

La "Mala Fe" en Argentina y Perú



PASCUAL EDUARDO ALFERILLO

Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba.
Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Mendoza.
Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
Profesor de la Universidad Nacional de San Juan.
Director del Instituto Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

SUMARIO:

- I. Palabras preliminares.
- II. Introducción a la mala fe.
- III. La mala fe en el Código Civil Argentino. Ley 340 (derogado).
- IV. La mala fe en el Código Civil y Comercial. Ley 26994.
 1. Conceptualización.
 2. El principio de inocencia.
 3. En la parte general.
 4. En el Derecho de Familia.
 5. En los derechos personales patrimoniales.
 6. En los derechos reales.
 7. En el Derecho de las sucesiones.
- V. La mala fe en el Código Civil del Perú.
- VI. El concepto de mala fe.
- VII. Clasificación.
- VIII. La mala fe como factor de atribución.
 1. Mala fe y dolo.
 - 1.1. Las distintas posiciones.
 - 1.2. Mala fe y dolo delictual.
 - 1.3. Mala fe y dolo obligatorio.
 - 1.4. Mala fe y dolo vicio de voluntad.
 2. Mala fe y culpa.
 - 2.1. La mala fe negligente en el Código Civil.
 - 2.2. La mala fe excusable.
- IX. Reflexiones finales.



I. PALABRAS PRELIMINARES

El año 2014 viene signado por acontecimientos trascendentes para el mundo jurídico del Perú y Argentina. Es el año de celebración de los treinta años de existencia del Código Civil del Perú y, a la par, el de la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26994) para la República Argentina que entrará en vigencia el 1 de enero de 2016.

Ello, inclina decididamente a seleccionar un tema en el cual se indague desde la óptica binacional el mismo. En ese sentido, cae sumar que quienes solicitan la colaboración son las simientes de los abogados que transitarán por este siglo veintiuno llevando la preocupación por la evolución de las instituciones jurídicas.

Todo ello, puso en compromiso buscar un tema que realmente sea progresivo, que tenga novedad, que nos enfrente a reexaminar nuestros dogmas para ver si podemos dar un paso adelante. Así, para cumplir promesa se seleccionó el estudio comparativo de la figura de la "Mala fe" como la contracara de la "Buena fe", para conocer con mayor detalle cómo fue tratada en el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield (Ley 340), en el actual Código Civil y Comercial (Ley 26994) y en el Código Civil del Perú.

Hasta este tiempo, escasos trabajos han tratado a la mala fe sistemáticamente, sino esporádicamente. Pero, a pesar de la insistencia, no se comprendió que esta figura debía ser tratada pormenorizadamente atendiendo el principio de legalidad e inocencia que impera en nuestras constituciones, dado que todo lo que siempre se declama es que se debe actuar de buena fe pero no existe preocupación jurídica por cono-

cer que es la mala fe en su esencia, si la misma tiene autonomía científica, y cuál es su punición.

Es por ello que repasaremos juntos una vez más el tema, pues un comentario al parafrasear anteriores reflexiones decía *"que investigar la noción de la mala fe no es ni más ni menos que escrutar el lado oscuro del alma humana desde la perspectiva del Derecho (...)"*¹. He allí la importancia del tema.

II. INTRODUCCIÓN A LA MALA FE

Los profesores de gran notoriedad del mundo jurídico académico con excelentes investigaciones han, prácticamente, agotado el examen del comportamiento debido de buena fe. Sin embargo, se observa que no ocurre de igual modo con la figura de la "Mala fe". De igual modo, se observará que el legislador regula la mala fe, citando a este comportamiento en distintos artículos y notas a lo largo de la codificación.

Apenas iniciado el estudio de la figura se advierten las complicaciones y ambigüedades propias del principio de la buena fe, bastamente conocidas, que se suman a las inherentes a la mala fe.

Avanzando en el desarrollo del tema, es ineludible recordar que para algunos autores la mala fe sería, *prima facie*, la antítesis de la buena fe; al punto que Rezzónico no las concibe como entidades extrañas entre sí pues, en la bipolaridad, la mutua exclusión de la buena-mala fe no hace más que certificar la relación. Este autor textualmente dice que *"ambos puntos pueden concebirse como las dos caras de una misma medalla: la parte de la buena fe nos mostrará un rostro lozano, sereno, invitando a compartir una misma y diáfana verdad; la cara de la mala fe exhibirá un aspecto indefinido, vago, doble,*

1. El presente trabajo reconoce como antecedente el trabajo publicado bajo el título *"Reflexiones sobre la vinculación de la 'mala fe' con los factores de atribución subjetivos"*. En: CORDOVA, Marcos. *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2004, p. 219; y, la Conferencia de Ingreso como Académico Correspondiente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba dictada en fecha 9 de setiembre de 2003 bajo el título *"Reflexiones sobre la mala fe"*. En: *Anales*. Año Académico 2003 (Córdoba, Argentina). Disponible en: <www.acader.unc.edu.ar>.
2. Cfr.: <www.diarioepoca.com/324737/La-fidelidad-como-obligacion-del-empleador/>.

por momentos cambiantes, como lo son las mil máscaras de la astucia y la deslealtad”³.

Con el pensamiento transcrito no se da un concepto propio de mala fe, sino que por descarte o exclusión se la pretende caracterizar. Pero ello encuentra el obstáculo de que la buena fe al ser concebida como una cláusula general o principio jurídico⁴ es un concepto indefinido, estándar jurídico abierto cuyo contenido es determinado en cada época y, en cada caso, por la hermenéutica de los jueces⁵. Ante ello, por analogía, la mala fe como parámetro de conducta, de igual modo, debería ser entendida como una noción abierta que la jurisdicción definirá en cada asunto sometido a su decisión lo cual evidentemente dificulta su tipificación para su sanción.

Así piensa la escribana Yorrio, quien partiendo de aseverar que el Código Civil no contiene una definición concreta de la buena fe sostiene que *“tampoco existe un criterio estricto para determinar la buena o mala fe, ni es conveniente echar mano al sistema de presunciones legales que –como tales– deben ser de interpretación restrictiva”*. Por lo cual *“en materia contractual serán*

*las circunstancias de cada caso, y las especiales características que lo rodean, las que brindarán las pautas para juzgar si se ha obrado dentro de los límites impuestos por la buena fe”*⁶.

En la misma dirección los modernos estudios de la buena fe se niegan a dar un concepto de ella en función de que esta pretensión *“se estrella con la aceptación de que la buena fe es una cláusula general, pues siendo tal, es lógico que el contenido deba concretarse en cada caso”*⁷.

Pero, ante la importante cantidad de citas sobre la mala fe reguladas en las normas incluidas en el Código Civil, es conveniente indagar, como punto de partida de estas meditaciones, si realmente existe indefinición en el contenido de las normas de los códigos a revisar. O, si por el contrario, se han preocupado por transmitir pautas concretas para conceptuar a la mala fe.

III. LA MALA FE EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. LEY 340 (DEROGADO).

El Código Civil –Ley 340– redactado por Vélez Sarsfield, no trata a la mala fe de un modo sistemático sino, por el contrario, estatuyó, en

3. REZZÓNICO, Juan Carlos. *“Efecto expansivo de la buena fe”*. En: Revista Jurídica Argentina La Ley 1991-C-518. Buenos Aires, 1991.
4. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *“La buena fe en la ejecución de los contratos”*. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario 18, *“Responsabilidad contractual – II”*, At. 211. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998. Esta autora considera que *“la buena fe sería un principio general de derecho que la ley formula por medio de una cláusula general”*. Y de que *“las cláusulas generales no son principios deductivos ni de argumentación dialéctica, sino que imparten al juez una medida, una directiva para la búsqueda de la norma de decisión; son una técnica de formación judicial de la regla que ha de aplicarse al caso concreto, sin un modelo de decisión preconstituido por un supuesto de hecho normativo abstracto (...)”*. MAYO, Jorge A. *“Sobre las denominadas cláusulas generales. A propósito de la buena fe, el daño y las buenas costumbres”*. En: Revista Jurídica Argentina La Ley 2001-E-1146. Buenos Aires, 2001. LÓPEZ, María Teresa. *“Los principios generales del Derecho”*. En: Revista Notarial 853.1902. La Plata: Colegio de Escribanos de Buenos Aires, 1980. PETTORUTI, Carlos Enrique. *“Alcance y ámbito de aplicación de los principios generales del Derecho”*. En: Revista Notarial 853.1935. La Plata: Colegio de Escribanos de Buenos Aires, 1980.
5. SPOTA, Alberto G. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I *“Parte General”*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1947, p. 1358.
6. YORRIO, Elvira Martha. *“El abuso del derecho”*. En: Revista Notarial 853.2224. La Plata: Colegio de Escribanos de Buenos Aires, 1980. REZZÓNICO, Juan Carlos. *Op. Cit.*, p. 520. Esta autora piensa que *“una definición de la buena fe, no podría proponerse sino con muchas salvedades y dudas. Sería de alguna manera contradictorio afirmar, por una parte, que se está ante una norma abierta siempre posible de colmar con nuevas realidades, y por otra definir el instituto, que se remodela constantemente (...)”*.
7. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *Op. Cit.*, p. 239. Esta autora cita a ALPA, Guido. *“Pretese del Creditore e normativa di correttezza”*. En: *Rivista del Diritto Commerciale* N° 7-8/9-10. Anno LXIX, 1971, p. 280.

forma dispersa, normas y dejó notas que fijan su significación. Por esa razón, es importante esquematizar el estudio de la dogmática para inferir cuál era el concepto de la mala fe en el pensamiento del codificador.

En este primer grupo de normas que analizaremos, el legislador conceptualiza a la mala fe haciendo referencia concreta al conocimiento que el sujeto utiliza antifuncionalmente.

a. En el régimen del matrimonio.

En el régimen del matrimonio, el artículo 224, cuyo texto fue reformulado por la Ley 23515, interpreta que la mala fe de los cónyuges consiste en el conocimiento que hubieren tenido o debido tener, al día de la celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancias que causare la nulidad.

b. En las obligaciones de dar cosa cierta.

En las obligaciones de dar cosa cierta con el fin de transferir o constituir derechos reales sobre una cosa mueble, el codificador, en el artículo 592, reguló que el acreedor, cuando su deudor hiciera transferencia de ella a otro, no tendrá derechos contra los poseedores de buena fe; precisando que *"la mala fe consiste en el conocimiento de la obligación del deudor"*.

c. En el contrato de cesión de derechos.

A su vez, en la esfera contractual, en el artículo 1480 estatuye que el cedente será de mala fe, cuando celebre el contrato *"sabiendo que la deuda era incobrable"*.

d. En el contrato de sociedad.

Siguiendo en el ámbito convencional se ha previsto que los contratantes (terceros) que

pueden alegar contra los socios la existencia de una sociedad ilícita, de acuerdo al artículo 1659, no podrán hacerlo cuando tuvieren conocimiento que la sociedad era ilícita, conforme el sentido del artículo 1660 del Código Civil.

e. En el contrato de mandato.

Otra visión de la mala fe la entrega el Código en el caso de existir doble contratación sobre un mismo objeto, una celebrada con el mandante y otra con el mandatario; precisando el artículo 1944 que éste será de mala fe, si hubiere contratado estando prevenido por el mandante. Es decir, cuando conocía que su mandante tenía la decisión de realizar el contrato por su cuenta⁸.

f. En la garantía de evicción en la compraventa.

En esta línea, el artículo 2123 reglamenta que el vendedor será de mala fe si conocía, al tiempo de la venta, el peligro de la evicción. Es decir, la mala fe en este caso está íntimamente ligada al conocimiento de una circunstancia relevante (vicio que adolecía la cosa vendida) que no fue comunicada al comprador.

g. En la garantía de evicción en el contrato de donación.

De igual modo, conforme al contenido del artículo 2146 inciso 2, la donación será hecha de mala fe, sabiendo el donante que la cosa era ajena.

h. En la transformación de cosas.

En el libro de los Derechos Reales, el artículo 2569 interpreta que la transformación será de mala fe si se hizo sabiendo o debiendo

8. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *La buena fe en la relación entre mandante y mandatario* (III.837). Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina (J.A.), 1990. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Mandatos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1996, pp. 283 y 368.

saber el transformador que la cosa era ajena.

i. En la posesión de la herencia.

También, el artículo 3428 regula que el poseedor de la herencia será de mala fe cuando conoce la existencia del pariente más próximo y sabe que no se ha presentado a recoger la sucesión porque ignoraba que le fuese deferida; aclarando que no deben ser incluidos en esta categoría, por tener conocimiento de que la sucesión está deferida a dichos parientes.

En este segundo grupo, de igual modo, se hacen referencias concretas, en las hipótesis de los artículos 1740 y 2009, que definen las conductas de mala fe pero de un modo distinto: sin hacer referencia directa al conocimiento del sujeto sino al propósito buscado.

Pero, en el caso de la adquisición de cosas hurtadas, el saber de la situación jurídica de la cosa esta nuevamente presente en forma directa en otra norma complementaria.

j. En la dación de cartas de recomendación.

En ese sentido, el artículo 2009 del Código Civil, cuando regula el contrato de fianza, interpreta que las cartas de recomendación serán de mala fe si fuesen dadas afirmando falsamente la solvencia del recomendado.

En este caso se puede verificar que el emisor de las cartas de recomendación conocía o debía conocer la insolvencia del sujeto favorecido, pero omite deliberadamente, con plena conciencia de su actuación, dar a conocer a la otra parte el estado falencial del recomendado, en cuyo caso el propio artículo establece que quién la suscriba será responsable del daño que sobreviniese a las personas a quienes se dirigen, por la insolvencia del recomendado. En esta hipótesis igualmente existe la mala fe conocimiento, pero se hace referencia a ella de un modo indirecto.

k. En la renuncia a la sociedad.

En el artículo 1740, se regula que la renuncia a la sociedad será de mala fe, cuando se hiciera con la intención de obtener exclusivamente algún provecho o ventaja que hubiese de pertenecer a la sociedad. En el artículo siguiente sanciona que la renuncia hecha de mala fe, es nula respecto de los socios. Lo que ganare el renunciante en el negocio que ha tenido en miras al renunciar, pertenece a la sociedad; pero, si perdiese en él, la pérdida es de su sola cuenta.

En este caso, no aparece con nitidez un conocimiento de determinada situación fáctica sino que se puntualiza fuertemente la intención de aventajar en el negocio a la sociedad a la cual pertenece. Pero indagando un poco más profundamente, la ley pretende proteger la palabra empeñada por el socio ante los otros para procurar obtener una utilidad común en función de los aportes realizados. Es decir, aspira a resguardar la buena fe lealtad con que se debe ejecutar el contrato, en este caso de sociedad.

Pero para intentar sacar ventajas de un negocio que pertenecía a la sociedad, es porque el socio tuvo conocimiento del mismo en función de su calidad de socio y mal utiliza esa información en un proyecto de lucro personal. Esta es la conducta que básicamente reprueba la ley y tilda de mala fe.

l. En la adquisición de cosas hurtadas o perdidas.

El artículo 2771 del Código prescribe que será considerado poseedor de mala fe el que compró la cosa hurtada o perdida a persona sospechosa que no acostumbraba a vender cosas semejantes, o que no tenía capacidad o medios para adquirirla.

Esta norma califica como de mala fe al comprador que no agotó las diligencias necesarias para evitar adquirir bienes robados o perdidos. En otras palabras, llega a un

estado de mala fe por negligencia cuando tenía el deber de conocer la verdadera situación jurídica de los bienes que pretende comprar.

La vinculación entre la mala fe y el conocimiento de la situación relevante queda nuevamente demostrada en el contenido artículo 2770 del Código Civil, el cual regula que los anuncios de hurtos o de pérdidas no bastan para hacer presumir de mala fe al poseedor de cosas hurtadas o perdidas que las adquirió después de tales anuncios, si no se probase que tenía conocimiento de ello cuando adquirió las cosas.

Finalmente, para completar el estudio del pensamiento de Vélez Sarsfield, observamos que la preocupación del codificador por regular las conductas de mala fe se extendió a las reflexiones dejadas en las notas de los artículos, que sin lugar a titubeo colaboran inestimablemente a descubrir el sentido de sus preceptos. En esta dirección, en las referencias expuestas en las notas a los artículos 509, 577, 707, 731, 967, 1329, 2354, 2412, 2565 a 2570, 2594, 3340, etc., no se expone un concepto de mala fe, sino que únicamente se señala la participación de la misma.

En cambio en las siguientes notas se da un concepto de mala fe.

a. Nota a los artículos 2433 y 3986: Notificación de la demanda.

El párrafo inicial de esta larga nota al artículo 2433 que regula las obligaciones de los poseedores, referencia el artículo 338 del Código de Austria expresando que el poseedor de buena fe que ha sido condenado por sentencia a restituir la cosa, debe ser considerado como poseedor de mala fe desde el día en que se le hizo saber la demanda de reivindicación.

Este criterio que es plasmado en el texto del artículo 2433 del Código Civil, resalta, nuevamente, la importancia que tiene el conocimiento de la situación por el sujeto, que en este caso se presume a partir de la

notificación de la demanda, que no es otra cosa que conocer fehacientemente su verdadera situación frente a la cosa.

De igual modo, en el artículo 3986 donde se regula la interrupción de la prescripción por demanda, se adopta el mismo criterio cuando se especifica que *"aunque la demanda sea nula, prueba la diligencia del que se la interpone, y constituye al poseedor de mala fe (...), basta un acto judicial contra el poseedor para constituirlo de mala fe en su posesión (...)"*.

b. Nota al artículo 2589: Construcción en terreno ajeno.

En la nota del artículo 2589, transcribe a Marcadé cuando examina el Código Francés, entendiéndolo que el constructor será de mala fe cuando sabía que las hacía en un terreno que no le pertenecía. El conocer o ignorar que el inmueble es de propiedad de otro es el elemento que determina la calificación de su actuar como de buena o mala fe.

c. Nota al artículo 2942: Extinción del usufructo por prescripción.

En la nota al artículo 2942, Vélez Sarsfield, cita nuevamente a Marcadé, en la parte que interesa a esta investigación, dice que *"si una tercera persona sin título y de mala fe, entra en posesión de un fundo que reconoce que no le pertenece, pero del cual pretende tener el usufructo (...)"*. Se pone de manifiesto que la mala fe está relacionada con la conciencia de que el bien es de propiedad de otra persona.

d. Nota al artículo 3426: Posesión de una herencia.

En esta nota, el codificador sigue a la Ley Romana en la que se dice que *"el que toma una sucesión a la cual sabe que no tiene ningún derecho, se encuentra por su solo hecho, sometido a la obligación de restituirla inmediatamente al legítimo heredero, y debe, por*

su mala fe, ser considerado como constituido en mora desde el primer momento de la ocupación de las cosas hereditarias (...)" Para esta posición el solo hecho de conocer que no se tiene ningún derecho pone al tenedor de la herencia en situación de mala fe, pero este criterio no es el adoptado en el artículo 3428 para los parientes del fallecido que toman la posesión de la herencia. En este caso, para ser de mala fe se requiere que se conozca la existencia del pariente más próximo pero sabe que no se presenta porque ignora que le ha sido deferida la sucesión.

En ambos casos, las exigencias son disímiles, pero tienen en común que la mala o buena fe está determinada por el conocimiento que se tiene de determinada situación, que es de interés para el derecho su protección.

e. Nota al artículo 4006: Duda en la posesión.

El artículo 4006 del Código Civil regula concretamente que la buena fe requerida para la prescripción es la creencia sin duda alguna del poseedor de ser exclusivo señor de la cosa, de donde interpreta siguiendo a Voet que no debe ser considerado en estado de buena fe, el que duda si su autor era o no

señor de la cosa, y tenía o no el derecho de enajenarla, porque la duda es un término medio entre la buena y mala fe. Esta reseña ratifica la importancia del conocimiento, pues duda quién tiene un conocimiento parcial o no acabado de la situación, razón por la cual será de su diligencia llegar al conocimiento fehaciente.

Como conclusión para este apartado, se observa que el codificador no fijó en las normas un concepto genérico para evaluar cuando se tipifican las conductas de mala fe pero en cada artículo en que trata el tema pone énfasis en describir cuál es el conocimiento que tenía o debía tener el sujeto de la circunstancia que se estima importante para el caso regulado.

IV. LA MALA FE EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. LEY 26994.

Sin lugar a hesitación, uno de los cambios profundos que trae el nuevo Código es el de establecer el principio de la buena fe, en el artículo 9, cuando dice que "los derechos deben ser ejercidos de buena fe". Este principio es reiterado en una serie de normas⁹.

La gran omisión fue no conceptualizar la mala fe en términos genéricos, primando el criterio de Kemelmajer de Carlucci¹⁰, quien prefirió que

9. Artículos: 10, Abuso del derecho; 144, Inoponibilidad de personalidad jurídica; 292, Presupuestos; 298, Contradocumento; 315, Documento firmado en blanco; 337, Efectos frente a terceros; 340, Efectos frente a terceros. Deber de indemnizar; 347, Condición pendiente; 365, Vicios; 388, Nulidad relativa. Consecuencias; 392, Efectos respecto de terceros en cosas registrables; 395, Efecto retroactivo; 398, Transmisibilidad; 399, Regla general; 407, Incompetencia de la autoridad que celebra el acto; 426, Nulidad matrimonial y terceros; 427, Buena fe en la celebración del matrimonio; 428, Efectos de la buena fe de ambos cónyuges; 429, Efectos de la buena fe de uno de los cónyuges; 430, Efectos de la mala fe de ambos cónyuges; 462, Cosas muebles no registrables; 480, Momento de la extinción; 390, Restitución; 760, Entrega de la cosa a quien no es propietario. Bienes no registrables; 1009, Bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares; 1816, Autonomía; 1918, Buena fe; 1919, Presunción de buena fe; 1920, Determinación de buena o mala fe; 1921, Posesión viciosa; 1935, Adquisición de frutos o productos según la buena o mala fe; 1936, Responsabilidad por destrucción según la buena o mala fe; 1937, Transmisión de obligaciones al sucesor; 1938, Indemnización y pago de mejoras; 1957, Transformación; 1958, Adquisición de cosas muebles; 1962, Construcción, siembra y plantación; 1963, Invasión de inmueble colindante; 2258, Prueba en la reivindicación de muebles no registrables; 2259, Derecho a reembolso; 2260, Alcance; 2261, Sentencia; 2313, Reglas aplicables; 2314, Derechos del heredero aparente; 2315, Actos del heredero aparente; y, 2443, Conclusión de la liquidación.
10. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *Op. Cit.*, p. 215. La profesora recuerda con citas de autores italianos, que esta norma fue considerada como uno de los símbolos de la solidaridad corporativa; razón por la cual algunos estimaban que a posteriori de la caída del régimen fascista, la misma –por el desprecio contra esa etapa–, se abrogó tácitamente.

evolucionara por los ríos de la doctrina judicial como ocurriera con la "correttezza" del artículo 1175 del Código Civil Italiano¹¹.

Sin perjuicio de ello, la ausencia de una conceptualización que la tipificara genéricamente, ha impedido colocar al nuevo Código en la vanguardia de la post-modernidad en esta materia, que es muy necesaria para dar respuesta en la sociedad del conocimiento, fundamentalmente, cuando cumple las funciones de factor de atribución.

1. Conceptualización.

El Código (Ley 26994), adoptó como método preferente definir cuándo el comportamiento es de buena fe; razón por la cual, impone al lector el trabajo de interpretar a contrario sensu cuándo el mismo es de mala fe, contradiciendo por cierto el principio de legalidad, dado que se debe tipificar aun en el campo civil cuál es la conducta que recibirá la sanción. En ese sentido, en la celebración del matrimonio, artículo 427, "la buena fe consiste en la ignorancia o error de hecho excusables y contemporáneos a la celebración del matrimonio sobre el impedimento o la circunstancia que causa la nulidad, o en haberlo contraído bajo la violencia del otro contrayente o de un tercero".

De igual modo, en el artículo 1918 se reglamenta que "el sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad".

Como se colige de estas definiciones, deberíamos decir que es de mala fe cuando conoce el impedimento o la circunstancia que causa la nulidad en el caso del matrimonio o cuando conoce que carece de derecho; y, en ambos casos no puede invocar una excusa absoluta que está en el error o ignorancia de lo que debía conocer y no conoció por negligencia.

En sentido contrario, verificamos, en el artículo 1556, que cuando trata el tema de la garantía por evicción, el donante solo responde "si la donación se ha hecho de mala fe, sabiendo el donante que la cosa donada no era suya e ignorándolo el donatario".

2. El principio de inocencia.

Sin lugar a hesitación, por aplicación del artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina, se presume la inocencia de sus habitantes hasta que haya una sentencia condenatoria. Ello es aplicado en el caso donde se presume que todos los sujetos de derecho actúan de buena fe.

Un claro ejemplo de la aplicación de este principio legislativo se fija en el artículo 1919 cuando se establece que:

"La relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario. La mala fe se presume en los siguientes casos: a) cuando el título es de nulidad manifiesta; b) cuando se adquiere de persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas; c) cuando recae sobre ganado marcado o señalado, si el diseño fue registrado por otra persona".

Es por ello que concordantemente, el artículo 1920 regla que "la buena o mala fe se determina al comienzo de la relación de poder, y permanece invariable mientras no se produce una nueva adquisición. No siendo posible determinar el tiempo en que comienza la mala fe, se debe estar al día de la citación al juicio".

De igual modo, como excepción expresamente regulada, el artículo 2257 señala que:

"Respecto de la prueba en la reivindicación de cosas muebles registrables, robadas o hurtadas, cuando la registración del demandado

11. "Artículo 1175.- Comportamento secondo correttezza. Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza" (Código Civil. 1337, 1358).

*es de mala fe, se deben observar las reglas siguientes: a) se presume la mala fe cuando no se verifica la coincidencia de los elementos identificatorios de la casa de acuerdo al régimen especial y tampoco se constata la documentación y estado registral; (...)*¹².

3. En la parte general.

En esta parte se destaca el contenido del artículo 45, donde se establece respecto de la persona incapaz o con capacidad restringida que *"los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito"*.

De igual manera, cuando se deja sin efecto un matrimonio celebrado antes de los 18 años, la emancipación que se obtiene es irrevocable con excepción de que haya mala fe por parte de uno de los cónyuges (artículo 27)¹³.

Dentro de la esfera de los actos realizados por persona incapaz o con capacidad restringida, el artículo 46 regula que:

"Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe".

12. "Artículo 27.- Emancipación. La celebración del matrimonio antes de los dieciocho (18) años con autorización judicial emancipa a la persona menor de edad.

La persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio con las limitaciones previstas en este Código.

La emancipación es irrevocable. La nulidad del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, excepto respecto del cónyuge de mala fe para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada.

Si algo es debido a la persona menor de edad con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad".

4. En el Derecho de Familia.

En el régimen matrimonial ya se transcribió el artículo 427 que definía cuándo había buena fe por parte del cónyuge. De esta parte interesa resaltar las consecuencias de la nulidad del acto de matrimonio cuando se celebra de mala fe. En ese sentido, el artículo 426, expresamente fija como regla que *"la nulidad del matrimonio y la buena o mala fe de los cónyuges no perjudica los derechos adquiridos por terceros que de buena fe hayan contratado con los cónyuges"*.

Ahora bien, conforme el artículo 428:

"Si el matrimonio anulado ha sido contraído de buena fe por ambos cónyuges produce todos los efectos del matrimonio válido hasta el día en que se declare su nulidad. La sentencia firme disuelve el régimen matrimonial convencional o legal supletorio. Si la nulidad produce un desequilibrio económico de uno ellos en relación con la posición del otro, se aplican los artículos 441 y 442; el plazo se computa a partir de la sentencia que declara la nulidad".

En cambio, dice el artículo 429, *"si uno solo de los cónyuges es de buena fe, el matrimonio produce todos los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto al cónyuge de buena fe y hasta el día de la sentencia que declare la nulidad (...)"*.

La nulidad otorga al cónyuge de buena fe derecho a:

"a) Solicitar compensaciones económicas, en la extensión mencionada en los artículos 441 y 442; el plazo se computa a partir de la sentencia que declara la nulidad; b) revocar

las donaciones realizadas al cónyuge de mala fe; c) demandar por indemnización de daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y a los terceros que hayan provocado el error, incurrido en dolo, o ejercido la violencia. Si los cónyuges hubieran estado sometidos al régimen de comunidad, el de buena fe puede optar: i) por considerar que el matrimonio ha estado regido por el régimen de separación de bienes; ii) por liquidar los bienes mediante la aplicación de las normas del régimen de comunidad; iii) por exigir la demostración de los aportes de cada cónyuge a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos como si se tratase de una sociedad no constituida regularmente”.

Pero, conforme al artículo 430, cuando “el matrimonio anulado contraído de mala fe por ambos cónyuges no produce efecto alguno. Las convenciones matrimoniales quedan sin efecto, sin perjuicio de los derechos de terceros. Los bienes adquiridos hasta la nulidad se distribuyen, si se acreditan los aportes, como si fuese una sociedad no constituida regularmente”¹³.

5. En los derechos personales patrimoniales.

En el marco de los derechos personales de carácter patrimonial, antes denominado Derecho de las Obligaciones, se regula a la mala fe en la figura de la simulación (artículo 333 y siguientes), cuando en el 337 se reglan los efectos frente a terceros y se fija que:

“La simulación no puede oponerse a los acreedores del adquirente simulado que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto. La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado sólo procede si adquirió por título gratuito, o si es cómplice en la simulación. El subadquirente de mala fe y quien contrató de mala fe con el deudor responden solidariamente por los daños causados al acreedor que ejerció la acción, si los derechos se transmitieron a un adquirente de buena fe y a título oneroso, o de otro modo se perdieron para el acreedor. El que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, responde en la medida de su enriquecimiento”.

En el mismo sentido, el artículo 340 establece que:

“El fraude no puede oponerse a los acreedores del adquirente que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto. La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado sólo procede si adquirió por título gratuito, o si es cómplice en el fraude; la complicidad se presume si, al momento de contratar, conocía el estado de insolvencia. El subadquirente de mala fe y quien contrató de mala fe con el deudor responden solidariamente por los daños causados al acreedor que ejerció la acción, si los derechos se transmitieron a un adquirente de buena fe y a título oneroso, o de otro modo se perdieron

13. Se completa la idea con el contenido de los siguientes artículos:

*462.- *Cosas muebles no registrables.* Los actos de administración y disposición a título oneroso de casas muebles no registrables cuya tenencia ejerce individualmente uno de los cónyuges, celebrados por éste con terceros de buena fe, son válidos, excepto que se trate de los muebles indispensables del hogar o de los objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo o profesión. En tales casos, el otro cónyuge puede demandar la anulación dentro el plazo de caducidad de seis (6) meses de haber conocido el acto y no más allá de seis (6) meses de la extinción del régimen matrimonial”.

*480.- *Momento de la extinción.* La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges. Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación. El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho. En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito. En el caso de separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen establecido en los artículos 505, 506, 507 y 508”.

para el acreedor. El que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, responde en la medida de su enriquecimiento”.

Por su parte prohíbe el 345 que *“el incumplimiento de la condición no puede ser invocado por la parte que, de mala fe, impida su realización”.*

Cuando se trata de la representación voluntaria se fija, en el 365, que *“el acto otorgado por el representante es nulo si su voluntad está viciada. Pero si se ha otorgado en ejercicio de facultades previamente determinadas por el representado, es nulo sólo si estuvo viciada la voluntad de éste. El representado de mala fe no puede aprovecharse de la ignorancia o la buena fe del representante”.*

En uno de las generales más importantes porque trata de los efectos de la nulidad de los actos jurídicos, como es el artículo 390, se estatuye que *“la nulidad obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido en virtud del acto. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a las relaciones de buena o mala fe, según sea el caso”.*

También se ha tenido en cuenta en el artículo 760, que:

“Con relación a terceros, cuando la obligación de dar cosas ciertas tiene por fin restituirlas a su dueño, si la cosa es mueble no registrable y el deudor hace, a título oneroso, tradición de ella a otro por transferencia o constitución de

prenda, el acreedor no tiene derecho contra los poseedores de buena fe, sino solamente cuando la cosa le fue robada o se ha perdido. En todos casos lo tiene contra los poseedores de mala fe”.

En cuanto al mundo del Derecho de los Contratos, se reitera en el artículo 961 el principio general de celebrar, interpretar y ejecutar de buena fe los contratos¹⁴.

En concreto marca, en el artículo 1009 que *“los bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares, pueden ser objeto de los contratos, sin perjuicio de los derechos de terceros. Quien de mala fe contrata sobre esos bienes como si estuviesen libres debe reparar los daños causados a la otra parte si ésta ha obrado de buena fe”.*

Concordantemente, en el contrato de donación, establece el artículo 1556, que *“el donante sólo responde por evicción en los siguientes casos: a) si expresamente ha asumido esa obligación; b) si la donación se ha hecho de mala fe, sabiendo el donante que la cosa donada no era suya e ignorándolo el donatario; c) si la evicción se produce por causa del donante; d) si las donaciones son mutuas, remuneratorias o con cargo”*¹⁵.

Pasando a otro tema, el de las cartas de recomendación o patrocinio, el artículo 1581, codifica que:

“Las cartas denominadas de recomendación, patrocinio o de otra manera, por las que se

14. *“Artículo 961.- Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.*

15. En general se establece en el artículo 1628.- *Garantía por evicción. “Si la cesión es onerosa, el cedente garantiza la existencia y legitimidad del derecho al tiempo de la cesión, excepto que se trate de un derecho litigioso o que se lo ceda como dudoso; pero no garantiza la solvencia del deudor cedido ni de sus fiadores, excepto pacto en contrario o mala fe”. También se debe tener en cuenta el artículo 1048.- Cesación de la responsabilidad. “En los casos en que se promueve el proceso judicial, la responsabilidad por evicción cesa: a) si el adquirente no cita al garante, o lo hace después de vencido el plazo que establece la ley procesal; b) si el garante no comparece al proceso judicial, y el adquirente, actuando de mala fe, no opone las defensas pertinentes, no las sostiene, o no interpone o no prosigue los recursos ordinarios de que dispone contra el fallo desfavorable; c) si el adquirente se allana a la demanda sin la conformidad del garante; o somete la cuestión a arbitraje y el laudo le es desfavorable. Sin embargo, la responsabilidad subsiste si el adquirente prueba que, por no haber existido oposición justa que hacer al derecho del vencedor, la citación oportuna del garante por evicción, o la interposición o sustanciación de los recursos, eran inútiles; o que el allanamiento o el laudo desfavorable son ajustados a derecho”.*

asegure la solvencia, probidad u otro hecho relativo a quien procura créditos o una contratación, no obligan a su otorgante, excepto que hayan sido dadas de mala fe o con negligencia, supuesto en que debe indemnizar los daños sufridos por aquél que da crédito o contrata confiando en tales manifestaciones”.

La figura que tenemos bajo estudio, también se manifiesta en el contrato de cesión de derecho pues conforme el artículo 1629 *“si el derecho no existe al tiempo de la cesión, el cedente debe restituir al cesionario el precio recibido, con sus intereses. Si es de mala fe, debe además la diferencia entre el valor real del derecho cedido y el precio de la cesión”.*

Finalmente, dentro de las disposiciones generales de los títulos valores, el artículo 1817 pauta que *“el deudor que paga al portador del título valor conforme con su ley de circulación queda liberado, excepto que al momento del pago, disponga de pruebas que demuestren la mala fe del que lo requiere. Sin embargo, si el deudor no recibe el título valor, se aplica lo dispuesto por el artículo 1819”*¹⁶.

6. En los derechos reales.

Los derechos reales es la materia donde se trata con mayor detalle los comportamientos de mala y buena fe, por las consecuencias que de ella se derivan y que se expanden al resto del ordenamiento jurídico. Para su tratamiento seguiremos el orden numérico como se presentan las citas.

En primer término, se destaca que la prescripción adquisitiva se ha desplazado de su tradicional ubicación junto al régimen de la prescripción en general y liberatoria, para ser enumerada como un modo de adquisición del dominio.

En esa línea legislativa, el artículo 1899, se regula para la prescripción adquisitiva larga:

“Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte (20) años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión. También adquiere el derecho real el que posee durante diez (10) años una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida, que no inscribe a su nombre pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes”.

Más adelante, dentro del título de “posesión y tenencia” se describe el concepto de buena fe y, por interpretación, se puede deducir el de mala fe en el artículo 1918 antes transcrito. De igual modo ya hemos referido a la presunción de mala fe del artículo 1919¹⁷.

En esta área aparece como norma relevante por las consecuencias especiales que trae, el artículo 1921, porque reglamenta que:

“La posesión de mala fe es viciosa cuando es de cosas muebles adquiridas por hurto, estafa, o abuso de confianza; y cuando es de inmuebles, adquiridos por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza. Los vicios de la posesión son relativos respecto de aquél contra quien se ejercen. En todos los casos, sea por el mismo que causa el vicio o por sus agentes, sea contra el poseedor o sus representantes”.

Es decir, para el Código existe una mala fe simple y una viciosa que tienen sanciones diferentes. En esas consecuencias corresponde examinar

16. *“Artículo 1819.- Titularidad. Quien adquiere un título valor a título oneroso, sin culpa grave y conforme con su ley de circulación, no está obligado a desprenderse del título valor y, en su caso, no está sujeto a reivindicación ni a la repetición de lo cobrado”.*

17. *“Artículo 1920.- Determinación de buena o mala fe. La buena o mala fe se determina al comienzo de la relación de poder, y permanece invariable mientras no se produce una nueva adquisición.*

No siendo posible determinar el tiempo en que comienza la mala fe, se debe estar al día de la citación al juicio”.

cuáles son las consecuencias de la adquisición de frutos o productos según la buena o mala fe que determina el artículo 1935. En esa norma se establece que:

"La buena fe del poseedor debe existir en cada hecho de percepción de frutos; y la buena o mala fe del que sucede en la posesión de la cosa se juzga sólo con relación al sucesor y no por la buena o mala fe de su antecesor, sea la sucesión universal o particular.

El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos y los naturales devengados no percibidos. El de mala fe debe restituir los percibidos y los que por su culpa deja de percibir. Sea de buena o mala fe, debe restituir los productos que haya obtenido de la cosa.

Los frutos pendientes corresponden a quien tiene derecho a la restitución de la cosa".

En cuanto a la responsabilidad por destrucción según la buena o mala fe, el artículo 1936 ordena que:

"El poseedor de buena fe no responde de la destrucción total o parcial de la cosa, sino hasta la concurrencia del provecho subsistente. El de mala fe responde de la destrucción total o parcial de la cosa, excepto que se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución.

Si la posesión es viciosa, responde de la destrucción total o parcial de la cosa, aunque se hubiera

producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución".

Respecto de la indemnización y pago de mejoras, el artículo 1938, sostiene que:

"Ningún sujeto de relación de poder puede reclamar indemnización por las mejoras de mero mantenimiento ni por las suntuarias. Estas últimas pueden ser retiradas si al hacerlo no se daña la cosa. Todo sujeto de una relación de poder puede reclamar el costo de las mejoras necesarias, excepto que se hayan originado por su culpa si es de mala fe. Puede asimismo reclamar el pago de las mejoras útiles pero sólo hasta el mayor valor adquirido por la cosa. Los acrecentamientos originados por hechos de la naturaleza en ningún caso son indemnizables".

Con relación a la transformación y accesión de cosas muebles, el artículo 1957¹⁸, indica en su parte *in fine* que *"si el transformador es de mala fe, y la cosa transformada es reversible a su estado anterior, el dueño de la cosa puede optar por reclamar la cosa nueva sin pagar nada al que la hizo; o abdicarla con indemnización del valor de la materia y del daño".*

En la construcción, siembra y plantaciones, el artículo 1962¹⁹ prevé que *"si el tercero es de mala fe, el dueño del inmueble puede exigirle que reponga la cosa al estado anterior a su costa, a menos que la diferencia de valor sea importante, en cuyo caso debe el valor de los materiales y el trabajo, si no prefiere abdicar su derecho con indemnización del valor del inmueble y del daño".*

18. "Artículo 1957.- Transformación. Hay adquisición del dominio por transformación si alguien de buena fe con una cosa ajena, mediante su sola actividad o la incorporación de otra cosa, hace una nueva con intención de adquirirla, sin que sea posible volverla al estado anterior. En tal caso, sólo debe el valor de la primera.

Si la transformación se hace de mala fe, el dueño de la materia tiene derecho a ser indemnizado de todo daño, si no prefiere tener la cosa en su nueva forma; en este caso debe pagar al transformador su trabajo o el mayor valor que haya adquirido la cosa, a su elección.

Si el transformador es de buena fe y la cosa transformada es reversible a su estado anterior, el dueño de la materia es dueño de la nueva especie; en este caso debe pagar al transformador su trabajo; pero puede optar por exigir el valor de los gastos de la reversión".

19. "Artículo 1962.- Construcción, siembra y plantación. Si el dueño de un inmueble construye, siembra o planta con materiales ajenos, los adquiere, pero debe su valor. Si es de mala fe también debe los daños.

Referente a la invasión de inmueble colindante, el artículo 1963²⁰ regula respecto del tema que *"si el invasor es de mala fe y el dueño del fundo invadido se opuso inmediatamente de conocida la invasión, éste puede pedir la demolición de lo construido. Sin embargo, si resulta manifiestamente abusiva, el juez puede rechazar la petición y ordenar la indemnización"*.

En la revocación del dominio de cosa registrable se dispone, en el artículo 1967 que *"tiene efecto retroactivo, excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley. Cuando se trata de cosas no registrables, la revocación no tiene efecto respecto de terceros sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tengan una obligación personal de restituir la cosa"*.

Finalmente, en el artículo 2241 se indica que:

"Corresponde la acción de despojo para recuperar la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, aunque sea viciosa, contra el despojante, sus herederos y suce-

sores particulares de mala fe, cuando de los actos resulte el desapoderamiento. La acción puede ejercerse aun contra el dueño del bien si toma la cosa de propia autoridad. Esta acción comprende el desapoderamiento producido por la realización de una obra que se comienza a hacer en el objeto sobre el cual el actor ejerce la posesión o la tenencia. La sentencia que hace lugar a la demanda debe ordenar la restitución de la cosa o de la universalidad, o la remoción de la obra que se comienza a hacer; tiene efecto de cosa juzgada material en todo cuanto se refiere a la posesión o a la tenencia".

En sentido concordante aparecen los artículos 2259²¹ y 2260²².

7. En el Derecho de las sucesiones.

Dentro del régimen de las sucesiones *mortis causae* se ha establecido en el artículo 2283 que:

"La exclusión del indigno sólo puede ser demandada después de abierta la sucesión,

Si la construcción, siembra o plantación es realizada por un tercero, los materiales pertenecen al dueño del inmueble, quien debe indemnizar el mayor valor adquirido.

Si la construcción, siembra o plantación es realizada por un tercero con trabajo o materiales ajenos en inmueble ajeno, quien efectúa el trabajo o quien provee los materiales no tiene acción directa contra el dueño del inmueble, pero puede exigirle lo que deba al tercero".

20. *"Artículo 1963.- Invasión de inmueble colindante. Quien construye en su inmueble, pero de buena fe invade el inmueble colindante, puede obligar a su dueño a respetar lo construido, si éste no se opuso inmediatamente de conocida la invasión.*

El dueño del inmueble colindante puede exigir la indemnización del valor de la parte invadida del inmueble. Puede reclamar su adquisición total si se menoscaba significativamente el aprovechamiento normal del inmueble y, en su caso, la disminución del valor de la parte no invadida. Si el invasor no indemniza, puede ser obligado a demoler lo construido".

21. *"Artículo 2259.- Derecho a reembolso. Si se reivindica un objeto mueble no registrable robado o perdido de un poseedor de buena fe, éste no puede reclamarle al reivindicante el precio que pagó, excepto que el objeto se haya vendido con otros iguales en una venta pública, o en casa de venta de objetos semejantes, o por quien acostumbraba a venderlos.*

Si se trata de una cosa mueble registrable robada o perdida, y la inscripción registral se obtiene de buena fe, el reivindicante debe reintegrar al reivindicado el importe abonada.

En caso de reembolso, el reivindicante tiene derecho a repetir el pago contra el enajenante de mala fe".

22. *"Artículo 2260.- Alcançe. La acción reivindicatoria de una cosa mueble no registrable no puede ejercerse contra el subadquirente de un derecho real de buena fe y a título oneroso excepto disposición legal en contrario; sin embargo, el reivindicante puede reclamarle todo o parte del precio insoluto.*

El subadquirente de un inmueble o de una cosa mueble registrable no puede ampararse en su buena fe y en el título oneroso, si el acto se realiza sin intervención del titular del derecho".

a instancia de quien pretende los derechos atribuidos al indigno. También puede oponerla como excepción el demandado por reducción, colación o petición de herencia. La acción puede ser dirigida contra los sucesores a título gratuito del indigno y contra sus sucesores particulares a título oneroso de mala fe. Se considera de mala fe a quien conoce la existencia de la causa de indignidad".²³

De igual modo, el artículo 2313 se ha determinado que "se aplica a la petición de herencia lo dispuesto sobre la reivindicación en cuanto a las obligaciones del poseedor de buena o mala fe, gastos, mejoras, apropiación de frutos y productos, responsabilidad por pérdidas y deterioros. Es poseedor de mala fe el que conoce o debió conocer la existencia de herederos preferentes o concurrentes que ignoraban su llamamiento".

V. LA MALA FE EN EL CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ

El Código Civil del Perú en su normativa, al igual que otras codificaciones, regula en varios artículos los efectos generados a partir de conductas calificadas de buena²⁴ o de mala fe, advirtiéndose que, en muy pocas normas, el legislador brinda una conceptualización de las figuras.

Con relación a la mala fe, cabe transcribir el contenido de algunos artículos en los cuales se menciona a la misma y hasta se define como debe ser sancionada o cuáles son las consecuencias que trae aparejada su configuración. En ese sentido, el artículo 176 señala que "si se impidiese

de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida. Al contrario, se considerará no cumplida, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento".

Por su parte, el artículo 211 regla que "si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios". En este caso cabe advertir que el legislador asimila un poco la mala fe con el dolo incidental, los que, como trataremos demostrar, son figuras absolutamente independientes²⁵.

También se menciona a la mala fe en el inciso 9 del artículo 274 cuando prevé que es nulo el matrimonio "de los contrayentes que, actuando ambos de mala fe, lo celebren ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de éste. La acción no puede ser planteada por los cónyuges".

Completa este tema el artículo 284 cuando indica que "el matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio. Si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos. El error de derecho no perjudica la buena fe"²⁶.

En el marco de los derechos reales se considera, en el artículo 908, que "el poseedor de mala fe

23. "Artículo 2285.- Efectos. Admitida judicialmente la exclusión, el indigno debe restituir los bienes recibidos, aplicándose lo dispuesto para el poseedor de mala fe. Debe también pagar intereses de las sumas de dinero recibidas, aunque no las haya percibido.

Los derechos y obligaciones entre el indigno y el causante renacen, así como las garantías que los aseguraban".

24. Referencias sobre la buena fe en el Código Civil del Perú: artículos 194, 197, 277, 284, 285, 665, 666, 827, 865, 903, 908, 937, 941, 942, 944, 945, 946, 948, 950, 951, 1040, 1135, 1136, 1210, 1223, 1270, 1271, 1272, 1276, 1495, 1670, 1708, 1810, 1945, 2034, 2038, etc.

25. Concordia: "Artículo 229.- Mala fe del incapaz. Si el incapaz ha procedido de mala fe ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del acto, ni él, ni sus herederos o cesionarios, pueden alegar la nulidad".

26. Concordia: "Artículo 285.- Efectos de la invalidez matrimonial frente a terceros. El matrimonio invalidado produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio, frente a los terceros que hubieran actuado de buena fe".

responde de la pérdida o detrimento del bien aun por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que éste también se hubiese producido en caso de haber estado en poder de su titular"; y, en el 910, que "el poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen, a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir"²⁷.

En el caso de edificación en terreno ajeno, se decreta en el artículo 942 que "si el propietario del suelo obra de mala fe, la opción de que trata el artículo 941²⁸ corresponde al invasor de buena fe, quien en tal caso puede exigir que se le pague el valor actual de la edificación o pagar el valor comercial actual del terreno". Y a su vez, en el 943, que "cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso la demolición es de cargo del invasor"²⁹.

En esta misma temática el artículo 945 regula que:

"El que de buena fe edifica con materiales ajenos o siembra plantas o semillas ajenas adquiere lo construido o sembrado, pero debe pagar el valor de los materiales, plantas o se-

*millas y la indemnización por los daños y perjuicios causados. Si la edificación o siembra es hecha de mala fe se aplica el párrafo anterior, pero quien construye o siembra debe pagar el doble del valor de los materiales, plantas o semillas y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios"*³⁰.

Como se colige, el Código Civil del Perú no ha conceptualizado en términos generales que es la mala fe como figura, pero evidentemente no se puede desconocer que es una institución incorporada a su texto, razón por la cual se debe analizar de forma sistémica con el resto de las normas, para ver si se puede inferir su concepto y régimen.

En esa búsqueda, se puede decir que en general, el artículo 168 del Código Civil indica que "el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe". De modo concordante, el artículo 1362 establece que "los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

En cuanto al perfil de la mala fe solo podemos deducirlo por una interpretación en sentido contrario de unos pocos artículos del Código.

27. "Artículo 907.- La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citada en juicio, si la demanda resulta fundada". Este artículo es importante porque implícitamente está marcando que la mala fe tiene que ver con la falta de conocimiento o ignorancia de quien posee ilegítimamente.

28. "Artículo 941.- Edificación de buena fe en terreno ajeno. Cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno".

29. Concuerda: "Artículo 944.- Invasión del suelo colindante. Cuando con una edificación se ha invadido parcialmente y de buena fe el suelo de la propiedad vecina sin que el dueño de ésta se haya opuesto, el propietario del edificio adquiere el terreno ocupado, pagando su valor, salvo que destruya lo construido.

Si la porción ocupada hiciere insuficiente el resto del terreno para utilizarlo en una construcción normal, puede exigirse al invasor que lo adquiera totalmente.

Cuando la invasión a que se refiere este artículo haya sido de mala fe, regirá lo dispuesto en el artículo 943".

30. "Artículo 946.- Adhesión natural. El propietario de animal hembra adquiere la cría, salvo pacto en contrario. Para que los animales se consideren frutos, basta que estén en el vientre de la madre, aunque no hayan nacido. En los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos procedentes de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el valor del elemento reproductor, si obra de buena fe, y el triple de dicho valor, si lo hace de mala fe".

Uno de ellos es el artículo 906, el cual señala que *“la posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título”*. Es decir, a contrario sensu, cuando haya conocimiento de la carencia de legitimidad de la posesión, será de mala fe.

A igual conclusión podemos arribar cuando se examina el artículo 1268 vinculado con el pago indebido recibido de buena fe, donde se regula que *“queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción el verdadero deudor (...)”*. Sin lugar a hesitación, el conocimiento de la ilegitimidad del crédito torna al acreedor putativo de mala fe.

En artículo 907 del Código Civil Peruano, marca la temporalidad, previendo que *“la buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada”*.

Estas pocas normas, más allá de no definir a la mala fe, siguen el criterio general de vincular esta figura con el conocimiento o saber la situación que denominamos relevante para el Derecho.

Como normas relevantes por su contenido para ser destacada en este punto se puede citar el artículo 284, donde se analizan los efectos de la mala fe en el matrimonio, precisando en la parte in fine que *“el error de derecho no perjudica la buena fe”*. La excusabilidad del error de derecho es coincidente con el artículo 906 antes transcrito.

Por otra parte, el legislador se ha preocupado por reglamentar la buena fe registral fijando en el artículo 2014 como principio que:

“El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante

por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

Igual tratamiento se prescribe en el artículo 665 para la acción reivindicatoria de bienes hereditarios, cuando indica que:

“Procede contra el tercero que, sin buena fe, adquiere los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrado por el heredero aparente que entró en posesión de ellos. Si se trata de bienes registrados, la buena fe del adquirente se presume si, antes de la celebración del contrato, hubiera estado debidamente inscrito, en el registro respectivo, el título que amparaba al heredero aparente y la transmisión de dominio en su favor, y no hubiera anotada demanda ni medida precautoria que afecte los derechos inscritos. En los demás casos, el heredero verdadero tiene el derecho de reivindicar el bien hereditario contra quien lo posea a título gratuito o sin título”.

En el artículo 914 se señala que *“se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario. La presunción a que se refiere este artículo no favorece al poseedor del bien inscrito a nombre de otra persona”*.

Finalmente, para redondear un perfil básico del instituto en este país, cabe destacar el contenido del artículo 176 antes transcrito donde se impone una regla moral de real valía.

VI. EL CONCEPTO DE MALA FE

La atenta lectura de las citas de las codificaciones civiles antes vigente y las del porvenir de la República Argentina y del Código de tres décadas del Perú, permite coleccionar los aspectos comunes para juzgar que la mala fe se configura cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc. relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto jurídico,

cuya utilización antifuncional el ordenamiento jurídico reprueba.

Cuando se califica al conocimiento de relevante es para destacar que, de acuerdo a lo observado en el contenido de los artículos reproducidos, no es cualquier circunstancia, condición, dato, etc., sino de uno realmente importante, trascendente o determinante, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica y rasgos tipificantes de cada acto.

En otros términos, vislumbramos que la mala fe encuentra su perfil específico en el conocimiento jurídicamente relevante que el sujeto tiene o debe tener de acuerdo a las características de cada acto jurídico. Por ello, el individuo que tiene o debe tener ese saber significativo, frente al principio de la buena fe, si retiene ese conocimiento sin notificar al otro sujeto del acto o culposamente no lo tiene al celebrar, ejecutar o interpretar el negocio, está trasgrediendo la confianza y lealtad que debe primar en todos los actos jurídicos.

Estas conductas exigibles, para Jordano Fraga surgen de reconocer la existencia en el ámbito obligacional de los deberes de protección que son secundarios del deber de prestación (principal). Los primeros *"fundamentalmente derivados de la idea de buena fe, se dirigen a preservar a cada una de las partes de los daños que les pueda derivar del cumplimiento de la obligación"*³¹.

La existencia de estos deberes de tutela de los intereses ajenos con los cuales se vincula el sujeto, creemos que debe hacerse extensiva a toda vinculación jurídica y no solo a la obligacional por cuanto ella deriva, además del principio de la buena fe, del mandato de "no dañar" a otro.

Por otra parte, esta exigencia de protección de la otra parte, es un paso adelante, muy importante, en el proceso de humanización de las obliga-

ciones para que la misma sea un instrumento de cooperación social y no de explotación o aprovechamiento de los más débiles.

VII. CLASIFICACIÓN

Luego de transcribir las normas donde se hace referencia al actuar de mala fe y de construir un concepto de la figura, creemos estar en condiciones de esbozar una primera clasificación de la mala fe.

En ese sentido, observamos que las mismas pueden ser divididas entre la mala fe no punible y la punible. En la primera categoría se puede incluir: (i) La mala fe jurídicamente tolerable que sería aquella de escasa importancia o la que recae sobre un hecho, circunstancia, dato, etc. no relevante a la luz de las características del acto examinado; (ii) En la mala fe recíproca, es decir cuando la conducta de los sujetos partícipes del acto este teñida por ella.

A su vez, la mala fe punible puede ser dividida en función de la clase de sanción prevista:

- a. Con la indemnización de los daños y perjuicios: verbigracia, artículos 972, 1480, 2009, 2569, 2784, 2435, 3430, etc. del Código Civil de Vélez Sárfield; artículos 337, 340, 429, 1009, 1581, 1957, 1962, 2305, etc. del Código Civil y Comercial (Ley 26994); artículos 211, 945, 1270, 1272, etc. del Código Civil Perú.
- b. Con la nulidad: por ejemplo el artículo 2099 del Código Civil Argentino sanciona con la nulidad de la convención que libre al enajenante de responder por evicción cuando ha existido mala fe de parte de éste, o el artículo 1741 primera parte establece que la renuncia de mala fe es nula respecto de los socios. En la Ley 26994, se sanciona con la nulidad en los artículos 45, 365, etc. En Perú, en los artículos 274 (matrimonio) y 1408.

31. JORDANO FRAGA, Francisco. *La responsabilidad contractual*. Primera Edición. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1987, p. 141. Este autor completa la idea expresando que *"los deberes de protección tienen un contenido autónomo respecto al deber de prestación, de modo que, desde la perspectiva del deudor, estos deberes operan con independencia de que la prestación principal se haya cumplido (...)"*.

- c. Con la privación de derechos: como es en los casos regulados por los artículos 222 (efectos de la nulidad del matrimonio), 1071 (pérdida del amparo legal cuando existe un ejercicio abusivo del derecho) y 1742 segunda parte (pérdidas de las ganancias y adjudicación de las mismas a la sociedad y asunción de las pérdidas por el socio renunciante de mala fe). En el Código Civil y Comercial, artículos 10, 27, 144, etc. En el Código Civil del Perú, resalta el artículo 284 que el anular el acto, limita los efectos del matrimonio a quién actuó de mala fe.
- d. Mala fe simple y mala fe viciosa: esta clasificación se infiere del contenido del artículo 1921, que se verifica cuando la posesión de mala fe es de cosas muebles adquiridas por hurto, estafa, o abuso de confianza o de inmuebles, adquiridos por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza.

VIII. LA MALA FE COMO FACTOR DE ATRIBUCIÓN

Sin lugar a hesitación, el estudio de la mala fe como factor de atribución independiente de responsabilidad no solo acapara toda la atención del investigador, sino lo enfrenta con un desafío inédito como es su comparación con el dolo y la culpa. En efecto, en el punto precedente se transcribieron las normas del Perú y Argentina donde se hace referencia a la mala fe como generadora de responsabilidad.

Como se colige del tenor normativo de dichas previsiones, el codificador entendió que la mala fe actúa como elemento generador del deber de resarcir los daños que ocasiona, más precisamente como un factor de atribución que, anticipando conclusiones, podemos clasificarlo como subjetivo pero que puede ser evaluado por la jurisdicción tomando parámetros objetivos (como sería acreditar que conocía o debía conocer el dato).

A partir de ello, se debe indagar si esta conducta reprochable tiene independencia conceptual y operativa o, por el contrario, queda subsumida dentro de algunos de los clásicos factores de atribución subjetivos (dolo y culpa).

1. Mala fe y dolo.

El dolo, históricamente, ha sido explicado por la dogmática y doctrina como factor de atribución de carácter subjetivo integrante como requisito del deber de resarcir los menoscabos, de ahí que resulte de central significación examinar, desde la óptica jurídica, su vinculación con la mala fe.

1.1. Las distintas posiciones.

Un repaso por el pensamiento de los principales autores y jurisprudencia permite, con el propósito de formular un ordenamiento de los mismos, proponer la siguiente clasificación.

1.1.1. La mala fe no es igual al dolo.

El profesor Spota, cuando analiza la recepción del standard jurídico de la buena fe en el Código de Vélez, entiende que *"la mala fe, esa mala fe cercana al dolo, no da derecho"*³². Es decir, si bien denuncia una vecindad, diferencia, sin explicación, sus naturalezas.

Con mayores fundamentos, se puede citar el pensamiento de Danz, quien sostiene que si el juez, en los casos en que interpreta un negocio jurídico siguiendo simplemente los usos sociales, invoca también en su fallo el principio de la "buena fe", no es que quiera acusar de fraude a la parte contra la cual sentencia, como tantas veces se cree, pues puede muy bien ocurrir que ésta no tuviese la menor noticia del sentido usual que tiene en el comercio la declaración de voluntad; en la mayor parte de los casos creará de buena fe que el sentido de la declaración de volun-

32. SPOTA, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil - Contratos*. III.338.f). 2da reimpresión. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1980.

tad que ella afirma es el exacto, y el falso, el que sostiene la parte contraria³³.

El pensamiento de este autor, quiebra la identificación de la mala fe con el dolo al introducir la factibilidad de que haya mala fe sin conocimiento pleno de las circunstancias fácticas relevantes por negligencia o por error inexcusable.

1.1.2. La mala fe equivale a dolo.

En este sector del pensamiento se sitúan Cazeaux y Trigo Represas cuando aseguran que "el dolo en un sentido lato implica una idea de mala fe, de conducta deliberada contraria a derecho"³⁴. En la misma dirección, un antiguo fallo de la Corte de Justicia Federal asimila los institutos en estudio cuando consideró que "el dolo en el cumplimiento de las obligaciones, mencionado en los artículos 506 y 521 del Código Civil no es el previsto en el artículo 931 del mismo, sino el que se atribuye a toda persona que ha producido un daño previendo o habiendo podido prever que lo causaría; es decir, cuando ha obrado de mala fe"³⁵.

De igual modo, otro tribunal ha sostenido que "el dolo en el incumplimiento contractual se configura cuando el deudor tenga la posibilidad de cumplir y no quiera deliberadamente hacerlo o cuando el incumplidor tenga plena conciencia de la ilegitimidad de su obrar, operando de mala fe a través del incumplimiento deliberado de sus obligaciones"³⁶.

Para completar la idea de este sector, es eficaz transcribir el pensamiento del tribunal que opinó que:

*"El dolo o mala fe puede serle imputado al plagiarlo por el conocimiento de la obra plagiada. Cuando resulta clara la usurpación o apropiación indebida no hacen falta excesivas indagaciones para determinar los propósitos de aquel, pues el dolo es inherente al acto realizado. En consecuencia, basta la impresión ilícita que crea contra el plagiarlo la presunción de mala fe que resulta del conocimiento del derecho que usurpa"*³⁷

Estos criterios jurisprudenciales asimilan totalmente las figuras, razón por la cual para ellos la mala fe debe ser considerada como un factor de atribución con iguales características que el dolo en el deber de indemnizar el daño.

1.1.3. La mala fe comprende al dolo.

Esta idea fue desarrollada por el profesor Atilio A. Alterini, para quien la mala fe es la antítesis de la buena fe, a la cual la entiende como "ajustar totalmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico". Significa, sigue el autor, que "sólo con la plena conciencia de la legitimidad del obrar, el ejercicio del derecho es reconocido por dicho ordenamiento". Por ello, el concepto de mala fe "cubre una amplia gama de situaciones jurídicas y subyace inclusive en multitud de figuras que producen consecuencias autónomas, pero muestran en su trama la presencia de mala fe"³⁸.

En función de ello, asegura que en la mala fe el objetivo primordial es la consecución de un fin injusto o ilegal utilizando medios aparentemen-

33. DANZ, Erich. *La interpretación de los negocios jurídicos (Contratos, testamentos, etc.)*. Traducida al español por BONET RAMÓN, Francisco. Madrid: Editorial Revista del Derecho Privado, 1955, p. 197.

34. CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. *Derecho de las Obligaciones*. Tomo I. 2da Edición, Tera Reimpresión Aumentada y Actualizada. La Plata: Librería Editora Platense, 1979, p. 252. CIFUENTE, Santos. "Comentario al artículo 931". En: *Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. Tomo IV. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982, p. 215.

35. Corte Suprema de Justicia de la República Argentina (CSJN), "Rodríguez Guichou, Héctor L. v. Nación", 01 de enero de 1943 - T° 195, p. 339.

36. Cámara Criminal Correccional Federal República Argentina, autos N° 46.914/95 "Servicios Petroleros Fueguinos S.A. c/ Transporte Pampeanos SACIFA s/ Incumplimiento de contrato", 18 de junio de 1996.

37. Cámara Nacional Civil de la República Argentina, Sala G, 21 de marzo de 1994, "Moreno, Norberto V. c. Iglesia, Julio y otros", Revista Jurídica La Ley (L.L., R.A.), 1995-C, 558, Doctrina Judicial (D.J., R.A.), 1995-2-1160; Jurisprudencia Argentina (J.A., R.A.), 1994-IV-410.

te patrocinados por la justicia o por la ley, pues la mala fe implica esencialmente conciencia de la ilegitimidad de la pretensión que se esgrime. El que obra de mala fe sabe, tiene conciencia plena de que ejecuta una acción sin derecho, cuyas consecuencias han de ser perjudiciales para aquél contra quién se dirige³⁸.

Por otra parte, sostiene el referido autor que *"hay supuestos en los cuales no es menester la plena conciencia de la ilegitimidad de la conducta propia, bastando la ignorancia de la verdadera situación. Para ello, tal ignorancia ha de ser inexcusable"*³⁹. Con esta aseveración se admite que existe también la unión "mala fe-negligencia" de donde las intencionalidades que caracterizan al dolo no serían de la esencia de la mala fe.

1.1.4. Observaciones críticas.

En primer lugar debemos decir que el codificador no estableció un concepto unívoco de dolo, sino por el contrario estableció tres tipos que tienen características exclusivas que los identifican. Por ello, no se puede llevar a cabo una comparación lineal entre mala fe y dolo, sino que es ineludible hacerla confrontándola con cada modalidad.

Por su parte, la actuación de mala fe se puede dar en estados diferentes de la vida de un negocio o acto jurídico. Así el artículo 1198 del Código Civil, actualmente artículo 961 del Código Civil y Comercial (Ley 26994), se reconoce como momentos diferenciados la celebración, ejecución e interpretación, a los cuales se deberá sumar la etapa precontractual y postcontractual.

A modo de digresión, se advierte que en muchos trabajos y jurisprudencia se compara a la mala fe con el dolo, sin precisar sus contenidos ni reconocer sus clases, razón por la cual a continuación procuraremos superar ello enfrentando las figuras discriminadamente dentro de las limitaciones de esta investigación.

1.2. Mala fe y dolo delictual.

Para concretar estas meditaciones debemos recordar el texto del artículo 1072 del Código Civil Argentino en proceso de derogación, artículo 1724 del Código Ley 26994, y artículo 1969 del Perú⁴¹, donde se señalan los elementos componentes del dolo delictual: el intelectual, vinculado con la ejecución a sabiendas; y, el volitivo, la intención de dañar⁴².

El primero de ellos presupone la capacidad del sujeto para comprender la criminalidad (imputabilidad) y requiere, para algunos autores que el mismo haya entendido la antijuricidad del acto. La conciencia de la ilicitud como integrante o no del concepto de dolo ha generado, fundamentalmente entre los juristas penalistas, un arduo debate, cuyas posturas extremas pueden ser sintetizadas en el pensamiento de los profesores Orgaz y Santos Briz.

El jurista mediterráneo sostiene que *"la condición de que el autor haya obrado "a sabiendas", significa que éste haya tenido la conciencia de la ilicitud, esto es, de que realizaba un acto contrario a derecho, en general, aunque no necesariamente a una norma determinada: basta con la conciencia de realizar u omitir algo prohibido por la ley"*⁴³.

38. ALTERINI, Atilio Aníbal. "Mala Fe". En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, XVIII - 30. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1964, p. 928.

39. *Ibid.*, p. 929. El autor transcribe en este punto las definiciones vertidas en la *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXI, Barcelona, p. 540.

40. *Loc. Cit.*

41. No lo define, pero la intencionalidad está implícita en su estructura.

42. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. "Comentario al artículo 1072". En: *Código Civil y Leyes complementarias. Comentada, anotado y concordado*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984, p. 586. LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, IV-A, 2313.8. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1976.

43. ORGAZ, Alfredo. "La culpa (Actos Ilícitos)". En: *Tratado de Derecho Civil - Parte General*. Revisado por: ENNECCERUS,

En la antípoda, Briz proclama que *"el concepto de dolo implica la realización de una voluntad dirigida a un resultado determinado en la norma prohibitiva, y que supone el conocimiento de las modalidades de la acción descritas en dicha norma"*. El dolo es, por consiguiente, una finalidad jurídicamente relevante. No pertenece al dolo, la llamada *"conciencia de la antijuridicidad"*, dado que ésta *"no se refiere a ninguna de las circunstancias de hecho sino exclusivamente a la norma prohibitiva misma, o más exactamente, al ser y esencia de la prohibición, a la acción, la cual es parte integrante de la voluntad de ejecución"*⁴⁴.

Esta última posición expulsa al conocimiento de la antijuridicidad (conciencia de la ilicitud) de los requisitos componentes de dolo delictual; por lo cual, no hay lugar a hesitación de que la mala fe como conocimiento de determinadas circunstancias, hechos, datos, etc. relevantes conforme las particularidades del acto jurídico que el Derecho ilegítima cuando es utilizado inapropiadamente queda, evidentemente, fuera del dolo.

Si se lee con detenimiento el párrafo transcrito de Briz, se observa que este autor diferencia perfectamente, en la etapa intelectual, entre el conocer las circunstancias fácticas (que vinculamos con la mala fe) de saber que esa conducta es contraria a una norma jurídica. Esta discrimi-

nación de los saberes exigidos da repuesta para propiciar la exclusión de la mala fe de la estructura constitutiva del dolo concebida por Orgaz, por cuanto éste entiende que lo conforma el tener conciencia de la ilicitud o de que se realiza un acto contrario a derecho conjuntamente con la intencionalidad de producir daño, pero no el conocer y utilizar antifuncionalmente una circunstancia significativa del negocio.

Sin perjuicio de esta apreciación, la disparidad sustancial entre ambos institutos está focalizada en que para configurar el dolo es primordial que exista la intención de provocar el detrimento que en el caso de la mala fe, este requisito, creemos no forma parte de su esencia porque se puede configurar cuando por negligencia no se tiene el conocimiento exigido.

La mala fe puede existir independiente del propósito de perjudicar al otro sujeto, lo cual no significa que cuando se produzca algún menoscabo deba ser reparado⁴⁵. En otras palabras, la mala fe no es sinónimo del dolo delictual.

1.3. Mala fe y dolo obligacional.

En esta clase de dolo se bifurcan las opiniones de los autores al momento de precisar su integración subjetiva en punto a la intención de causar daño. En esta dirección, los profesores

Ludwig y NIPPERDEY Han Carl, I.2.338. Córdoba: Marcos Lerner – Editora, 1981, p. 62.; y En: *Tratado de Derecho Civil: Derecho de las obligaciones*. Revisado por: ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLF, Martin. Barcelona: Bosch, 1934/1951, p. 441. Este autor define al dolo como *"el querer un resultado contrario a derecho con la conciencia de infringirse el derecho o un deber"* a partir de lo cual asegura que *"el dolo requiere, en principio, la conciencia de obrar contra el derecho o contra el deber"*.

44. BRIZ, Jaime Santos. *Derecho de daños*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 42. PICASSO, Sebastián. *Comentario a de los artículos 1072/1073*. En: *Código Civil y Normas complementarias*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. Este último autor sostiene que *"la conciencia de la antijuridicidad no integra el concepto de 'dolo civil' y de que la expresión 'a sabiendas' designa sólo el conocimiento en el agente del resultado dañoso que seguirá a su acción, pero no la conciencia de que, además, el acto que está por obrar es antijurídico"*. Este autor parafraseando el pensamiento de otros doctrinarios, señala que *"si se hace entrar en el dolo la llamada 'conciencia de la antijuridicidad' se está reuniendo en un solo concepto notas totalmente heterogéneas: la voluntad de realización es parte integrante de la conducta prohibida y refiere a las circunstancias llamadas objetivas del hecho. En cambio, la conciencia de la antijuridicidad no afecta a ninguna circunstancia de hecho, sino que refiere exclusivamente a la propia norma de prohibición"*. Agregan estos autores que *"la distinta pertinencia jurídica de estos dos conceptos, la voluntad de realización por un lado y la conciencia de la antijuridicidad por el otro, hace imposible su reunión bajo un concepto jurídico único"*.

45. Un ejemplo se configura cuando uno de los cónyuge omite informar el impedimento que le afecta para contraer matrimonio, es de mala fe, a pesar de su amor por la otra persona y que le brindo todos sus esfuerzos para

Cazeaux y Trigo Represas recuerdan que en doctrina hay dos interpretaciones respecto del tenor subjetivo de este tipo de dolo⁴⁶.

Para algunos autores, consiste en el incumplimiento deliberado cometido con intención de dañar o por lo menos con conocimiento y previsión del daño que se causa⁴⁷. En cambio, para el otro sector de la doctrina, en palabras de Andorno, es "el querer jurídicamente relevante se endereza hacia no cumplir, pudiendo hacerlo. No es menester, a diferencia del delito civil, que haya intención de dañar"⁴⁸.

Con respecto de quienes piensan que para la configuración del dolo debe participar la determinación dañina, le cabe las mismas reflexiones desarrolladas anteriormente, pues insistimos no es de la esencia de la mala fe esta intencionalidad.

En cambio, en la comparación con la postura de quienes desechan la finalidad de lesionar y restringen al querer de no cumplir se percibe que el artículo 506 del Código Civil, estableció un dolo específico y exclusivo para la esfera obligacional que requiere para su configuración únicamente el conocimiento de la ilegitimidad del incumplimiento de la norma convencional. En el Código Ley 26994, en el artículo 1724 donde se establece un dolo único que se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (este último sería el obligacional). Del mismo modo en el Código Civil del Perú donde en el artículo

1318 se reglamenta que "procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación".

El dolo contractual puro se tipifica cuando se incumple con intención de no cumplir, prueba que resulta de difícil producción por ser parte de su estado subjetivo, pero la mala fe en el incumplimiento se acredita demostrando que el deudor sabía que tenía que cumplir no importando la intencionalidad, con lo cual queda muy cerca de la culpa.

1.4. Mala fe y dolo vicio de la voluntad.

En este tipo de dolo, la intencionalidad antijurídica del accionar se traslada concretamente a la acción para conseguir de otra persona la ejecución de un acto. Es decir, se destaca en el artículo 931 del Código Civil, en el artículo 271 del Código Ley 26994 y en el artículo 210 del Código Civil del Perú, como elemento tipificante, a los engaños utilizados para inducir al otro sujeto a emitir una voluntad con la intención viciada.

La proximidad de esta clase de dolo con la mala fe es marcada en la redacción del artículo 467 del Esbozo de Freitas, donde se observa el tema desde la óptica de la víctima, al regular que "habrá dolo, cuando los agentes practicaren el acto inducidos en error por la mala fe de la otra persona; es decir, por alguna acción u omisión de otras personas con la mira de perjudicarlo en su persona o bienes, con algún fin de provecho o sin él"⁴⁹. Es decir, para este autor, el ejecutante que

complacerlo en el desarrollo del matrimonio putativo. En el caso no hay intención de dañar pero jurídicamente se perjudica en sus intereses legítimos a un ser querido.

46. CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. *Op. Cit.*, p. 252.
47. SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino - Obligaciones en General*. I.I.126. Sexta edición actualizada por GALLI, Enrique V. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1952. DE GASPERI, Luis y MORELLO, Augusto M. *Tratado de Derecho Civil. Teoría general de los hechos y actos jurídicos*. I. 595.863. Buenos Aires: Tipográfica Editora, 1964.
48. ANDORNO, Luis O. "Factores subjetivo de imputación". En: *Responsabilidad Civil - Presupuestos*. Córdoba: Advocatus, 1997, p. 173. LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. Cit.*, p. 184. ECHEVESTI, Carlos A. "Comentario art. 506"; y, CAMPAGNUCI DE CASO, Rubén H. "Comentario al art. 520/521". Ambos en: *Código Civil y normas complementarias - Análisis doctrinario y jurisprudencial*. 2da Edición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1998. LAFAILLE, Héctor. *Derecho civil - Tratado de las Obligaciones*. Tomo VII.I. Buenos Aires: Ediar S.A. Editores, 1947, p. 167.
49. CIFUENTES, Santos. *Op. Cit.*, p. 215.

maquina e induce a error al otro estaría incumpliendo expresamente el mandato normativo de celebrar el contrato (extensible a todo acto jurídico) de buena fe.

Con respecto al tema, cuando se estudió la reconocibilidad del error en el Código Civil, se citó el pensamiento de Paniol, Ripert y Esmein, quienes expresan que "el que ha sabido que la otra parte estaba en error sobre un punto a sus ojos esenciales, merece ver pronunciada la nulidad en su detrimento. Es mala fe y frisa con el dolo". Este autor no iguala las figuras en estudio pero las pone en un punto de conexión muy cercano⁵⁰.

En aquella investigación se opinó que el Código Civil en proceso de extinción, no sólo sanciona el conocimiento de la realidad en la cual se desarrolla el negocio o acto sino además, el no haber comunicado a la contraparte dicha circunstancia. En perfecta concordancia con lo transcrito, el artículo 933 generaliza el deber de hacer conocer la verdad fáctica en la cual se desenvuelven los actos o negocios patrimoniales. Así, cuando la parte aquella que conoció el error en el cual incurrió el autor de la declaración, se ha conducido en forma reticente o ha ocultado dolosamente las circunstancias determinantes del error, ha incurrido en una omisión dolosa cuando el acto no se hubiera realizado sin dicha actitud del sujeto contratante. De los requisitos enumerados por el artículo 932, la gravedad del dolo pierde relevancia al existir el deber de hacer conocer el error a la parte incurso en él⁵¹.

En resumen, cuando la voluntad de quien emite la declaración determinada por el error es conocida por la contraparte, la cual sabe que no se adecua a la realidad y no lo manifestó, prevale-

ciéndose de la ignorancia del comitente, puede ser revocado el acto como hecho por dolo, dando lugar a las indemnizaciones pertinentes.

El dolo caracterizado como vicio de la voluntad tiene por elemento esencial el engaño y, por objeto inducir a error, el cual vendría a ser un tipo de error provocado. En dolo incurre el sujeto engañador y, en error, el engañado o inducido⁵².

En este caso, la distinción entre el dolo como vicio de la voluntad y la mala fe es difícil de establecer, pues transita por una zona gris muy amplia que para delimitar sus ámbitos es ineludible examinar: (i) el conocimiento de la situación, (ii) la intención de obtener una expresión de voluntad de la otra parte y (iii) la acción de engañar.

El conocimiento de las circunstancias, datos o situaciones relevantes (verbigracia, existencia de impedimento en el matrimonio putativo) es ineludible en el sujeto activo para poder pergeñar el engaño y accionar en consecuencia.

Si no conoce, no puede inducir a otro a la realización del acto, razón por la que no debe ser calificado su actuar como doloso. Sin embargo autónomamente podría ser tildado de mala fe por la negligencia en que incurrió cuando debía tener ese conocimiento, por las calidades personales, tiempo y modo, y no lo poseyó.

Desde esta perspectiva, cuando se "debía conocer" los hechos que dan origen a la ilegitimidad del accionar pero no se conocen por culpa inexcusable ya se está incurso en mala fe, pero en este caso y, por lógica consecuencia de esa falta o errónea información, no se puede inducir a la otra parte a emitir una expresión de voluntad errónea, sino está ante un acto celebrado con

50. ALFERILLO, Pascual Eduardo. "La reconocibilidad del error en el Código Civil". En: *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. 1976/1977. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, p. 223. Se citó a PLANIOL, RIPERT y ESMEIN. *Obligaciones*. Tomo I, p. 177.

51. *Ibid.*, p. 233.

52. CIFUENTES, Santos. *Negocio Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1986, p. 409. GARIBOTTO, Juan Carlos. *Teoría general del acto jurídico*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1991, p. 169. RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil – Parte General*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1997, p. 807.

error de ambas partes, punto a partir del cual habrá que juzgar si ellos son justificables⁵³.

Ahora bien, cabe interrogarse si resulta elemento tipificante de la "Mala fe" acreditar el propósito o fin perseguido por el sujeto activo que se grafica en la faz interna de la elaboración de la voluntad, en la determinación o intención de elaborar una estrategia para inducir a error a la otra parte lo cual, posteriormente, se manifiesta externamente en acciones (artículo 931 del Código Civil) u omisiones (artículo 932 del Código Civil) que caracterizan a esta clase de dolo.

La respuesta negativa, surge nitida del contenido del artículo 225 del Código Civil (texto Ley 23515) cuando regla que *"el cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia"*.

En primer lugar, porque esta norma distingue correctamente entre mala fe y dolo.

En segundo término porque para caracterizar a la mala fe (artículo 224 del Código Civil) requiere que se acredite únicamente que conocía o debía conocer el impedimento o la causal de nulidad. Es decir, no se exige que acredite el cónyuge de buena fe la intencionalidad ni las maniobras realizadas para conducirla a emitir su voluntad equívoca. No es trascendente para el Derecho que se configuren estos elementos para clasificar al cónyuge como incurso en mala fe, reprocharle el comportamiento y endilgarle el deber de resarcir los daños ocasionados al cónyuge de buena fe.

En cambio, a los terceros que hubieren provocado el error si se exige que se acredite el accionar

doloso de los mismos, lo cual implica probar las maquinaciones, artificios o astucia empleada para conseguir el acto del sujeto de buena fe.

Si se observa con detenimiento, la ley civil es más simple en sus exigencias probatorias, pero a la vez más rígida en su sanción con la mala fe.

En síntesis, la voluntad interna del sujeto (intención) de obtener el acto y la posterior acción de engañar descrita en el artículo 931 como *"toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación"*, no es de la esencia de la mala fe, dado que la tipificación de ésta recae fundamentalmente en tener el conocimiento relevante frente a un resultado (acto) reprobado por la ley.

A partir de este cotejo debemos compartir con Paniol, Ripert, Esmein y Spota que la mala fe está cerca, se aproxima, frisa, pero no es dolo.

2. Mala fe y culpa.

En los estudios precedentes se destacó con especial énfasis que la existencia de casos en los cuales la ley califica al sujeto como incurso en mala fe a pesar de no tener, por negligencia, el conocimiento relevante que le era exigible, constituye la razón lógica más importante que impide legal y doctrinariamente, asimilar totalmente la mala fe al dolo⁵⁴.

2.1. La mala fe negligente en el Código Civil.

En el contenido de los artículos 224 (matrimonio putativo), 2176 (vicios redhibitorios) y 2569 (transformación de cosa ajena) del Código Civil, concretamente, se califica al sujeto como de

53. ALFERILLO, Pascual Eduardo. *Op. Cit.*, p. 228. En ese trabajo se distinguió entre error común y error bilateral. El primero es aquel que no se presenta como una suma de hechos unilaterales, sino como un evento inter subjetivo, que tiene bajo ese aspecto la misma naturaleza que la declaración común. En cambio el bilateral, es caracterizado como el resultante de la suma de hechos unilaterales, es decir, ambas partes han llegado a esa situación en forma independiente.

54. DANZ, Erich. *Op. Cit.*, p. 197. Cámara Nacional Civil de la República Argentina, Sala C, 28 de febrero de 19858, "Feldman, Manuel c. Metropolitana, S.A., Cia Inmobiliaria". En: *Revista jurídica La Ley*, 1985-C, 412, Digesto Jurídico, 985-46-489, AJ, 985-II-381. En este fallo se juzgó que *"el factor de atribución, la culpa (mala fe), que se exterioriza con el incumplimiento resuelve el contrato y el contratante que había recibido el pago, al desaparecer la causa, no*

mala fe en función del conocimiento que debió tener. Es decir, a pesar de no estar al corriente de las circunstancias relevantes relacionadas con el acto, no podrá ser eximido de ser calificado y de las responsabilidades de la mala fe cuando su ignorancia sea inexcusable.

En estos casos, no se puede asegurar que el sujeto trasgresor conocía el hecho, circunstancia o motivo que torna reprochable su conducta, pero indudablemente se lo tildará incurso en mala fe, por no haber obrado con la diligencia que era menester conforme las circunstancias de tiempo, modo y lugar para adquirir el conocimiento. Pero fundamentalmente, porque al Derecho le interesa que el sujeto tenga ese conocimiento y, de ese modo, pueda hacerlo conocer al otro partícipe del acto para evitar daños inútiles. Al no poseer ese saber por negligencia o desidia, emite una voluntad con error inexcusable, no puede transmitir a la otra parte la información y no evita la celebración de un acto que ocasionará daño, de donde la imputación de las responsabilidades al sujeto descuidado es una correcta decisión de la ley.

Además de estas puntuales referencias llevadas a cabo por el legislador a la mala fe derivada de la negligencia en informarse sobre las circunstancias del acto, se puede analizar el contenido de los artículos 2356, 4006, 4007 y 2771 del Código Civil donde se dan pautas concretas para determinar la negligencia que lleva a la mala fe.

Como se comprende, la excusabilidad de la mala fe está íntimamente ligada a la diligencia exigida para llegar al conocimiento exigido por la ley.

2.2. La mala fe excusable.

La doctrina jurisprudencial ha sido elocuente en destacar que en algunos casos de mala fe el sujeto ha llegado a ese estado intelectual reprochable por su accionar culposo. Va de suyo, que sólo la que se configura por ignorancia o error puede ser excusable no alcanzando a los casos en que el sujeto efectivamente tenía el conocimiento de los hechos o motivos causantes de la ilegitimidad de su actuar.

Esta idea quedó plasmada cuando se juzgó que *"la mala fe se configura no sólo por el efectivo conocimiento del impedimento sino también por el conocimiento que de él se hubiera debido tener, de manera que no queda excusado el comportamiento negligente de quién habría podido conocer la verdad a poco que indagara"*⁵⁵.

En igual sentido se resolvió que *"no hay buena fe, sino mala fe, cuando el error es producto de una conducta acreditada de ingenuidad, ligereza o subordinación"*⁵⁶.

También, en el marco de una acción por vicios redhibitorios iniciada por el propietario de un edificio contra la empresa constructora por la caída de un balcón del inmueble corresponde considerar de mala fe *"la conducta de los integrantes de la accionada si por su profesión u oficio conocieron o debieron conocer la existencia del vicio y no lo manifestaron a los compradores"*⁵⁷.

Cuando se investigó sobre el error excusable, conceptos aplicables a la mala fe justificable con las adecuaciones correspondientes, se expuso

puede ostentar título para el uso del dinero, ni actual ni pasado. Cierto es que en el caso la culpa y la mora tuvieron su tiempo posterior a la percepción de los dineros (en el caso, de algunas partidas o cuotas), pero al desaparecer la causa por efecto de esta situación posible de reproche subjetivo, no puede alegarse la buena fe en la retención del dinero ni aún por el lapso anterior. Se poseía la contraprestación (o parte de ella), en orden a una conducta prometida que no se satisfizo. No puede concebirse una buena fe relacionada con una deuda que a la postre no se cumple, por motivos imputables al tomador de los pagos" (del voto del doctor Duradoña y Vedia).

55. Cámara Nacional Civil de la República Argentina, Sala G, 1983/03/18, "R., L. c. T., A. A.". En: El Derecho (ED), 105-573.
56. Juzgado de 1ª Instancia Civil y Comercial, 6ª Nominación Córdoba, República Argentina, 17 de abril de 1989, "Fuentes, Hugo C. Aird, Juan J.". En: La Ley, Córdoba, 1990-407.
57. Cámara Nacional Civil República Argentina, Sala C, 2000/06/30, "Marini, José A. y otra c.". Consorcio Atica, I S.R.L. En: El Derecho (ED), 190-259.

que: "el sujeto emisor de la voluntad viciada por el error ha llegado a ese estado psicológico porque no tomó las previsiones mínimas en el periodo formativo de su voluntad o bien su diligencia no fue suficiente para superar los obstáculos que se han opuesto para llegar al conocimiento pleno de la verdad". Es decir, desde la negligencia extrema hasta las diligencias que toman razonables el error existe una diversidad de conductas factibles. Vélez Sarsfield interpretó a estas conductas dándoles un tratamiento distinto, caracterizando, en el artículo 929, al error excusable como aquel que no perjudica cuando ha habido razón para errar. Respecto al error inexcusable expresó: "no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable"⁵⁸.

Así entonces, la mala fe será excusable cuando no se tiene el conocimiento (ignorancia) o se tiene uno equivocado (error) de la situación, circunstancias, datos, etc. relevante exigido por la ley, debido a una negligencia justificable.

IX. REFLEXIONES FINALES

A modo de conclusiones finales, estas reflexiones que iniciamos conociendo las referencias plasmadas en artículos y notas del Código Civil de Vélez Sarsfield, en el nuevo Código unificado Ley 26994 y en el Código del Perú, permitieron descubrir en punto común qué le da el perfil y conceptualiza autónomamente a la "Mala Fe": el conocimiento que tiene o debió tener de determinada circunstancia, dato, situación, calidad, etc. relevante para el Derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto, cuya utilización antifuncional es reprobada.

Con esa experiencia asimilada, fue factible intentar una clasificación tomando como parámetro comparativo si se había previsto una sanción. Ello permitió verificar que la mala fe actúa como causa de nulidad, para limitar el ejercicio de derechos, o como factor de atribución, para endilgar la responsabilidad de resarcir. Pero indudablemente, el

"nudo gordiano" que hay que desatar para tener convicción de que es una figura autónoma, es su tradicional vinculación con el dolo. En esa dirección, la comparación no puede ser lineal sino que se debe realizar con cada uno de los tipos de dolo reglados en nuestra normativa civil.

Sin perjuicio de la comparación particular, en general, la mala fe se diferencia del dolo en la etapa de la formación de la voluntad interna, en que no requiere ser acreditada y, por ende, no forma parte de su estructura la intencionalidad (dañina, de no cumplir o de obtener un acto) o el fin de la voluntad.

Además de ello, y por lógica consecuencia, no forma parte de la estructura y de la carga probatoria de la mala fe, la exteriorización de la intencionalidad de dañar, no cumplir o de inducir a la emisión de un acto. Es decir, la acción direccionada por el querer dañar, de no cumplir o las maquinaciones, argucias, artificios, etc. para inducir la voluntad de la otra parte, es de la esencia del dolo pero no de la mala fe.

La mala fe es más simple en su estructura y en las exigencias probatorias. La mala fe, por ello, será el factor de atribución en la sociedad posmoderna o del conocimiento, dado que ante la complejidad de la misma se necesitan factores de atribución de responsabilidad o de limitación de derecho simples, de fácil acreditación.

Una muestra por demás sobresaliente se presenta en las Recomendaciones Conjuntas adoptadas por la Asamblea de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial y la Asamblea General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en la trigésima sexta serie de reuniones de la Asamblea de los Estados Miembros de la OMPI, realizadas el 24 de septiembre al 3 de octubre de 2001, en que hacen referencia concreta a la "Mala Fe" en el artículo 4, la cual actuaría como factor de atribución de las responsabilidades emergentes del incumplimiento de las recomendaciones

58. ALFERILLO, Pascual Eduardo. *Op. Cit.*, p. 224.

efectuadas para la protección de la propiedad intelectual. En ese artículo se propone:

- "1) *[Mala fe]* A los efectos de la aplicación de las presentes disposiciones, se tendrá en cuenta cualquier circunstancia pertinente para determinar si un signo fue usado, o si un derecho fue adquirido, de mala fe.
- 2) *[Factores]* En particular, la autoridad competente deberá considerar, entre otros, los siguientes aspectos:
 - i) *si la persona que usó el signo o adquirió el derecho sobre el signo tenía conocimiento de la existencia de un derecho sobre un signo idéntico o similar perteneciente a otro, o no podía razonablemente ignorar la existencia de ese derecho, en el momento en que, por primera vez, la persona haya usado el signo, adquirido el derecho o presentado una solicitud para la adquisición del derecho, cualquiera sea la que haya ocurrido en primer término; y,*
 - ii) *si el uso del signo redundaría en un aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la reputación del signo objeto del otro derecho, o lo menoscabaría injustificadamente. Como se colige de la simple lectura de esta recomendación internacional se vincula a la mala fe con el conocimiento que debió tener la persona que usó la idea de otro.*

Por ello y, como reflexión integrativa, se puede aseverar que la mala fe es una figura jurídica que tiene autonomía en el plexo normativo, es independiente del dolo y de la culpa. Su configuración basta para justificar la nulidad, condenar el resarcimiento de los daños que genere o impedir la plenitud del ejercicio antifuncional de un derecho.

Finalmente, cabe destacar que esta figura a lo largo de su vasta historia vio eclipsada su existencia por el dolo y la culpa, que ejercieron su señorío indiscutible hasta el surgimiento de la sociedad industrial y toda su nueva problemática del riesgo, que motivaron la instalación de los factores de atribución objetivos como medios idóneos para dar respuesta a las nuevas injusticias que no podían ser compensadas con la teoría de la culpabilidad.

Este pensamiento evolutivo adquiere mayor relevancia, cuando examinamos a la mala fe desde la óptica de los nuevos derechos y conflictos que se generan en la sociedad tecnológica o post-moderna que nos toca vivir, donde la técnica llevada a extremo y en permanente evolución, permite una óptima difusión de la información y, como contrapartida, la despersionalización de las relaciones inter subjetivas.

En este contexto, la mala fe se erige a futuro como el factor de atribución óptimo para justificar las puniciones tomando en cuenta la simplicidad de su estructura que facilita la carga probatoria. Ello por cuanto es dable precisar que a pesar que el conocimiento relevante está en el interior de la psique del sujeto que actúa de mala fe, el mismo puede ser presumido, en su existencia, con la aplicación de parámetros objetivos: cuando tenía o debía tener dicho saber, conforme las particularidades del caso bajo examen.

Sin duda la complejidad cultural del siglo XXI impone nuevos desafíos a la Ciencia Jurídica razón por la cual estas meditaciones que procuran construir una teoría general de la figura merecen continuidad en el tiempo y en los claustros, con estudios académicos de mayor profundidad y sapiencia. De este modo, conociendo el modo de actuar de la "Mala Fe", el Derecho sabrá punirla adecuadamente para construir un mundo donde impere definitivamente la "Buena Fe".

Esa es nuestra esperanza y la depositamos en esta oportunidad en los jóvenes investigadores del Perú, quienes tendrán la tarea de continuar las obras iniciadas.