eric PALACIOS MARTÍNEZ, Romano MORALES HERVIAS y Leysser L. LIDÓN, que en breve será publicado por la editorial "Onjey" de Lima.

¹²⁷ En el original dice "*im materiellen juristischen*", y así se hace impropia una calificación, porque según el derecho tradicional (afortunadamente menos elaborado), la distinción entre hechos jurídicos y actos jurídicos se funda únicamente en la intervención humana que caracteriza a los segundos: hechos jurídicos son, por ejemplo, los fenómenos naturales, cuando producen consecuencias jurídicas (y la acción es el caso típico al respecto). Este esquema simplificado es común en los textos franceses (cfr., por todos, R. VERDOT y P. HÉBRAUD, *voir "Acte"*, en *Dictionnaire Répertoire de droit civil*, vol. I, Dalloz, París, 1970, § 9, p. 2 de la separata).

Respecto SCOGNAMIGLIO, como Francesco SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9.ª ed. (1966), reimpronta, Nápoles, Jovene, 1986, pp. 106 y ss., opina que la acción humana también puede constituir un mero hecho jurídico, cuando el ordenamiento prescinde de toda consideración sobre la capacidad de obrar del sujeto, sobre el elemento psíquico, y sobre la voluntad y conciencia de la acción, o la lleva de atribuir efectos jurídicos. SANTORO-PASSARELLI emplea la expresión "hechos jurídicos en sentido estricto". En la doctrina española, este criterio clasificatorio es compartido, entre otros, por José PUIG BRUTAU: *Compendio de derecho civil*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1987, p. 321.

En el presente texto, la adjunción y la mezcla, así si atribuibles a causa humana, serán pues, mero hechos jurídicos ("humanos") o actos en sentido estricto materiales.

¹²⁸ Código Civil italiano de 1942: "Artículo 939. *Adjunción y mezcla.* - Cuando cosas de diferentes propietarios se han unido o mezclado de manera tal que forman un todo único, pero son separables sin un deterioro notable, cada uno conserva la propiedad de la cosa propia, y tiene derecho a obtener la separación. En caso contrario, la propiedad deviene común, en proporción del valor de las cosas correspondientes a cada uno de los propietarios.

De embargo, cuando una de las cosas puede ser considerada como principal, o es muy superior en valor a la otra, aunque sin de momento a esta, el propietario de la cosa principal adquiere la propiedad del todo. Este propietario tiene la obligación

Pero en la misma norma que regula estas figuras se prevén efectos particulares para una hipótesis distinta y bien precisa: aquella que se presenta cuando la unión se produce por acción del propietario de la cosa de menor valor. Aquí está fuera de dudas la presencia de un acto jurídico de la categoría que estamos analizando, porque la acción del ser humano sí es decisiva para dicho resultado y para los efectos ligados con este, a pesar de que se pueda prescindir totalmente de la consideración de su voluntariedad (MIRABELLI).

Así pues, se confirma el otro criterio que permite limitar la categoría examinada, y que la contraponen, como es sabido, a la categoría de los actos jurídicos voluntarios.

No es difícil encontrar algún ejemplo para precisar mejor este punto; bastará citar el caso – típico, desde este punto de vista – de la especificación (artículo 940 Código Civil).¹⁷⁷⁹ Aquí el acto del sujeto es decisivo, porque su comportamiento es lo único que hace posible que se realice la transformación de la cosa elaborada en una cosa diversa. Pero en una actividad de este género no entra a tallar, desde ningún punto de vista, la voluntad del sujeto: lo único que cuenta siempre es el resultado de la acción, aun cuando fuera atribuible a un demente, por ejemplo.

Recientemente, y respecto de esta precisa cuestión, se ha formulado la duda sobre lo legítimo de identificar como acto jurídico la figura analizada; se ha sostenido que parecería ser un contrasentido hablar de actos jurídicos cuando la voluntad humana no tiene la más mínima relevancia (MIRABELLI).

Esta es otra duda originada por el prejuicio de creer que todos los actos deben asimilarse al esquema del negocio de la concepción voluntarista, y que deben valer, por lo tanto, y aunque sea limitadamente, como actos de voluntad. Si se abandona esta premisa, y si la cuestión se plantea con mayor exactitud –es decir, como un problema de determinación de aquellas *fattispecie* que hacen referencia a la libertad del ser humano–, las cuentas sí cuadran. En efecto, el esquema del acto voluntario seguirá siendo certero solo para aquellos casos en que la *fattispecie* legal implica una referencia al elemento de la voluntad, es decir, en la mayor parte de las hipótesis. Pero podrán presentarse otros supuestos en los cuales el acto del ser humano solo tenga trascendencia como medio para la realización de aquel resultado cierto y relevante jurídicamente, y sea lo que fuere, como criterio de identificación del sujeto al que se deben atribuir determinados efectos. Llegados a este punto, las dificultades consistirán solo en resolver, según cada situación, el problema de la calificación del acto como voluntario o involuntario; pero se tratará, entonces, de meras dificultades de detalle, que podrán ser superadas, en todo caso, mediante un cuidadoso estudio de las diversas hipótesis, o incluso a través de un exhaustivo análisis de algún fenómeno más complejo (pensemos, por ejemplo, en los resultados obtenidos al contraponer, en la hipótesis del tesoro, el hallazgo, que es un acto material, a la aprehensión de las cosas, que es un acto voluntario; aquí la ley opta por el hallazgo al momento de atribuir las consecuencias características).¹⁷⁸⁰

de pagar al otro el valor de la cosa que se ha unido o mezclado con la suya; pero si la unión o mezcla ha tenido lugar sin su consentimiento, por obra del propietario de la cosa accesorio, él no está obligado a abonar sino el monto que era menor entre el aumento de valor aportado a la cosa principal y el valor de la cosa accesorio. En caso de culpa grave se debe, además, el resarcimiento de los daños (los curules son aludidos).*

¹⁷⁷⁹ Código Civil italiano de 1942: "Artículo 940. Especificación.- Si alguien ha utilizado una materia que no le pertenecía para formar una nueva cosa, pueda o no pueda la materia recobrar su primera forma, adquiere la propiedad pagando al propietario el precio de la materia, salvo que el valor de la materia sobrepase notablemente el de la mano de obra. En este último caso la cosa corresponde al propietario de la materia, el cual debe pagar el precio de la mano de obra".

Véase el primer párrafo del artículo 937 del Código Civil peruano, citado *in fine*.

¹⁷⁸⁰ La hipótesis está regulada en el artículo 932 del Código Civil italiano.

*932. *Terrum*.- Terrae et soli cum unctio de valore servanda et exacta, respectu de la cual nullus puede probar ser el propietario.

Es inútil ocuparnos de otros ejemplos (como los actos que generan intrusiones nocivas, los actos de ejercicio de derechos, etc.), que se prestan, por lo demás, a generar no pocas dudas y dificultades, y requerirían, por lo tanto, un análisis aparte. Para finalizar, nos limitaremos solo a brindar algunas breves referencias acerca del tratamiento legal de esta categoría.

Anotemos, pues, que aquí no hay posibilidad de dudas. La doctrina dominante considera también que en tales actos —porque se trata de meros actos exteriores— la voluntad no tiene ninguna relevancia, y que, entonces, no debe prestarse atención ni siquiera a la incapacidad (por todo lo cual, hay que concluir que son inaplicables a ellos las normas sobre los negocios).

Nosotros añadiremos que se arriba al mismo resultado, aún con más claridad, si se aplica el criterio general que hemos formulado para la entera categoría de los actos jurídicos. Habíamos señalado que estos consisten en *fattispecie* legales y que el problema se plantea al identificar, caso por caso, los elementos de dichas *fattispecie*. Ahora bien, en los supuestos descritos, la ley se apoya, exclusivamente, en cierto acto del ser humano, que es caracterizado por ella en su mera exterioridad. Aquí la voluntad no constituye, en absoluto, un elemento de la *fattispecie* legal, y ello explica, coherentemente, por qué su ausencia no tiene ninguna consecuencia en orden a la eficacia jurídica del acto.

VI. LOS ACTOS QUE MANIFIESTAN UN ELEMENTO INTERIOR. EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. LOS ACTOS DE AUTOTUTELA. EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL DERECHO. LA APROPIACIÓN ³³¹ Y EL ABANDONO DE COSAS ³³²

Hay que detenerse más ampliamente en la categoría de los actos (jurídicos) que manifiestan un elemento interior. A diferencia de los actos exteriores, y como se sabe, en estos actos la ley sí tiene en cuenta, en alguna medida, la voluntad del sujeto. Esta circunstancia hace que surjan no pocas dudas y dificultades al momento de distinguir tales actos de los negocios.

Ya hemos anotado que la doctrina dominante sale de apuros reconociendo, básicamente, que dichos actos son similares a los negocios y que están sujetos, en parte, a la misma regulación. Ello no quita, por cierto, que en algún caso estemos frente a negocios propiamente dichos.

A nosotros nos parece que es posible confirmar la solución antes propuesta, la cual ubica en el mismo plano todos los actos jurídicos. Por lo tanto, aquí también estamos ante meras *fattispecie* legales, pero que esta vez comprenden, además del elemento del acto exterior, el factor de la voluntariedad.

El tesoro pertenece al propietario del predio en el que tiene lugar su hallazgo. Si el tesoro es encontrado en un predio ajeno, y siempre que haya sido descubierta por mera producción de la casualidad, corresponde por mitad al propietario del predio y al que lo descubrió. La misma disposición se aplica si el tesoro se descubrió en una cosa mueble ajena.

Para el hallazgo de los objetos de interés histórico, arqueológico, paleontológico o etnográfico, se observan las disposiciones de las leyes especiales.

³³¹ En el original dice "occupazione". En España se habla de la "ocupación" como un "modo natural y original de adquirir la propiedad de ciertos cosas que concen de hecho" (en ocupación consueña por la academia). Prefiere el término empleado en nuestro Código Civil: "apropiación": "Artículo 929.- Las cosas que se pertenecen a nadie, como las piedras, conchales u otras análogas que se hallen en el mar o en las ríos o en sus playas y orillas, se adquieren por las personas que las aprehenden, salvo las previsiones de las leyes y reglamentos". Pero véase, así mismo, las normas siguientes.

³³² En el original dice "derelictio". Aunque en las traducciones de otras filigranas (donde suele como sinónimo de "desamparo existencial"), en algún manual jurídico, se la propuso "derelictio" como castellanización de la voz latina *derelictio* (en) *de derelinquere*, abandonare un bien con la implícita renuncia a la propiedad sobre el mismo). Aquí he preferido hablar simplemente de "abandono de cosas". La Academia recoge en "derelinquere" "Cubano" (en) "desamparar" y "derelictio", pero como voces desusadas.

Con todo, y aunque así no cambie nada, se debe reconocer que en esta esfera, a causa, justamente, de la mayor complejidad de la *fattispecie*, se puede volver más dificultosa la distinción que hemos propuesto entre actos y negocios. Por tal razón, luego de haber señalado los únicos aspectos unitarios de la categoría, es necesario proceder caso por caso, y concentrar la indagación en aquellas figuras usualmente comprendidas en esta categoría, o para las cuales se plantea, con mayor frecuencia, y se resuelve en modo discordante, el problema de su pertenencia a esta categoría.

Este es otro de los puntos donde una investigación cabal requeriría un examen de todas las figuras posibles. Mas dada la brevedad de nuestro estudio, nos limitaremos a tratar los casos que revisten mayor interés.

Para mayor precisión, y ateniéndonos a dicho criterio, analizaremos de modo resumido, y en este orden: el cumplimiento de las obligaciones (actos debidos), algunos actos lícitos dañosos (en especial, los actos necesarios), y finalmente los actos de apropiación y abandono de cosas, que suscitan una particular controversia. Para cada una de estas figuras se tratará de establecer, sobre todo, si pertenecen al campo de los actos jurídicos voluntarios (y si fuere el caso, al de los actos exteriores puros) o al de los negocios. En esta última hipótesis, se aplicará en mayor o menor medida el régimen legal sobre los negocios; en la primera (es decir, si se identifica la presencia del acto voluntario), se deberá reconocer que la *fattispecie* legal del acto, y por lo tanto, los efectos de este, no se producen en ausencia absoluta de la voluntad y de la capacidad.

1) En cuanto a los actos debidos, interesa hacer referencia, especialmente, al cumplimiento de las obligaciones (pago). La polémica doctrinal es candente respecto de esta figura; se discute si se trata de negocio o contrato, de acto jurídico en sentido propio, o incluso de acto exterior o material. Los argumentos esgrimidos en apoyo de las distintas tesis son conocidos, y bastará resumirlos.

Según la tesis negocial, se afirma que el sujeto siempre "cumple" en virtud de una libre determinación de su parte, y que tal comportamiento está encaminado a realizar un efecto jurídico típico, a saber, la extinción de la relación obligatoria.

A ello se contesta que el cumplimiento constituye un "acto debido", y que escapa, por lo tanto, del campo de la autonomía; pero que como acto del ser humano produce, de todas formas, efectos jurídicos, y se trataría, entonces, de un acto jurídico en sentido propio. Según este criterio, y recientemente, se ha sostenido que el pago debe ser considerado, sin más, como un acto exterior puro, porque parece pacífico, según el derecho positivo, que se trata de una hipótesis en la cual la voluntad del sujeto no tiene reconocida ninguna relevancia (todo ello, sobre la base del artículo 1191 Código Civil).¹⁷¹³

Nosotros creemos que debe descartarse, principalmente, la naturaleza negocial del cumplimiento (y tampoco nos parece convincente la teoría intermedia que se ha formulado hace poco, según la cual el cumplimiento, o mejor dicho, el pago, podría ser a veces un acto y otras un negocio, de acuerdo con la estructura que asuma en la situación concreta).¹⁷¹⁴ Para refutarla, son suficientes los contundentes argumentos que se pueden deducir del derecho positivo.

¹⁷¹³Código Civil italiano de 1942: "Artículo 1191. Pago realizado por un incapaz. - El deudor que ha realizado la prestación debida no puede imputar el pago por causa de su propia incapacidad".

¹⁷¹⁴Este texto toma en Michele GIORGIANNI (1915-2002), o su más destacado exponente. De la obra del ilustre civilista siciliano en esta materia, son de interés sus *Lezioni di diritto civile sobre el cumplimiento de las obligaciones*, dictadas en la Universidad de Bulzosa y recopiladas por C. Massimo BIANCA, 1955-1956, *sc.*, Véase, pp. 78-79; el tratamiento de jurisprudencia *Natura del pagamento e vizi di volontà del solvente*, de 1902, ahora en *Scritti miscel.*, ESI, Nápoles, 1988, pp. 525 y *ss.*, y, naturalmente, la *vo* "Pagamento", en *Nuovo Digesto italiano*, vol. XII, Utet, Turín, 1961, p. 320.

En realidad, quien sucumbiera ante la persuasión de la lógica que favorece la teoría negocial, incurriría además, en la insuperable dificultad de tener que conciliar dicha solución con una norma como la que se acaba de citar, donde se descarta de plano la relevancia de la incapacidad de obrar en esta hipótesis.

A nuestro juicio, la teoría criticada no es válida ni siquiera en el plano conceptual: el cumplimiento no es un negocio, pero no solo porque se trata de un comportamiento debido (la experiencia nos suministra, asimismo, los ejemplos de la obligación de contratar, del contrato debido, etc.),⁵⁷⁷ sino porque aquí faltan el contenido mismo del negocio (la autorregulación de intereses privados) y la función del negocio, que está vinculada con aquel. Lo que tenemos que afirmar es que aquí el efecto jurídico ya se ha realizado al crearse la relación obligatoria, y que es solo la naturaleza de dicha relación la que posula una cooperación del sujeto pasivo, la cual se realiza, justamente, en la actuación del deber que él ha asumido.

Como punto final, la libertad de la que se habla en favor de esta tesis (la libertad de cumplir o no cumplir) corresponde solo a la abstracta libertad de toda acción humana, y nada tiene que ver con la autonomía negocial, entendida como aptitud de los individuos para regular por sí mismos sus propios intereses.

Así pues, rechazada la teoría negocial, la cuestión se limita a un punto de interés indudablemente menor: si el cumplimiento constituye un acto jurídico voluntario o un acto exterior puro.

A primera vista, deberíamos preferir, sin más, la primera solución. Parece ser innegable, en efecto, que el cumplimiento, por su sola naturaleza, debe constituir un acto voluntario. Pero el motivo de duda, así como un sólido argumento en sentido contrario, derivan de la actitud misma del legislador italiano, que, como ya se ha visto, descarta toda relevancia de la capacidad en esta especie, y que por ello daría la impresión de excluir también la relevancia de la voluntad.

La concepción que debería seguirse, entonces, es la del acto exterior puro, solo que nosotros creemos que esta también atenta contra un argumento de derecho: la constatación de que aquí no estamos frente a un acto con resultado material, sino a un acto con efecto jurídico inmediato y típico.

De todas maneras, pensamos que es posible superar el enredo terminológico de la doctrina —que tiene cierto interés práctico, además— conforme a las consideraciones que siguen.

Es indudable que el cumplimiento, por su naturaleza y efecto, debe ser incluido entre los actos voluntarios en sentido propio; es más, esta es la razón precisa que explica por qué la cuestión de la relevancia de la incapacidad se ha planteado en este punto preciso del Código Civil italiano, y por qué ha sido resuelta explícitamente en sentido negativo. La disposición citada, evidentemente excepcional, se explica solo por razones de orden práctico, que nada tienen que ver con la naturaleza del acto. Para ser más exactos, al legislador no le ha parecido conveniente comprometer el cumplimiento solo en aras de una coherente consideración de la voluntariedad del acto cuando este ya se ha realizado. Es cierto que, llegados a este punto, la consistencia de tal voluntariedad, y por lo tanto, el interés práctico de la solución, se reducen al mínimo; pero un margen de ella subsiste siempre, y está representado —a nuestro juicio— por la consideración, cuando menos, de la libertad del querer, en defecto de la cual nos rehusaremos, justificadamente, a atribuir al cumplimiento el más mínimo efecto jurídico.

⁵⁷⁷ Talos serían los casos, respectivamente, del contrato celebrado en cumplimiento de un contrato preliminar, y de la obligación de contratar en régimen impuesto a las empresas de servicios públicos, por ejemplo.

En fin, si el cumplimiento constituyera un acto exterior, y si se pudiera tomar como punto de apoyo su resultado material, ni siquiera se plantearía un problema como el analizado, porque el resultado material, como ya se ha anotado, se realizaría en todos los casos, sin que tenga importancia el hecho de que la acción creadora del ser humano haya sido libre o no.

2) Un vasto campo de observación para el estudio de los actos jurídicos está conformado por la categoría, bastante discutida, de los actos lícitos dañosos. La esencia de este fenómeno es bien conocida: se trata de la actividad de un sujeto que, eventualmente, resulta dañosa para otro, pero que es autorizada –digámoslo así– por el ordenamiento jurídico, sin perjuicio del pago de una indemnización equitativa.

Dejemos a un lado el examen de figuras que son demasiado complejas y dudosas, pero que también se pueden proponer en esta materia, como los esponsales (artículos 79 a 81 Código Civil) y la revocación de la oferta contractual (artículo 1328 Código Civil); limitémonos, más bien, a las hipótesis típicas –según la opinión predominante, por lo menos– de tal categoría: los actos de invasión material de la esfera ajena que se autorizan excepcionalmente (el ejemplo típico se refiere al enjambre de abejas, ex artículo 924 Código Civil), y los llamados “actos necesarios”, como los que se cumplen en estado de necesidad, que están previstos en el artículo 2045 Código Civil.¹⁷¹⁶

Sería inoportuno, desde luego, cuestionar la legitimidad del encuadramiento –hoy predominante– de dichos actos entre los actos lícitos, porque ello conllevaría poner en juego el significado y alcance de la contraposición misma entre actos lícitos e ilícitos, y más aún, porque es posible prescindir de dicha cuestión para resolver los problemas que nos interesan en esta materia, que se refieren a un distinto aspecto de la figura. Lo que interesa, sobre todo, es establecer si los actos materiales lícitos antes referidos deben encuadrarse entre los actos exteriores puros –tal cual se ha afirmado recientemente (MIRABELLI)– o entre los actos voluntarios.

A nuestro juicio, la primera solución es errónea porque ignora lo sustancial del fenómeno, es decir, que en este supuesto se asiste a la resolución de un conflicto de intereses con arreglo a la iniciativa dañosa tomada por un particular, que la ley autoriza, excepcionalmente, y sin perjuicio de la indemnización. Ello significa que estos casos –a diferencia de los actos exteriores, en los cuales la acción humana solo tiene relevancia por su resultado material– si cuenta, y de manera esencial, el acto del ser humano, que ha decidido voluntariamente una solución, y no otra, en el conflicto de intereses opuestos: ha decidido evitar el daño (transfiriéndolo a otro sujeto), en vez de sufrirlo. Esta decisión, por otro lado –y aquí se hace clara la naturaleza del fenómeno–, es la

¹⁷¹⁶ Aquí me limito a señalar que el régimen legal italiano sobre los esponsales es prístinamente el modelo seguido por el peruano (véanse los artículos 239 y 240 de nuestro Código Civil).

En cambio, la norma sobre la revocación de la oferta (artículo 1328 del Código Civil italiano) no ha sido textualmente incorporada a nuestro Código Civil, aunque el problema de su naturaleza negocial si ha sido objeto de estudio, y resuelta en sentido positivo, por parte de Hugo FORNO FLOREZ, *Los efectos de la oferta contractual*, en *Justicia Veritas*, año VIII, núm. 15, Lima, 1990, p. 191, en discrepancia con el mismo Renato SCOGNAMIGLIO, *Del contrato en general*, en *Comentarios del código civil*, al cuidado de Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA, Zanichelli Editores y Società Editrice del Foro Italiano, Bologna y Roma, 1970, p. 124.

Los otros artículos citados señalan:

⁹²⁴ *Enjambres de abejas.* – El propietario de enjambres de abejas tiene el derecho de perseguirlos en propiedad ajena, pero debe indemnizar por el daño ocasionado a este: si no los ha perseguido dentro de dos días o si los dejó de hacerlos luego de dos días de haber comenzado, el propietario del predio puede tomarlos y retenerlos.

²⁰⁴⁵ *Estado de necesidad.* Cuando aquel que ha cometido el hecho dañoso ha actuado conmovido por la necesidad de salvar a sí mismo o a otro del peligro actual de un daño grave a la persona, y el peligro no ha sido voluntariamente causado por él, ni ha sido evitable de otra manera, se debe una indemnización al damnificado, cuya medida se remite a la apreciación equitativa del juez.

que somete al agente a consecuencias de derecho, y por ende, al deber de pagar la indemnización. Una consecuencia semejante no podría justificarse, por ejemplo, en caso de ausencia total de capacidad o de voluntad.

La solución se perfila aún más certera para los otros actos lícitos dañosos que hemos citado: los llamados "actos necesarios" (el estado de necesidad y la legítima defensa). Conceptualmente, tanto el acto necesario en sentido propio –con el cual se evita un daño que se habría producido a causa del estado de necesidad, pero causando otro daño– cuanto el acto de legítima defensa –con el cual se rechaza una agresión ajena injusta– son, por decirlo así, actos "voluntarios". En efecto, en estas hipótesis se toma en consideración la singular y precisa influencia que determinados hechos –estado de necesidad, exigencia de defensa– ejercen sobre la voluntad del ser humano, y que la motivan en cierto sentido, y no en otro. Por ello, ni siquiera sería concebible como acto de autotutela (como sí lo son los actos que estamos considerando, por ejemplo) aquel acto que fuere efectuado por un sujeto totalmente privado, en el momento preciso, de capacidad y de voluntad.

Estos actos voluntarios –para completar nuestra explicación– también producen consecuencias de derecho, y por ende, deben ser catalogados entre los actos jurídicos.

Esta solución, que es incuestionable con respecto al acto necesario propiamente dicho –que siempre somete al agente al pago de una indemnización equitativa– parece un poco dudosa, empero, para la hipótesis de la legítima defensa, que hace no responsable al agente, a menos que se quiera identificar el efecto jurídico del acto en esta consecuencia meramente negativa (artículo 2044 Código Civil).¹¹⁷

3) Otra categoría muy discutida y discutible está representada por los llamados "actos de tolerancia", que son aquellos comportamientos con los cuales un sujeto autoriza, de manera más o menos explícita, la invasión de su propia esfera jurídica por parte de otro. Aquí la duda surge, una vez más, y especialmente, en la definición de si se trata o no de negocios; hay que establecer, en suma, si tales actos deben entenderse como expresiones de la autonomía privada –en atención a que el sujeto dispone, actuando así, de sus propios intereses–, o bien de un comportamiento totalmente pasivo del sujeto, que el ordenamiento considera, entonces, como un acto jurídico en sentido propio (sin duda voluntario), y al cual atribuye el efecto de la eliminación de toda pretensión resarcitoria.

La perplejidad, como señalábamos, campea en la doctrina, aunque prevalece la opinión que contraponen el consentimiento del titular de derecho –determinación de una línea de conducta realmente compromisoria, que constituye, por ende, un negocio propiamente dicho– a los meros actos de tolerancia, que son comportamientos de pura omisión, en el sentido ya señalado. Esta última solución puede ser aceptada sin mayores dificultades; lo mismo no podría decirse, en cambio, para la teoría negocial del consentimiento del lesionado, que no nos parece convincente desde ningún punto de vista.

La solución criticada se apoya básicamente, en la idea de que el consentimiento del lesionado produciría un efecto jurídico –la eliminación de la antijuridicidad del acto dañoso– plenamente conforme al propósito del mismo lesionado. Pero es fácil objetar –y así se ha sostenido recientemente– que se trata, en realidad, de un acto jurídico, porque el consentimiento –que aquí, por lo demás, y las más de las veces, se realiza como un comportamiento material– se encamina hacia la acción ajena, y se orienta esencialmente, por lo tanto, hacia efectos que se producen en la esfera del hecho.

¹¹⁷Código Civil italiano 2044. *Legítima defensa*. No es responsable aquel que ocasiona el daño en legítima defensa de sí mismo o de otro.

Para mejorar la explicación, anotaremos que el consentimiento del lesionado –un comportamiento indudablemente libre– jamás llega a insertarse en la esfera de los actos de autonomía negocial, porque se trata de un caso donde el particular solo pretende realizar una modificación de hecho en el ámbito de sus propios bienes.

En conclusión, aquí no puede decirse que un particular que se limita a permitir a otro sujeto que le cause daño esté “ordenando” sus intereses. Dicho comportamiento puede ascender, a lo sumo, al nivel de un acto jurídico –ciertamente voluntario– en atención a que el ordenamiento le atribuye un efecto jurídico, que, en el caso concreto, es aquel efecto puramente negativo de la irrelevancia del daño inferido. De todo ello se deduce –y esta parece ser la solución más satisfactoria– que en el supuesto analizado si es aplicable la normativa sobre los negocios, pero únicamente cuando la cuestión consiste en establecer si existe o no el consentimiento (y por lo tanto, la capacidad y la voluntad del sujeto lesionado).

4) Quedan por analizar los actos de apropiación y abandono de cosas. Las figuras son bien conocidas: mediante la apropiación, y el comportamiento que ella conlleva, es posible hacer propias las cosas que no pertenecen a nadie o que se han perdido; mediante el abandono, en cambio, es posible liberarse de la propiedad de una cosa.

Aquí la discusión concierne, de igual manera, a la naturaleza de ambos actos –si se trata o no de negocios–, pero se hace mucho más complicada por la configuración de un tipo particular de negocio que la doctrina ha intentado elaborar, justamente, para explicar tales hipótesis, y algún caso afín. Nos estamos refiriendo al llamado “negocio de voluntad” o “de actuación” (y remitimos a lo expuesto, líneas atrás, sobre el mismo).

A nosotros nos parece indudable que solo la figura del negocio –de ser bien entendida– es idónea para explicar las dos hipótesis citadas (que, por lo tanto, deben ser extraídas sin miramientos de la esfera de los actos en sentido propio).

Lo fundado de esta solución –que cuenta con un buen número de defensores– se hace evidente incluso a la luz de la concepción voluntarista del negocio, que en estos casos identifica el llamado “propósito negocial” en la voluntad –que parece ser esencial– de hacer propia la cosa o de abandonarla, respectivamente.

Da la impresión, empero, de que la solución fuera aún más clara sobre la base de la ya explicada concepción objetiva del negocio. A la luz de ella, no creemos que se pueda poner en duda que constituye un negocio jurídico –es decir, un acto de autorregulación de intereses privados– aquel acto con el cual un sujeto dispone de la propiedad de la cosa, para conseguirla o para renunciar a ella. Estas conclusiones no pueden alterarse por la presencia de un acto material en estos casos, es decir, de la acción con la cual –una vez materialmente realizada– se consigue o se pierde la tenencia de hecho de la cosa (un fenómeno que para cierto efecto jurídico también podría configurarse como un acto jurídico). En la apropiación y en el abandono de cosas existe, en efecto, algo más y algo distinto: la voluntad o la disposición del sujeto (según el punto de vista que se adopte) de hacer propia o abandonar la cosa, las cuales encuentran su forma exterior en el acto material, y que son decisivas solamente para la realización del efecto jurídico que se ha descrito.

Ahora corresponde exponer las principales objeciones formuladas en contra de la tesis negocial.

Se ha replicado, entre otras cosas, que en estos negocios no serían aplicables, por insuperables dificultades objetivas, algunas normas que son típicas del régimen negocial. Esta comprobación ha movido a algún autor a la reiterada, y peculiar, consideración de los actos examinados como “negocios de voluntad”, los cuales conformarían una particular categoría de

negocios, con una regulación independiente, y más bien afín al tratamiento legal que reciben los actos jurídicos. Esta regulación ha sido arbitrariamente elaborada por la doctrina, a través de puras deducciones lógicas y sin ningún nexo con la realidad normativa.

Rechazada esta última tesis, por las razones expuestas, nos parece que es posible responder a la objeción formulada por otro camino. Ante todo, es necesario efectuar una observación fundamental: la presencia del negocio en estas hipótesis no implica, ciertamente, la aplicabilidad de todas las normas que el Código Civil dicta respecto de los contratos. Más aun, el artículo 1324 Código Civil⁹⁷⁹ confirma, oportunamente, que tales normas deben aplicarse a los negocios unilaterales *inter vivos* con contenido patrimonial, solo en tanto y en cuanto sean compatibles con ellas, y según el caso concreto. Nosotros creemos, por lo tanto, que no existe ninguna dificultad para admitir que algunas de aquellas normas son incompatibles con los actos que estamos examinando. No cabe dudar, por ejemplo, que en ausencia de una declaración –como ocurre en estas hipótesis– no se aplicarán aquellas normas que hacen referencia precisa a la divergencia entre voluntad y declaración. Pero respecto de otras normas, será necesario aceptar que dicha inaplicabilidad existe, no obstante la equivocación en que incurre a veces la doctrina, cuando eleva al nivel de valoraciones de orden normativo meras dificultades de carácter práctico. Así pues, no se puede llegar a negar un efecto negocial como el carácter vinculante por el solo hecho de que el que se apropia de la cosa bien puede abandonarla –pero recurriendo, en tal caso, a un negocio distinto y opuesto–. Y no es posible, con mayor razón, descartar la posibilidad de la anulabilidad –a causa de vicios del consentimiento, por ejemplo–, por el solo hecho de que en la práctica el que se apropia de una cosa considere mucho más simple abandonarla.

VII. LOS ACTOS DE PARTICIPACIÓN

Para terminar, bastará brindar breves referencias sobre la categoría de los actos jurídicos representada por las llamadas “participaciones”, a la que también hemos hecho mención. Como es sabido, se trata de actos con los cuales un sujeto participa a otro, es decir, comunica a otro, una representación propia de la realidad, o le revela un querer o sentimiento propios. Son, además, actos que pueden cumplirse en observancia de un deber –o sea, porque la ley lo impone– o para la satisfacción de una carga –es decir, cuando sean necesarios para la realización de determinados efectos jurídicos–, o de manera libre, inclusive. Por este último aspecto, sobre todo, y sin perjuicio de otras razones adicionales, esta categoría también ha sido sometida por la doctrina reciente a un cuidadoso y detallado análisis (MIRABELLI). A nosotros nos parece, sin embargo –y al menos para efectos de una exposición sintética– que puede resultar conveniente describirla como categoría unitaria, y lo que es más importante, a fin de cuentas, como expresión típica de la figura del acto jurídico voluntario.

En primer lugar, y a diferencia de los demás actos, aquí existe un rasgo unitario, constituido por el contenido enunciativo del acto, el cual se corresponde, además, con la forma exterior de la declaración. En segundo lugar, este rasgo característico es, justamente, el que parece determinar la ya destacada naturaleza de los actos que nos ocupan, que de esta manera se nos presentan nítidamente distintos, en todos los casos, de los actos exteriores puros, y de los negocios.

Por un lado, y en efecto, el acto de participación solo puede ser voluntario, porque aquí la acción del ser humano cobra relevancia como instrumento típico para la realización de un fin: la comunicación. Por ello, no podemos suscribir la reciente opinión que degrada las participaciones al nivel de meros actos exteriores cuando se trate de participaciones debidas (los argumentos en sentido contrario son los mismos que hemos hecho valer contra la opinión que concibe así el

⁹⁷⁹ Código Civil italiano: “Artículo 1324. Normas aplicables a los actos unilaterales. – Salvo disposición distinta de la ley, las normas que regulan los contratos se observan, en cuanto fueren compatibles, en los actos unilaterales *inter vivos* que tengan contenido patrimonial”.

cumplimiento de las obligaciones). Por otro lado, no está de más reafirmar la ya destacada contraposición entre los negocios, que son actos de autonomía privada, y que en cuanto tales, son esencialmente compromisorios, y actos como las participaciones, que son meramente enunciativos, aun cuando la comunicación refleje una actitud volitiva (porque hay que entender que ella jamás es manifestación de lo querido por sus agentes). Los actos examinados –repetámoslo– responden solo a una exigencia de participación, y por lo tanto, no realizan jamás los efectos dispuestos o queridos por las partes, sino que son válidos para satisfacer –y también desde este punto de vista salen a la luz como típicos actos jurídicos en sentido propio– tal exigencia, que a menudo es una necesidad fundamental de la vida en sociedad, todas las veces que la ley así lo establece, y solo con los efectos que esta dispone.

Para ilustrar mejor estas apreciaciones podemos brindar algunos ejemplos, pero limitándonos, por las razones antes expuestas, a escoger algunas de las hipótesis que revisten mayor interés práctico, y sin ninguna pretensión de carácter sistemático. Citaremos, entonces, la notificación de la cesión de crédito (artículos 1264 y 1265 Código Civil), y de la cesión contractual (artículos 1407 y 1408 Código Civil); el aviso con el cual el aceptante considera eficaz una oferta tardíamente arribada (artículo 1326 Código Civil); la intimación dirigida al deudor para que cumpla (artículo 1219 Código Civil), o la negativa a cumplir del deudor (artículo 1219 Código Civil); la oposición al cumplimiento por tercero (artículo 1180 Código Civil); la oposición al pago (artículo 2906 Código Civil), etc.¹⁷⁷²

Como es evidente, en cuanto al régimen legal aplicable a estos actos también tienen validez las soluciones antes expuestas, al hacer referencia a los actos jurídicos voluntarios. Son totalmente inaplicables, en cambio, las normas que rigen para los negocios. El acto deberá existir con arreglo a la hipótesis contemplada en la ley, y deberá estar fundado, siempre, en una adecuada capacidad y voluntad; de otra manera, no podrá producir efectos.

¹⁷⁷²El párrafo pertinente del artículo 1326 del Código Civil italiano ha sido casi totalmente transcrito en el artículo 1336 del nuestro (solo que en el original, más abreviadamente, se señala que “el oferente puede considerarse eficaz la aceptación tardía, aun así de que él mismo inmediato aviso de ello a la otra parte”). Los artículos 1435 y 1437 del Código Civil peruano contemplan circunstancias equivalentes a las del italiano (arts. 1407 y 1408) en el ámbito de la cesión de participación contractual (como se la ha denominado en nuestro texto); los artículos 1215, 1217 y 1233, inciso 3, hacen otro tanto respecto de la cesión de créditos, a la intimación que prefigura la oferta y a la negativa de cumplimiento (artículos 1264, 1265 y 1219 del Código italiano, respectivamente).