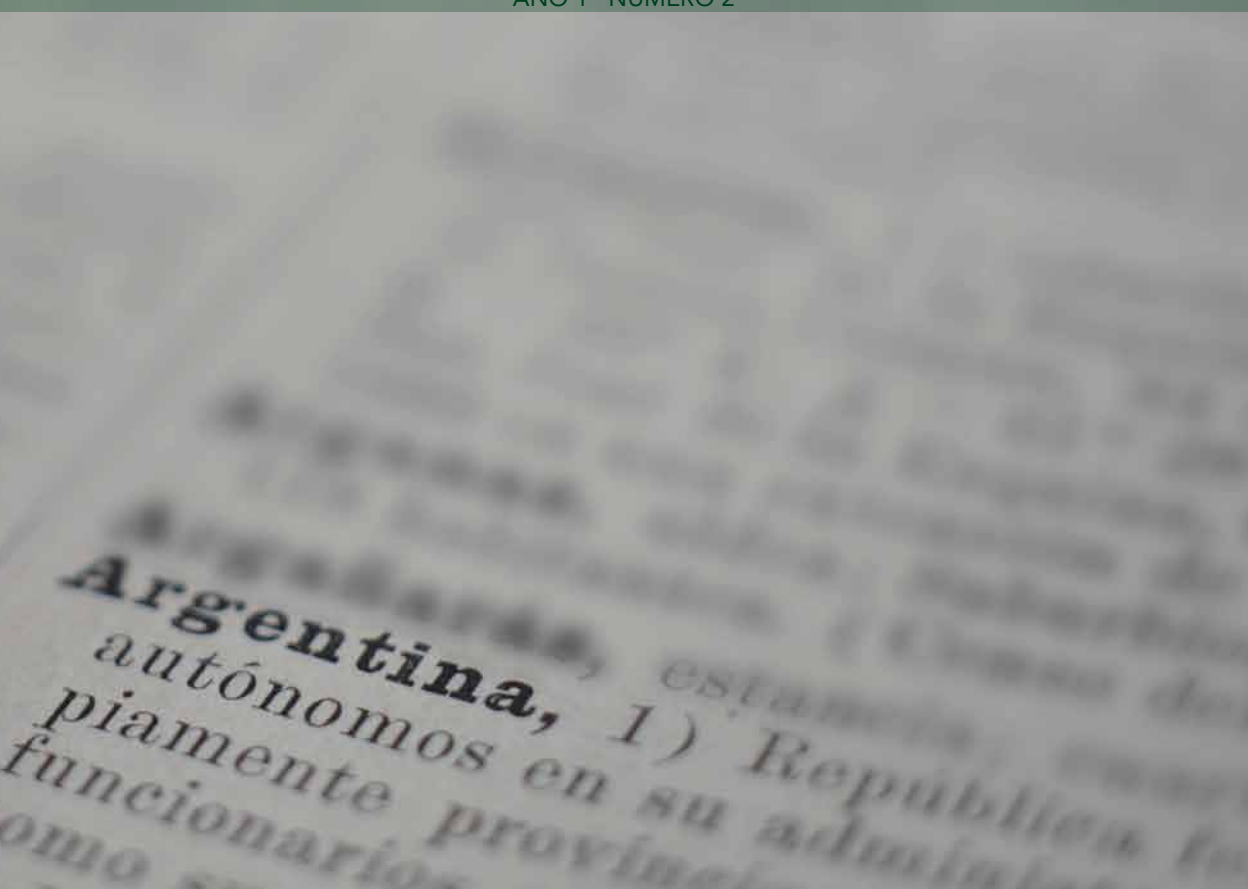


REFORMAS LEGISLATIVAS

# Debates doctrinarios Código Civil y Comercial

AÑO 1 NÚMERO 2



Ministerio de  
Justicia y Derechos Humanos  
Presidencia de la Nación



Infojus  
SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

REFORMAS LEGISLATIVAS

# Debates doctrinarios

## Código Civil y Comercial

---

AÑO 1 - NÚMERO 2

**PRESIDENCIA DE LA NACIÓN**

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

**MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**

Dr. Julio Alak

**SECRETARÍA DE JUSTICIA**

Dr. Julián Álvarez

**SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA**

Lic. María Florencia Carignano

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO  
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero



Ministerio de  
Justicia y Derechos Humanos  
Presidencia de la Nación



Infojus

SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA



Infojus

---

ISSN 2422-684X

Reformas Legislativas.

Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial

Año I - N° 2 - abril 2015

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,

C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Debates doctrinarios - Código Civil y Comercial y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ni la de sus directores.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

COLECCIÓN REFORMAS LEGISLATIVAS



DIRECTOR  
JULIÁN ÁLVAREZ



DIRECCIÓN EDITORIAL



MARÍA PAULA PONTORIERO

LAURA PEREIRAS

REVISTA DEBATES DOCTRINARIOS  
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL



DIRECTOR

JUAN MARTÍN ALTERINI



CONSEJO ACADÉMICO



GRACIELA MESSINA

ENRIQUE CARLOS MÜLLER

ADELA SEGUÍ

EDGARDO SAUX





## PALABRAS PRELIMINARES



“Las leyes, propiamente dichas, difieren de los simples reglamentos. Corresponde a las leyes sentar, en cada materia, las reglas fundamentales y determinar las formas esenciales (...) Los reglamentos son actos de magistratura, y las leyes, actos de soberanía”. Esto nos decía Portalis de manera previa a la vigencia del Código de Napoleón.<sup>(1)</sup>

Tal afirmación, por cierto, no perdió actualidad en la medida en que, luego de más de doscientos años, en Argentina, nos encontramos ante la inminente vigencia de un Código Civil y Comercial —el primero en nuestra historia que, tomando como base precisos textos proyectados, dio cabida a un cúmulo de derechos, hasta ahora, solo trabajados doctrinaria y jurisprudencialmente—.

Así, atendiendo a ello, este segundo número de la Revista propone una variada visión acerca de muchos de los señalados derechos.

De tal suerte que encontramos que el Dr. Córdoba comienza este número con una visión esquemática y fundada sobre el nuevo régimen alimentario; luego, la calificada opinión del profesor Fernández Sessarego analiza los aspectos que se vinculan con el rol del juez y el consagrado daño al proyecto de vida —que él mismo promoviera— para continuar con los distintos aspectos del ejercicio de las acciones de responsabilidad civil y su vinculación con la acción penal, minuciosamente estudiadas por la Dra. Japaze.

Seguidamente, el Dr. Lezcano efectúa un pormenorizado estudio sobre la propiedad comunitaria indígena que, también, integra el texto promulgado; luego, el profesor López Mesa, desmenuza y trata de analíticamente el

---

(1) PORTALIS, JEAN ETIENNE MARIE, *Discurso preliminar al Código Civil francés. Introducción y traducción de I. Cremades y L. Gutiérrez - Masson, Madrid, Civitas, 1997.*

tema de la normal tolerancia entre vecinos y sus implicancias; finalmente, la Dra. Wüst aborda y aporta una postura sobre el régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera.

En síntesis, en esta nueva oportunidad hemos abordado y aportado nuevas y destacadas herramientas para los debates doctrinarios sobre el Código Civil y Comercial.

Juan Martín Alterini

## ÍNDICE



<b>Régimen de los alimentos. Avance positivo</b> por MARCOS M. CÓRDOBA.....	p. 1
<b>Los jueces y la reparación del “daño al proyecto de vida”</b> por CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO .....	p. 9
<b>Ejercicio de las acciones de responsabilidad en el CCyC. La acción civil y la penal</b> por MARÍA BELÉN JAPAZE.....	p. 39
<b>La propiedad comunitaria indígena y su caracterización. Análisis del Código Unificado sancionado y su Anteproyecto</b> por JUAN MANUEL LEZCANO .....	p. 63
<b>De inmisiones, excesos, anormalidades y falta de tolerancia entre vecinos. El exceso en la normal tolerancia entre vecinos, art. 1973 CCyC</b> por MARCELO J. LÓPEZ MESA .....	p. 73
<b>Las obligaciones en moneda extranjera en el CCyC</b> por GRACIELA CRISTINA WÜST .....	p. 109





# Régimen de los alimentos

## Avance positivo

por **MARCOS M. CÓRDOBA**<sup>(1)</sup>

### I | Responsabilidad parental y parentesco en general

El Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) provee normativa sobre la materia en relación a diversas relaciones jurídicas. En lo que se refiere a los deberes y derechos de los parientes, lo hace en la Sección “Alimentos” y les dedica desde el art. 537 al 554. En lo relativo a la obligación de alimentos, regida por las normas reguladoras de los deberes y derechos de los progenitores, lo hace mediante el contenido de los arts. 658 a 670.

Es necesario atender a que este último artículo, bajo la denominación “Medidas ante el incumplimiento”, ordena que “[l]as disposiciones de este Código relativas al incumplimiento de los alimentos entre parientes son aplicables a los alimentos entre padres e hijos”.

.....  
(1) Profesor Titular de la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA - UB - UAI). Docente Investigador de Primera Categoría, Ministerio de Educación de la Nación. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (UAI). Director del Instituto de Derecho de Familia del Colegio Público de Abogados. Vicepresidente de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas.

## 2 | Justificación de la reforma legislativa

### 2.1 | La trascendencia de la cuestión

Debemos comprender que el efectivo cumplimiento del deber jurídico involucrado en el título resulta indispensable para garantizar no solo el derecho a la vida, sino también el desarrollo de los sujetos de la relación jurídica que la institución legal mencionada contempla.

Al respecto, Cicu enseña que: “El derecho alimentario familiar no tutela un derecho patrimonial del alimentado por no ser una protección de interés privado egoísta del alimentado, sino que se trata directa y fundamentalmente de un interés de orden superior, donde predomina el concepto del deber que, a su vez, da una especial significación al concepto de obligación moral hecha coactiva”.<sup>(2)</sup>

### 2.2 | El problema social y jurídico

A lo expuesto anteriormente, Gustavo Bossert agrega que “sigue siendo un problema real y grave el incumplimiento en que incurren, con excesiva frecuencia, los deudores de alimentos; es innecesario señalar los graves perjuicios que ello implica para quienes necesitan esa cuota para atender a sus necesidades”.<sup>(3)</sup>

Cecilia Grosman también expuso su parecer en torno a la cuestión en análisis —a la cual el derecho aún no había podido brindarle un avance para su solución— al señalar “el inmenso abismo que existe entre el mandato legal que ordena al padre la asistencia de sus hijos menores y el cumplimiento real de la mentada obligación”. Asimismo, la autora sostenía que se apreciaba con nitidez la distancia que podía mediar entre la vigencia de

---

(2) CICU, ANTONIO, *Scritti minori*, t. II, Milán, Giuffrè, 1965, p. 737.

(3) BOSSERT, GUSTAVO, *Régimen jurídico de los alimentos*, 2ª ed. actual. y ampl., Bs. As., Astrea, 2006, p. 574.

una prescripción normativa y su respeto por los destinatarios.<sup>(4)</sup> Por último, abonaba lo expuesto al informar que:

El número de demandas destinadas a la fijación de una cuota alimentaria o a un aumento de la misma, como asimismo las frecuentes ejecuciones derivadas de tales procesos y las consiguientes acciones tendientes a sancionar al padre incumplidor, demuestran la magnitud del problema, tornando, por tanto, imperioso hallar mecanismos legales que coadyuven a su solución.<sup>(5)</sup>

En el mismo sentido, Fanzolato expuso que:

El incumplimiento del deber alimentario es uno de los aspectos más preocupantes de las relaciones de familia. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han esforzado por hallar los medios adecuados para lograr una cabal observancia de los alimentos familiares, habiéndose propuesto una serie de medidas constrictivas tendientes a lograr su efectivización, o sanciones ejemplares que sirvan de advertencia poniendo de resalto el interés y el compromiso de la sociedad en la satisfacción de estos deberes.<sup>(6)</sup>

Por nuestra parte, junto a Ferrer de Fernández sostuvimos que “[c]on el correr de los años el requerimiento social ante la falta de satisfacción de las necesidades alimentarias persiste, agravado por una constante convicción de carencia de previsión legal que coaccione al incumplidor y lo persuada a cumplir la prestación en tiempo oportuno”.<sup>(7)</sup>

Juan Martín Alterini e Ivana Centanaro aseveraron que “ninguna duda cabe en relación con que en la actualidad retoma importancia la necesidad de

.....

(4) GROSMAN, CECILIA, “Medidas frente al incumplimiento alimentario”, en *La Ley*, LL 1985-D-949, p. 936.

(5) GROSMAN, CECILIA, “¿Es la suspensión del régimen de visitas una medida conveniente ante la falta de los alimentos?”, en *La Ley* 1983-B-1055.

(6) FANZOLATO, EDUARDO I., *Derecho de Familia*, t. I, Córdoba, Advocatus, 2007, p. 311.

(7) CÓRDOBA, MARCOS y FERRER DE FERNÁNDEZ, ESTHER H. S., “El fideicomiso de garantía y su habilidad para garantizar deudas de naturaleza alimentaria”, en AAVV, *Estudios sobre garantías reales y personales, Libro en homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga*, t. II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 735/744.



crear los mecanismos de protección adecuados, a fin de evitar una mayor desigualdad entre quienes se encuentran legalmente obligados al pago de alimentos y a los necesitados de ellos".<sup>(8)</sup>

Ahora bien, no solo la doctrina autoral y jurisprudencial se dedicó a atender la cuestión, sino que la investigación científica también trabajó en ello y concluyó que: "La relación jurídica derivada de la patria potestad consistente en el deber alimentario requiere el grado máximo de certezas y ello solo es posible cuando resulta de textos normativos claros. La ley está escrita para evitar el conflicto no tiene como primer objetivo la consecuencia del conflicto sino, por el contrario, provocar las conductas que no lo causen. No es cierto que el último intérprete de la ley sea el juez, a la jurisdicción arriban tan solo un ínfimo porcentaje de la totalidad de relaciones jurídicas producidas en la sociedad y en todas ellas rigen las normas y no son ellas producto de interpretación por parte del experto que es el juez, sino por parte de la totalidad de los sujetos del Derecho en los cuales debe reconocerse un estándar de comprensión que no se corresponde con lo de los especialistas. Por ello cuando digo que las normas deben estar expresadas de modo claro, lo que sostengo es que no deben constituirse con términos estrictamente técnicos, si deben ser correctos, pero de comprensión por todos. No obsta lo dicho que deba atender que le asiste razón a la doctrina que expone que 'los preceptos unívocos son imposibles de lograr y su aproximación surge del proceso de producción normativa con base científica y del proceso de interpretación de las reglas que hacen los jueces y los estudiosos'".<sup>(9)</sup>

## 2.3 | Antecedentes de propuestas legislativas y el CCyC

La situación planteada ha sido causa de innumerables proyectos legislativos; sin embargo, salvo pocas e intrascendentes excepciones, la legislación vigente no fue modificada hasta la promulgación del CCyC.

(8) ALTERINI, JUAN M. y CENTENARO, IVANA, *Derecho a alimentos. Registro de deudores alimentarios morosos*, Bs. As., Círculo Carpetas, 2004, p. 45.

(9) CÓRDOBA, LUCILA I., "Deber alimentario de los padres con relación a sus hijos menores en la estructura jurídica de la República Argentina", tesis doctoral presentada en la Universidad del Museo Social Argentino, p. 52, Inédita.

Como fuente de la nueva legislación en la materia, corresponde destacar que en el año 1993 la Honorable Cámara de Diputados de la Nación sancionó un Proyecto de Unificación de los Códigos que tratan la cuestión civil y comercial. En este se previeron normas de regulación del deber alimentario que fueron receptadas posteriormente por otros proyectos, entre los que se encuentra el que se dio a conocer como “Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial” de 1998. Recordemos que en la unificación de 1993 las reformas propuestas fueron el producto de un Proyecto elaborado por la Comisión Federal de Juristas, designada por la totalidad de los bloques representados por la Cámara de Diputados y aprobado por unanimidad.

## 2.4 | Contenido de la prestación

Debe considerarse que el Código sancionado en la Cámara de Diputados estimó insuficiente la determinación legal contenida en el art. 372 del Código Civil (en adelante, CC) que indicaba como comprensivo de la prestación de alimentos solo lo “necesario para la subsistencia, habitación y vestuario...”. En función de esto, bajo el número de art. 311 propuso: “La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario, asistencia en las enfermedades, esparcimiento y educación, correspondiente a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante”. Así, la propuesta incorporaba a lo que pretendía ser la determinación legal, aquellos rubros no considerados en el CC preexistente.

El consenso respecto de ello resultó evidente en cuanto el Proyecto de 1998, que en su art. 619 reproducía de manera textual: “Contenido de la obligación alimentaria. La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario, asistencia en las enfermedades, esparcimiento y educación, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante”. Ante la necesidad de proveer solución al problema social provocado por los incumplimientos del deber alimentario, el impulso de aquello que cinco años antes había obtenido media sanción —que luego la inactividad en la función legislativa de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación frustró— volvió a cobrar vigor en la propuesta

de la Comisión Unificadora del denominado “Proyecto del año 2012”, que en su art. 541 expresaba:

Contenido de la obligación alimentaria. La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación.

En esta oportunidad sí tuvo éxito como consecuencia de la promulgación de la ley 26.994.

## 2.5 | Retroactividad de la sentencia

En lo que respecta a la retroactividad del efecto de la sentencia judicial, el art. 315 del Proyecto del año 1993 establecía: “Los alimentos se deben desde el día de la demanda judicial o desde el día de la constitución en mora del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga demanda judicial en el término de seis meses contados desde la interpelación”. Dicha idea se reiteró en el art. 625 del Proyecto de 1998 que establecía: “Retroactividad de la sentencia. Los alimentos se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda dentro de los seis (6) meses de la interpelación”, mientras que el CCyC, en el art. 548, ordena: “Retroactividad de la sentencia. Los alimentos se deben desde el día de la interposición de la demanda o desde la interpelación al obligado por medio fehaciente, siempre que la demanda se presente dentro desde los seis (6) meses de la interpelación”.

## 2.6 | Incumplimiento de órdenes judiciales

En cuanto a la omisión de cumplimiento de la orden judicial de retención de la obligación alimentaria por parte del dependiente o acreedor, el Proyecto de 1993 en su art. 324 establecía que: “Quien no cumpla inmediatamente la orden judicial de retener la suma correspondiente a una obligación alimentaria de su dependiente o acreedor, será solidariamente responsable de la

obligación". Por su parte, la solución presentada en el Proyecto de 1998, en el art. 630, refiere que: "Quien no cumpla la orden judicial de retener la suma correspondiente a una obligación alimentaria de su dependiente o acreedor, pagando directamente a estos, es solidariamente responsable de la obligación hasta la concurrencia de la retención omitida". Por último, el art. 551 CCyC establece que: "Es solidariamente responsable del pago de la deuda alimentaria quien no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor".

## 2.7 | Acción simultánea contra obligados de distinto grado

El CCyC, en su art. 546, ordena que: "Incumbe al demandado la carga de probar que existe otro pariente de grado más próximo o de igual grado en condición de prestarlos, a fin de ser desplazado o concurrir con él en la prestación. Si se reclama a varios obligados, el demandado puede citar a juicio a todos o parte de los restantes, a fin de que la condena los alcance". La norma tiene como fuente el contenido de los arts. 314 y 319 de la Comisión Federal de Juristas, cuyo contenido fue unificado.

En concreto, con aquel Proyecto se persiguió provocar el cumplimiento de los obligados, con la intención de garantizarles el derecho a la legítima defensa en debido proceso. Así es como en su art. 319, con el fin de que quien requiere lo necesario para su subsistencia no deba promover sucesivos procesos agotando el orden de quien le debe la prestación, se estableció que el requirente de alimentos podía accionar simultáneamente, incluso, contra obligados de distinto grado. La sentencia impondría el deber al más próximo y, en caso de que este no pudiera satisfacerle a los que le siguieren, o establecer una contribución entre parientes de igual o distinto llamamiento, teniendo en cuenta las posibilidades de cumplimiento de cada uno de ellos.

## 3 | Consideraciones generales

El Estado, mediante el dictado de normas contenidas en leyes u otras disposiciones, debe intentar provocar la realización de determinadas conductas tendientes al logro de finalidades que atiendan el interés de la sociedad. En este sentido, la sociedad manifestó la necesidad en nuevas

normas tendientes al cumplimiento de un deber cuya consecuencia es la provisión de lo indispensable para la vida. Ello fue advertido por la doctrina, y el legislador, respetando la evolución jurídica transferida en los proyectos legislativos rememorados, produjo una modificación necesaria del derecho positivo de la República Argentina en la que rige un sistema basado en el principio de legalidad. Es decir, de un principio jurídico, en virtud del cual no solo los ciudadanos, sino todo habitante e incluso los poderes públicos, están sometidos a las leyes y al derecho, ya que la forma de nuestro régimen institucional es llamada por el art. 1° de la CN "representativa, republicana y federal", con división tripartita de poderes. Los órganos del Estado que tienen la función de crear normas jurídicas son el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo por sus facultades de iniciativa y de veto o promulgación, correspondiendo a los jueces solo el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes.

---

# Los jueces y la reparación del “daño al proyecto de vida”

por CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO<sup>(1)</sup>

**Resumen.** El autor ofrece una panorámica del estado contemporáneo del derecho de daños, en general, y del daño a la persona, en particular, a la luz de los aportes de la filosofía de la existencia, que significaron el trascendental cambio de una visión patrimonialista por una centrada en la protección integral del ser humano en cuanto “**ser libertad**”. Como consecuencia de ello, el autor detiene su atención en la descripción, características, recepción jurisprudencial y adecuada reparación del daño al “proyecto de vida”, sin dejar de desconocer la imperiosa e impostergable necesidad de una adecuada y cabal formación del juez en esta materia.

## I | Introducción

El texto que hemos elaborado en esta ocasión es una apretadísima síntesis de lo que tenemos pensado y escrito sobre el “daño a la persona” y, en particular, sobre el “daño al proyecto de vida” y la modalidad de sus reparaciones.<sup>(2)</sup> Por ello, muchos de los temas y sus correspondientes desarrollos

.....

(1) Profesor Emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú. Profesor Emérito de la Pontificia Universidad Católica, Perú.

(2) FERNÁNDEZ SESSAREGO CARLOS, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, 12ª ed., Lima, Grijley, 2012; “El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984”, en AAVV, *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Lima, Cultural Cuzco, 1985; *Il danno alla salute nel Codice Civile Peruviano*, en AAVV, *Giornate di Studio sul Danno alla Salute*, Padua, Cedam, 1990; *Protección Jurídica de la Persona*, Lima, Universidad de Lima, 1992; “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”, en AAVV, *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1994, entre otros numerosos estudios y aportes sobre la materia.

han quedado pendientes. La novedad e importancia de la materia —que tiene que ver con lo fundamental del derecho como lo es la protección del ser humano— exige de los jueces una reflexiva y pausada atención. Es necesario que, aquellos que aún no lo han hecho, se pongan al día con los avances de la ciencia jurídica, que tomen conciencia de la revolución que se ha producido en el campo del derecho y, en especial, en el de la responsabilidad civil.<sup>(3)</sup> La dinámica del derecho, que corre paralela a aquella de la vida, así lo exige.

## 2 | ¿Qué es la libertad?

La libertad es el **ser** mismo del hombre. La libertad es lo que caracteriza al ser humano, es lo que lo hace ser el ente que **es** y no **otro**. La libertad lo diferencia de los demás entes del mundo así como de los otros seres humanos, pues siendo todos iguales no hay dos idénticos. A esta libertad la designamos como libertad **ontológica**, en cuanto es el **ser** mismo del hombre.

A la libertad no se le puede definir; no es “algo” que tenemos ante nuestra mirada. Suele aproximarse a su conocimiento a través de uno de sus atributos —tal vez el que nos resulta más importante o perceptible—, como es el de la capacidad, inherente al ser humano, de adoptar decisiones y de elegir por sí mismo entre uno u otro proyecto, acto, o conducta, sin límite alguno.

La libertad, que es un concepto unitario, tiene dos instancias. La primera es el **ser** que somos, que concibe, elige y decide proyectos, constante y continuamente, para su ejecución inmediata, o a mediano y largo plazo. La segunda instancia es el **proyecto** elegido en proceso de ejecución en la realidad de la vida, convirtiéndose en actos o conductas. A la primera la llamamos libertad **ontológica** y, a la segunda, la designamos como libertad **fenoménica**. Entre todos los proyectos que el ser humano concibe, existe uno que se distingue de los demás. Es el “proyecto de vida”, lo que el ser humano decide “ser” y “hacer” con su existencia.

(3) FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, “El Derecho de Daños en el umbral de un nuevo milenio”, en *DOXA. Tendencias modernas del derecho*, Trujillo, Ediciones Normas Legales, 2004; y *El derecho a imaginar el derecho*, Lima, Idemsa, 2011.

## 3 | ¿En qué consiste el “proyecto” de vida?

Libertad es sinónimo de proyecto. El ser humano es libre para proyectar, se proyecta para vivir. La libertad ontológica es, necesariamente, proyectiva. Se es libre para proyectar una “manera de vivir”, un destino personal o un simple acontecimiento cualquiera del cotidiano acontecer. La libertad ontológica tiene vocación de cumplimiento en la realidad, en el mundo exterior, en el diario vivir. Libertad para vivir de tal o cual modo, a través de actos, conductas y comportamientos que configuran la cotidianeidad del existir, y que trasuntan un “proyecto de vida” libremente elegido.

Todos los seres humanos tienen un proyecto para su vida. Se elige y decide emplear la vida, que es temporal, para la realización de un proyecto de existencia. Hay proyectos posibles, realizables, sensatos, acordes con las potencialidades de quien los adopta y las opciones que se le presentan. Existen, en cambio, proyectos demasiado ambiciosos, que desbordan las potencialidades y energías de la persona, por lo que no son realizables en todo o en parte. Hay proyectos fantasiosos, quiméricos, del todo inejecutables. No es infrecuente que la persona, que posee un determinado proyecto de vida, por razones ajenas a su voluntad —por carencia de potencialidades o de opciones—, no pueda cumplir con su proyecto y se vea obligada a realizar un proyecto alternativo. Lo único cierto es que todos los seres humanos, consciente o inconscientemente, poseen un proyecto de vida. Lo contrario sería vivir sin rumbo, sin ideales, sin aspiraciones, sin modelos, sin finalidad, sin sentido: un imposible.

El proyecto de vida responde a la exigencia existencial por la cual cada ser humano debe otorgarle un sentido a su vida, una ineludible razón de ser. El ser humano cumple una misión durante su existencia, se fija metas, se traza un destino. Se vive para ser “algo”, para cumplir con un proyecto de vida. No es posible un vacío existencial. Ello equivaldría a un “no ser”.<sup>(4)</sup>

.....

(4) CORTE IDH, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”, Fondo, 27/12/1998, párr. 148. Aquí se aplica por primera vez, a nivel de la jurisprudencia, la obligación de reparar el “daño al proyecto de vida”, y se define el “proyecto de vida” en los siguientes términos: “El ‘proyecto de vida’ se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”.



El proyecto de vida es complejo en tanto no solo puede referirse a la situación laboral sino, también, a la familiar, o a cualquier otro aspecto que signifique una aspiración de la persona a realizarse durante su humano existir.

## 4 | La libertad y el cumplimiento del proyecto de vida

La decisión-elección libre del ser humano se convierte, así, en libertad **fenoménica**, que es la que se hace presente en el mundo en el que vivimos, la que se torna patente por volcarse al exterior. Es el proyecto de vida en ejecución, que puede alcanzar su plena o parcial realización, frustrarse total o parcialmente, o retardarse por cierto tiempo en su cumplimiento. Originada en una decisión subjetiva, la libertad fenoménica se hace presente en el mundo exterior mediante los actos o conductas por los cuales el ser humano cumple o pretende realizar tal decisión. De allí que la libertad, que es decisión, implica un continuo proyectar. La libertad ontológica es, de suyo, proyectiva, con vocación de convertirse en acto. Concebir proyectos es, por ello, poner el ser en el futuro, posible desde que el ser humano es un ente temporal. La temporalidad es inmanente a la libertad. El proyectar supone no solo temporalidad, sino también la manifestación de la estructura coexistencial del ser humano. Ningún proyecto puede realizarse sin contar con los otros seres humanos o las cosas del mundo exterior. Se proyecta en y dentro de una comunidad. De ahí que la libertad del ser humano sea temporal y coexistencial.

## 5 | En relación con la libertad, ¿qué es el acto o conducta humana?

La libertad ontológica, como señala Sartre, “se hace acto”, y este “es la expresión de la libertad”. Es decir, los actos o conductas constituyen la libertad fenoménica.<sup>(5)</sup> Como apunta el filósofo francés, “el proyecto libre es fundamental, pues es mi ser”.<sup>(6)</sup> El acto exterior, mediante el cual se realiza una libre decisión subjetiva, es la manifestación de un determinado proyecto personal.

(5) SARTRE JEAN-PAUL, *El ser y la nada*, Bs. As., Íbero-Americana, 1949, vol. III, p. 16.

(6) SARTRE, *El ser...*, *op. cit.*, p. 76.

El ser libre “es aquel que puede realizar sus proyectos”.<sup>(7)</sup> Es, precisamente, a través de los actos o conductas que los demás seres humanos conocen cuáles son las íntimas decisiones de cada persona. En palabras del citado filósofo, el ser humano “es un existente que descubre su libertad por sus actos”.<sup>(8)</sup>

Como anota Zubiri, “el más elemental de los actos específicamente humanos interpone entre las cosas y nuestras acciones ‘un proyecto’”. Solo el ser libre se proyecta, y esto, nos dice el filósofo hispano, “cambia radicalmente nuestra situación respecto a la del animal”. Los actos del hombre “no son reacciones sino proyectos”. No responden únicamente a los instintos, sino que son el producto de decisiones libres. Solo el ser humano, por ser ontológicamente libre, es capaz de proyectar.<sup>(9)</sup>

Ya en 1950,<sup>(10)</sup> sustentamos nuestro trabajo sobre la base de la existencia del proyecto de vida —la existencia del “proyecto de vida” ya formaba parte de nuestro bagaje conceptual desde aquellos años—, y es así como, en el libro que recoge aquella tesis estudiantil, se lee lo que puede ser síntesis de lo que venimos diciendo: “El hombre, en fin, es libertad que se proyecta”.<sup>(11)</sup>

El proyecto de vida se encuentra plasmado en el pensamiento de los filósofos contemporáneos más representativos, sobre todo de aquellos que conforman la escuela de la filosofía de la existencia, como es el caso de Sartre y Zubiri, ya citados. No es posible considerar que el proyecto de vida sea una quimera, ni una fantasía, ni un espejismo, o algo por el estilo. Es una maciza realidad del existir de todo ser humano. Si no se posee un proyecto a realizar en la existencia, la vida carece de sentido, de razón de ser. Esta es la importancia del proyecto de vida, aún no suficientemente percibida por un sector de los hombres de derecho que no se han actualizado.

.....

(7) *Ibid.*, p. 81.

(8) *Ibid.*, p. 18.

(9) Ver ZUBIRI, XAMIER, *Naturaleza, Historia, Dios*, Bs. As., Poblet, 1948, p. 342.

(10) FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, *El derecho como libertad*, 3ª ed., ARA, Lima, 2006. La tesis, que había permanecido inédita durante treinta y siete años, se publicó por primera vez en 1987 en Lima, por Studium, con prólogo de David Sobrevilla y presentación de Domingo García Belaunde.

(11) FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, *El derecho como...*, *op. cit.*, p. 115.

## 6 | La singularidad del “proyecto de vida”

El ser humano, en cuanto ser libertad, es un constante, un permanente proyectar. El ser humano, el “ser ahí” heideggeriano, “en cuanto tal, se ha proyectado en cada caso ya, y mientras es, es proyectante”.<sup>(12)</sup> Como expresa Heidegger, y como se ha anotado, el ser humano es un ser proyectante. O, como preferimos decirlo es, de suyo, proyectivo. Proyecto significa libertad con la exigencia de convertirse en un acto de vida, en un destino personal, en libertad fenoménica.

Entre la multiplicidad de proyectos que el ser humano forja permanentemente en su existencia hay uno que es singular, único, irrepetible: el “proyecto de vida”, lo que cada ser humano ha decidido “ser” y “hacer”, “en” y “con” su vida, de acuerdo con una personal escala de valores. Es aquello, reiteramos, por lo cual se considera valioso vivir. Significa, por ello, otorgarle una razón de ser a su existir. Es la misión que cada cual se propone realizar en el mundo. Es un conjunto de ideales, de expectativas. Es, en suma, el destino personal de cada cual.

El “proyecto de vida” es aquello que el hombre, consciente de su libertad, “quiere llegar a ser lo que puede y quiere ser”.<sup>(13)</sup> Todos los demás proyectos, directa o indirectamente, desde los más significativos a los de menor trascendencia, confluyen en el “proyecto de vida”. Todo lo que el hombre proyecta y ejecuta en la vida está, directa o indirectamente, en función de su personal “proyecto de vida”, dirigido al cumplimiento del “singular proyecto de vida”. Existen, por ello, proyectos de vida que se perfilan nítidamente, que responden a una definida personalidad, que tienen un profundo sentido para la existencia de cierto sujeto, y que se comprueban a través de una objetiva trayectoria de vida. Son proyectos singulares que se desarrollan con entusiasmo, gozosamente, desde que expresan una sentida y honda vocación. Ellos conducen a un estado de felicidad, y son auténticos en cuanto corresponden a una libre y cumplida decisión de la persona.

.....

(12) HEIDEGGER, MARTÍN, *El ser y el tiempo*, México, FCE, 1951, p. 168.

(13) JASPERS, KARL, *La fe filosófica*, 2ª ed., Bs. As., Losada, 1968, p. 60.

## 7 | Un proyecto de vida, ¿por qué, para qué?

El ser humano se encuentra, en un tiempo y en un espacio dados, lanzado en el mundo, existiendo, “viviendo” y, como consecuencia de esta situación, se pregunta, consciente o inconscientemente, ¿qué hacer con mi existencia?, ¿cuál el **sentido** que quiero otorgarle a mi vida?, ¿**libertad**, para qué?<sup>(14)</sup>

Concibe, entonces, como respuesta a esta profunda inquietud, su “proyecto de vida”. Para ello debe necesariamente contar, en cierta medida, con lo que proviene de su mundo interior. Es decir, con sus propias potencialidades, capacidades, energías, habilidades, talentos y posibilidades psicosomáticas. Ellas constituyen el instrumento primario del cual se vale el hombre para cumplir con su “proyecto de vida”. Pero, también, debe contar con todo aquello que le ofrece el mundo exterior, la circunstancia en la que está situado: la trama interpersonal, la coexistencia o presencia de los “otros”, así como las cosas que en él se hallan y lo envuelven. De todo ello se vale el ser humano para concebir y, consecuentemente, para dar cumplimiento a su “proyecto de vida”. En una palabra, el ser humano proyecta su vida sobre la base de sus propias capacidades y de las opciones que le ofrece el mundo, su circunstancia. No es posible la existencia, y menos la realización de un “proyecto de vida”, si el ser humano carece de oportunidades u opciones que le permitan decidir y elegir su personal proyecto.<sup>(15)</sup>

.....

(14) FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, *El derecho como...*, op. cit. Allí teníamos diversas respuestas a esta pregunta: “Libertad para ser esto o aquello, simplemente para ser; Libertad, ¿para qué? Para vivir, para escoger; para hacer nuestra vida —que es lucha o pacto con el mundo— de acuerdo a fines, a valores, que escogemos gracias a aquella libertad; libertad, ¿para qué? Para las grandes empresas, para preferir los más altos fines, los más nobles ideales, los valores supremos. Para hacer una vida auténtica, egregia, como diría Ortega y Gasset”.

(15) CORTE IDH, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”, fallo cit. Sobre el tema dice lo siguiente: “En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Dificilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte”.

## 8 | Los proyectos alternativos, sustitutos, y las oportunidades u opciones de vida

Al lado de los proyectos de vida fácilmente perceptibles por ostensibles, que responden a una sentida vocación y que se hallan en trance de realización, nos encontramos también con otros que no reflejan una honda vocación, que no trasuntan un compromiso existencial que el hombre haya asumido en plenitud. Se trata de proyectos de vida que no corresponden al modelo que el ser humano libremente escogió y que, más bien, representan la necesidad existencial de todo ser humano de otorgarle un cierto sentido a su vida. Estos proyectos de vida, generalmente, le han sido impuestos a la persona por las circunstancias de su existencia, que pueden estar vinculadas tanto la carencia de potencialidades propias como de opciones negadas por el mundo exterior.

A los desdibujados y grises proyectos que sustituyen al deseado y escogido por el ser humano los denominamos "alternativos". Frente a esta situación, contraria a la decisión libre y a los sueños e ilusiones del hombre, cabe un sentimiento de frustración o amargura por aquello que la vida no le concede. No obstante, puede ocurrir que la persona que no alcanza su realización se resigne frente a esta situación y acepte, con filosófica alegría, el cumplimiento de un proyecto alternativo. Puede también presentarse una extraña combinación de estos u otros estados psicológicos con predominio de alguno de ellos. Cada persona, de acuerdo con su personalidad, tiene una singular respuesta ante esta eventualidad.

La posibilidad que tiene cada persona de cumplir con un determinado "proyecto de vida" se halla, por consiguiente, en función tanto de las potencialidades inherentes al sujeto como de las oportunidades u opciones que le ofrece el mundo en el que vive.

Si, como resultado de un daño, el proyecto de vida de la persona no se realiza, total o parcialmente, no es difícil percibir las consecuencias negativas que, en mayor o menor grado, ha de sufrir su proyecto de vida, el que se cumplía con regularidad, de manera visible por ser objetivo, y durante un tiempo más o menos prolongado.

Un daño a los proyectos alternativos, por no ser queridos, auténticos, no es necesariamente causa de una frustración que comprometa el destino de la persona. En otros términos, este daño, normalmente, no genera mayores consecuencias negativas en el “proyecto de vida” sino, más bien y probablemente, en otros aspectos de la existencia de la persona, como podría ser su bienestar personal o en una pérdida de carácter material, o ambos. Es decir, se trata de un daño que repercute negativamente en el desarrollo de su vida ordinaria, tal como era antes de producirse el evento, o determina el surgimiento de un daño emergente y, de ser el caso, de un consiguiente lucro cesante.

Cabe reiterar que, sin opciones u oportunidades, es imposible que la persona sea verdaderamente libre, pues, careciendo de ellas, no puede comportarse como tal, es decir, como ser libre que debe cumplir con un proyecto escogido de acuerdo a su vocación personal.

Esta especial comprensión de los alcances que tiene el “proyecto de vida” hace indispensable que el juzgador, al fijar una reparación por las consecuencias del daño efectivamente producido, tome en atenta consideración la trayectoria de vida de la víctima, calibre la intensidad con la que ella siente y vive su personal proyecto de vida, y tome conocimiento de sus características psicológicas y de los efectos producidos en cuanto al bienestar de la persona afectada.

Al lado de los proyectos “alternativos”, existen otros, denominados “sustitutos”, que son el resultado o consecuencia de una frustración del proyecto auténtico, original y deseado. Ante esta situación, la persona enfrenta un vacío existencial, situación que debe resolver para continuar viviendo.

Las reacciones frente a la circunstancia antes descrita varían y dependen mucho de la personalidad de cada cual, de su capacidad de adaptación a inéditas situaciones. No es posible prever que es lo que sucederá en cada caso. Habrá personas que no puedan superar este vacío existencial, escogiendo un proyecto de vida sustituto —su vida habrá perdido su sentido y su razón de ser—; y habrá otros cuya personalidad más recia o su capacidad de adaptación mayor les permita encontrar un proyecto sustituto que otorgue un nuevo sentido a su vida, aunque no sea el mismo que el que se perdió al frustrarse su proyecto original.

## 9 | El genérico “daño a la persona” y el específico “daño al proyecto de vida”

La persona humana puede describirse sintéticamente como **una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad**. De ahí que pueda ser lesionada tanto en su estructura psicosomática como en su libertad. Los daños psicosomáticos pueden incidir en el soma o cuerpo, en sentido estricto, con repercusión en la psique, o a la inversa. Estos daños comprenden tanto la lesión en sí misma —la pérdida de un brazo, por ejemplo— como las consecuencias que de ella se derivan en cuanto a la calidad de vida de la persona. Al primero de dichos daños —la lesión en sí misma— lo designamos como “daño biológico”, mientras que al que afecta notoriamente la vida cotidiana de la persona lo denominamos, desde los años 80 del siglo XX, como “daño al bienestar” o “daño a la salud integral”. En Italia, a partir de los años 90, a los que no afectan notoriamente la calidad de vida de la persona se los nomina “daño existencial”.<sup>(16)</sup>

El daño a la libertad fenoménica es aquel daño que afecta, en alguna medida, el “proyecto de vida” de la persona. Es decir, su realización personal, el cumplimiento de su destino.<sup>(17)</sup> De ahí se desprende que el “daño al proyecto de vida”, o daño a la libertad fenoménica, se ubica dentro del conjunto, multiplicidad y complejidad de aquellos daños que se pueden causar a la

(16) Venimos tratando el tema del “daño al proyecto de vida” en diversos ensayos y artículos, publicados tanto en el Perú como en el extranjero, desde los años 80 del siglo XX. Ver FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, “El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984”, en AAVV, *Libro Homenaje...*, op. cit. De ahí que la Corte IDH exprese lo siguiente: “Por lo que respecta a la reclamación de daño al proyecto de vida, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes” (CORTE IDH, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”, fallo cit., párr. 147). En este mismo sentido, por su calidad y documentación, ver también SALADO OSUNA, ANA, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Trujillo, Normas Legales, 2004: “El concepto ‘daño al proyecto de vida’, en materia de reparaciones es de nuevo cuño en la jurisprudencia de la Corte y tiene su origen ante ésta en la petición formulada por la señora Loayza Tamayo y la Comisión Interamericana en la etapa procesal sobre reparaciones en el caso *Loayza Tamayo*. Pero que sostengamos que es de ‘nuevo cuño en la jurisprudencia de la Corte’ no significa que haya sido la creadora del concepto ‘daño al proyecto de vida’, pues lo cierto es que el mentor intelectual del mismo ha sido el Profesor Fernández Sessarego”.

(17) “En otros términos, el daño al proyecto de vida, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable” (CORTE IDH, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”, fallo cit., párr. 150).

persona —integra el amplio y genérico concepto de “daño a la persona”—, y es, tal vez, el daño más importante que se puede inferir al ser humano: arrebatárle, en casos límite, el sentido o razón de ser de su vida.

Es de asombrarse cómo, debido a la influencia ideológica tanto del patrimonialismo como del formalismo imperante por siglos en los predios jurídicos, solo se indemnizaban los daños materiales, o sea, aquellos ocasionados a las cosas u objetos que tenían una perfecta equivalencia en dinero. Así, el dinero era la razón de la vida y la medida de todas las cosas.

A partir de la mitad del siglo XX dicha situación empieza a cambiar. Aparece en el escenario jurídico, con especial relevancia, la persona humana. Se estudia su estructura existencial y surge una nueva concepción del ser humano. Se lo revaloriza. Se lo comienza a considerar como el centro y el eje del derecho. Se descubre, ¡al fin!, que se le puede dañar en su estructura psicosomática y que este daño es más grave que el que afecta a las cosas, puesto que la persona es un **fin** en sí mismo y las cosas —el patrimonio—, tienen tan solo un valor **instrumental**. Desde la década de los ochenta, se descubre también que se le puede causar un daño a la persona en su libertad fenoménica, es decir, en el proceso de cumplimiento de su singular proyecto de vida. Este proyecto o plan vital puede, a causa de un daño, frustrarse, menoscabarse en alguna medida, o retardarse en su realización, de manera que el “daño al proyecto de vida”, como ya se ha anotado, es uno de los tantos daños que se pueden causar a la persona, cuya sistematización hemos referido en otra sede.<sup>(18)</sup>

Es del caso remarcar, como lo venimos haciendo por décadas, que los agravios a los **principios** morales de una persona, o aquellos causados, por ejemplo, a su honor, intimidad o identidad, son daños de carácter psíquico, emocional o sentimental, generalmente no patológicos. Al agravarse dichos principios, lo que se daña son los “sentimientos” de la persona, causando, por ejemplo, indignación, ira, sufrimiento, desesperación, impotencia. A esto se reduce el llamado “daño moral”: a ser un daño a la persona que afecta su ámbito psíquico.<sup>(19)</sup> En otros términos, lo que se

(18) FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”, en AAVV, *Estudios en honor...*, op. cit.

(19) Este tema lo venimos tratando por décadas. Ver al respecto FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, *Daño a la persona y daño moral en la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana actual*,



daña no es la “moral”, sino que un agravio a los **principios** morales de la persona es la causa de un daño **psíquico** emocional. Esta es una nueva y realista visión del llamado “daño moral”, vocablo que utilizaba la doctrina francesa de los siglos XVIII y XIX para designar los daños que no eran materiales, como también aludía a la expresión “persona moral” para referirse a lo que en la actualidad designamos como “persona jurídica”.

Resulta asombroso advertir cómo, por siglos, los juristas y los jueces consideraban que solo se dañaba el patrimonio y, consiguientemente, se indemnizaban los perjuicios causados, ya fuere bajo la modalidad del daño emergente o del lucro cesante. Hubo que esperar hasta los años 70 del siglo XX para descubrir que la persona, al igual que el patrimonio pero en diferente grado jerárquico, era también susceptible de ser objeto de un complejo de daños.

## 10 | Clasificación de los daños en general

La revolucionaria ampliación que se advierte en el capítulo del derecho de daños al haberse incorporado el “daño a la persona”—que incluye los daños psicosomáticos y el daño a la libertad fenoménica o “daño al proyecto de vida”—, obliga a los juristas a replantearse, desde su raíz, la importante temática de la reparación independiente de cada una de las diversas modalidades del daño a la persona. Para ello, debe tenerse en cuenta la doble clasificación de los daños, a la cual nos referimos en las siguientes líneas.

La primera se refiere a la **naturaleza** del ente dañado, y la segunda, a las **consecuencias** derivadas del daño. Aunque el daño es una unidad conceptual, tiene estas dos vertientes, como dos caras de la misma moneda. Sin daño no existen consecuencias y estas no se presentan si no hay una lesión dañina e injusta.

La primera de dichas clasificaciones, que incide en la **naturaleza del ente afectado** por un daño, distingue con nitidez entre el daño subjetivo o

.....  
México, Themis, 1998; “Daño moral y daño al proyecto de vida”, en *Revista de Derecho de Daños*, 1999; “Deslinde conceptual entre el ‘daño a la persona’, el ‘daño al proyecto de vida’ y el ‘daño moral’”, en *Foro Jurídico*, año 1, n° 2, 2003.

“daño a la persona”, y el daño objetivo, material, o daño al patrimonio. Esta clasificación es importante en cuanto remarca que los criterios, técnicas y metodología relativos a la reparación de las **consecuencias** que origina un daño a la persona son diferentes de los tradicionalmente empleados por los jueces para resarcir los daños objetivos o daños materiales. Este es un tema que no debe pasar desapercibido: no es lo mismo reparar un daño a un ente libre, espiritual y con plena dignidad —la persona humana—, que otro provocado a una cosa, objeto o patrimonio cualquiera.

La segunda clasificación incide en las consecuencias que originan los daños, tanto aquellos causados a la persona como los que afectan al patrimonio. Esta clasificación permite aclarar un tema que se ha presentado confuso y que hasta ahora no logra disiparse del todo: el de equiparar, como si fueran idénticos, el daño al ente “persona humana” con las consecuencias exclusivamente extrapatrimoniales. Es decir, que dentro de esta concepción el daño a la persona equivale al daño extrapatrimonial, lo que no es cierto. Esta confusión la advertimos en Italia en el momento en que se empezaban a diseñar los alcances del “daño a la persona”, y ello complicó nuestras primeras reflexiones sobre tan apasionante como actual tema. No obstante, al poco tiempo, aclaramos esta situación y distinguimos ambos conceptos del daño. No se puede perder de vista que el daño a la persona no solo genera consecuencias extrapatrimoniales, sino también patrimoniales.<sup>(20)</sup>

## II | Reparación independiente de cada uno de los diversos daños a la persona

Es conveniente que los jueces no fijen, con un criterio facilista, reparaciones globales, o en bloque, en relación con las diversas modalidades de daños que se infieren al ser humano. El empleo de esta metodología

(20) Así, por ejemplo, si un connotado pianista pierde una mano, se le han causado daños que generan consecuencias extrapatrimoniales (lesión en sí misma o “daño biológico”, daño al bienestar, a la salud integral o daño existencial y al “proyecto de vida”). Es decir, son tres voces que se refieren a diversas consecuencias que deben ser reparadas. Pero, al lado del daño extrapatrimonial, aparecen también consecuencias de carácter patrimonial, como el daño emergente —consistente en los costos de hospitalización, medicinas, honorarios médicos y otros— y también un lucro cesante por los conciertos contratados que no podrá cumplir.

no permite identificar la entidad o nivel de gravedad de cada una de las diversas lesiones sufridas por la persona, y el consiguiente monto que debería corresponder por los perjuicios sufridos en cada caso. Con el desagregado de los daños a la persona, en cambio, se trata de determinar, en cada caso, la reparación adecuada que, frente a las consecuencias de cada uno de ellos, debe asumir el agente del daño. Además, este desagregado de lesiones causadas a la persona ayudará a que los jueces se familiaricen con el abanico de daños que se le pueden causar, los identifique cada vez con mayor nitidez, y se vayan acostumbrando a fijar criterios para su reparación, basándose en baremos o en la equidad, creando jurisprudencia que, a la larga, facilitará y uniformará, relativamente, las reparaciones a otorgarse, en cada caso, a las víctimas de un daño a la persona.

## 12 | Reparación del “daño biológico”

En lo que respecta a los daños psicosomáticos, la primera reparación que se ha de efectuar ha de referirse a la lesión causada en sí misma, o sea, al “daño biológico”.

Un distingo fundamental que ha de hacer el juez al tratar los daños causados a la persona es el de precisar, de un lado, el monto de la reparación que merece la **lesión en sí misma** (daño biológico) en relación con el órgano o función dañada; y, del otro, la reparación de las **consecuencias** (daño al bienestar o a la salud integral) que la lesión sufrida tiene para la vida diaria de la persona, para su normal existencia cotidiana. En otros términos, en qué medida se afecta la calidad de vida de la víctima.

En cuanto a la lesión en sí misma, cabe señalar que no son similares, por ejemplo, las consecuencias de la pérdida del dedo índice que la del meñique de una mano, como tampoco es lo mismo la pérdida de la mano derecha que la de la izquierda, salvo en el caso de los zurdos. No es tampoco equivalente la pérdida de un ojo que la de los dos. Felizmente, la tendencia actual es la fijación, en ciertos países europeos, de baremos, tarifarios o tablas de infortunios que permiten a los jueces poder fijar reparaciones de un rango que guarde relación con las señaladas por otros jueces de su

país frente a la misma lesión; así, al cabo de una explicable etapa inicial de inconveniente anarquía en la fijación de reparaciones por los diversos jueces de un mismo país, se podrá llegar, con el tiempo y a través de la jurisprudencia, a uniformar las reparaciones que se fijan frente a una misma lesión. Esta experiencia la acaban de pasar ciertos países europeos, por lo que no ha de extrañar que ocurra en otras latitudes.

Las consecuencias del daño biológico deben ser siempre reparadas. La persona que pierde un brazo o un ojo merece una indemnización por el perjuicio sufrido, con independencia de aquellas que, alterando su bienestar, se produzcan en su calidad de vida.

El juez, de conformidad con lo dicho, deberá determinar el monto de la reparación de la lesión en sí misma acudiendo, como referencia, a los baremos, tarifarios o tablas de infortunios, donde están establecidos los valores de las diferentes partes del cuerpo humano. Cabe recordar, también, que los baremos son solo referenciales, por lo que el juez, en virtud de la particularidad de cada caso, puede fijar una mayor reparación que aquella que se consigna en el baremo, pero sin alejarse en demasía del monto establecido. Asimismo, en el tarifario, la mano del pianista debe ser valorada razonablemente por encima del promedio establecido para la mano de un no pianista, en atención a la función que cumple la mano del pianista en la realización de su personal proyecto de vida. Existe una relación, que no debe perderse de vista, entre la lesión sufrida y su repercusión en el cumplimiento del sentido que la persona otorga a su vida, su razón de ser o proyecto de vida. Por otra parte, de no existir baremos, el juez tendrá que fijar una reparación equitativa, teniendo en cuenta la capacidad adquisitiva promedio del país como uno de los principales referentes.

Cabe precisar que la lesión puede ser somática, como es el caso de la mano del pianista, pero también puede ser psíquica. En esta última situación, hay que distinguir la lesión que consiste en una perturbación emocional y no patológica —lo que tradicionalmente se conoce como daño "moral"—, de aquellas otras lesiones psíquicas que sí tienen este carácter, es decir, que son patológicas. Se trata de las que se conocen, general y comúnmente, como enfermedades mentales, las que tienen que ser evaluadas por peritos y por el propio juez de la causa.

## 13 | Reparación del “daño al bienestar”

Las lesiones a la estructura psicosomática de las personas —incluyendo, por cierto, el daño “moral”, al honor, a la intimidad o a la identidad en cuanto daño con consecuencias en la “psique” (daño a la salud integral o daño existencial)— repercuten, en mayor o menor medida, en su diario quehacer, en su trayectoria existencial. Estas lesiones alteran el cotidiano existir, que sufre un cambio de diferente magnitud en relación con la situación que disfrutaba la persona antes del daño.

Se debe tener presente que un tema son las consecuencias que representa para la persona la lesión en sí misma, como es el caso de la pérdida de una mano o de un ojo —que tienen un propio valor— y otro, las consecuencias que esta lesión produce en la vida normal de la persona, en la cotidianeidad de su existir. La vida de la persona, en cualesquiera de dichos casos, ha de cambiar en alguna medida. Se afectará su bienestar, y tendrá que adaptarse a vivir, en el caso citado, sin una mano o sin un ojo. Dejará de hacer aquello que estaba acostumbrado a realizar con la mano derecha perdida, desde comer hasta lavarse los dientes, practicar un deporte o conducir un vehículo. Este es, qué duda cabe, un daño **cierto**, que debe repararse. Es un daño de una magnitud que afecta, de manera notoria, la calidad de vida de la persona.

No pueden confundirse, por otra parte, dos daños diversos a la persona, como son la lesión en sí misma —daño biológico— y el daño notorio a la calidad de vida —daño al bienestar—. Cada uno de ellos genera consecuencias diversas que merecen, también, específicas reparaciones. En otros términos, se deben valorar y liquidar independientemente las consecuencias producidas por la lesión en sí misma —daño biológico— de aquellas que alteran, en alguna medida, la vida diaria de la persona —daño al bienestar—.

Para comprobar las consecuencias que en la vida diaria de la persona causa un “daño al bienestar”, baste imaginar las múltiples actividades, costumbres y hábitos que han de omitirse o sustituirse en la cotidianeidad de la vida de una persona. Ello producirá, en la víctima, un significativo malestar e innumerables problemas. Acostumbrarse a realizar con otra mano todo aquello que se

ejecutaba con aquella que se perdió constituye un penoso aprendizaje, que repercute negativamente en el ánimo y en la calidad de vida de la persona. De otro lado, si se sustituye la mano perdida por un instrumento ortopédico de hierro, es probable que su exhibición pueda llegar a causar depresión o aislamiento, por momentáneo que sea, de la vida de relación social. A parecidas o peores situaciones estará expuesta la persona que, a raíz de una grave lesión, deba permanecer el resto de su vida en una silla de ruedas.

En resumidas cuentas, son inimaginables las consecuencias limitantes que una lesión —daño biológico— puede causar en el bienestar de una persona. Su vida no será la misma. Habrá perdido, según los casos, una importante cuota de su anterior bienestar, y tal vez para siempre. ¿Acaso no se trata de un grave daño a la persona que merece una reparación independiente de los otros daños que se le pueden ocasionar? ¿Podremos permanecer indiferentes ante este daño que trastorna la entera vida de la persona al incidir en su bienestar, al alterar su salud integral? Creemos que la respuesta es clara. Los jueces, al lado de la reparación del daño biológico, es decir, de la lesión en sí misma, ya sea preponderantemente somática o psíquica, deben indemnizar el daño causado al bienestar o, como recientemente se le denomina en Italia, el daño existencial, cuando no afecta mayormente la calidad de la persona. En síntesis, el daño al bienestar y el llamado daño “existencial” son daños diferentes en cuanto a su magnitud por lo que requieren reparaciones independientes. No es lo mismo el daño por la pérdida de una mano, que afecta la calidad de vida de la persona, que el faltar a una cita por pérdida de un vuelo por culpa de la entidad transportista.

De los múltiples daños que se pueden causar a una persona, algunos acrean consecuencias de orden extrapatrimonial, mientras que otros tendrán consecuencias patrimoniales. Así, por ejemplo, si un pianista pierde la mano derecha, el juez tendrá que fijar reparaciones independientes por las consecuencias derivadas de cada uno de los diferentes daños de los que la persona ha sido víctima. Debe indemnizar las consecuencias de la lesión en sí misma —daño biológico—; ha de reparar también aquellas que inciden en la calidad de vida de la persona —daño al bienestar—; y cualquier otra consecuencia que afecte el “proyecto de vida”. Esto, a su vez, no excluye los resarcimientos de orden patrimonial, como el daño emergente generado por la hospitalización del artista y sus derivados, así como los del lucro cesante de contratos por conciertos suscritos que no podrá cumplir.

La lesión causada —la pérdida de la mano derecha— origina consecuencias negativas en la vida cotidiana del pianista: su existencia ya no será la misma. Tendrá que adaptarse, con evidente malestar, a esta nueva e ingrata situación. Dejará, por ejemplo, de realizar algunas actividades o de practicar ciertos deportes. Le resultará difícil, tal vez, y de acuerdo con la peculiar personalidad que posee, relacionarse con los demás, teniendo una prótesis en la mano que perdió. Esta situación le causará dolor, quizás cierta depresión. Se afectará, muy probablemente, su alegría de vivir, tan importante para la salud física y espiritual de la persona. Sufrirá, probablemente, su vida de relación.

Las consecuencias de todo orden y magnitud que una lesión produce en la cotidianidad existencial de una persona es un daño evidente e inculcable que, en gran medida, se relaciona con la personalidad, fuerte o débil, de la víctima. Es el daño que llamamos “daño al bienestar” o a la salud integral de la persona.<sup>(21)</sup>

En Italia, desde mediados de los 90 del siglo pasado, la escuela de Trieste, donde destacan los nombres de Paolo Cendon, Patricia Ziviz y Francesco Bilotta, entre otros, ha denominado como “daño existencial” al peculiar daño cuyas consecuencias se hacen patentes en la cotidianidad de la vida de la persona afectada, pero sin las consecuencias de afectar la calidad de vida de la persona. Afectan, de acuerdo con su magnitud, en menor medida, el bienestar, pero sin afectar la calidad de vida de la persona.

La aparición de aquel daño menor con la denominación de “existencial” ha producido confusión en ciertos sectores del mundo jurídico. Ello en razón de que el daño a la existencia es el llamado “daño a la persona”. Estos daños, menores en cuanto a sus consecuencias, no afectan notoriamente la existencia misma de la persona, sino que causan malestar sin afectar, como está dicho, de manera notoria la existencia misma de la persona. Ha sido un desacierto la denominación a este tipo de daño menor de “existencial”.

En el sentido antes señalado, el juez tendrá que reparar tanto aquellas consecuencias de carácter extrapatrimonial como las patrimoniales causadas a raíz de un daño. Se trata, como se percibe, de un menú de

---

(21) FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”, en AAW, *Estudios en honor...*, op. cit.

reparaciones que comprende todos y cada uno de los daños sufridos por la persona según la sistematización de los daños a la que nos venimos refiriendo. Cada daño exige una singular reparación. Cada uno de los daños referidos —daño biológico, daño al bienestar, daño al proyecto de vida, daño emergente y lucro cesante— debe ser reparado de manera independiente, porque sus consecuencias son **diferentes** de las de los otros daños causados a la persona. No es un solo daño el que se debe indemnizar, sino una multiplicidad de daños que deben ser reparados por el juez de manera independiente.

El juez, valiéndose del criterio de equidad, deberá evaluar la magnitud de la pérdida de bienestar en la vida de la persona; y en el caso del pianista del ejemplo, con la finalidad de fijar una reparación por las consecuencias negativas que afectan la existencia cotidiana, derivadas de una lesión, es decir, su bienestar o calidad de vida. Se trata, cabe reiterarlo, de un daño independiente, diferente de la lesión en sí misma que significa la pérdida, desaparición o disminución de la función de algunos de los componentes que conforman la unidad psicosomática del ser humano. Perder una mano es un daño en sí mismo, como también lo son las consecuencias negativas que, a partir de ella, se causan a la vida de la persona. Son dos daños diferentes que merecen reparaciones independientes. No cabe confundirlos, ni repararlos en bloque, pues cada una de las reparaciones se realiza atendiendo a diferentes criterios y técnicas. En el caso del daño biológico se recurre, ahí donde los hay, a los baremos y, si estos no existen, el juez aplica su sensato criterio, su sensibilidad, su capacidad de vivenciar valores. En el caso del daño al bienestar se aplica el criterio de la equidad.

Como se aprecia de lo dicho, la revolución producida en el derecho de daños —responsabilidad civil— es profunda, lo que obliga a los operadores del derecho a renovar y actualizar sus conocimientos, si es que pertenecen a una cultura humanista, y si realmente creen y respetan la dignidad del ser humano, de cada ser humano. Estamos en el inicio de un proceso de transición que ya está en marcha, que no podemos ni negar ni ocultar pese a todos los problemas y tropiezos que, durante un tiempo y mientras se forja una adecuada jurisprudencia, tendremos que lamentar y criticar. Estamos, lo reiteramos, atravesando una etapa de transición entre dos épocas.



## 14 | Reparación del “daño al proyecto de vida”

Un daño al “proyecto de vida” de la persona puede frustrarlo íntegramente, menoscabarlo, retardarlo, o producir la combinación de estas dos últimas consecuencias.

### 14.1 | La frustración del “proyecto de vida”

Atentar contra el proyecto de vida —que es el que le da sentido y razón de ser a la existencia de cada persona— produce distintas consecuencias, de diversa magnitud e índole, que el juez deberá precisar y, en su caso, reparar adecuadamente, según la regla de la equidad y teniendo a la vista la jurisprudencia, si la hubiere, o la capacidad adquisitiva promedio del país, aparte de otras circunstancias que considere conveniente valorar. El juez, en este caso, cumple un rol de singular importancia, dado que está apreciando en qué medida se ha lesionado y truncado el proyecto de vida de un ser humano, su destino personal.

La frustración o truncamiento total del “proyecto de vida” produce, generalmente, graves consecuencias para la víctima del daño. Estas pueden traducirse, como se ha anotado, en un vacío existencial y en la pérdida del sentido de la vida. El vacío existencial —de producirse— es difícil de llenar. Lo es también, en ciertos casos, asumir otro proyecto de vida sustituto. No es ni fácil ni común que la frustración del proyecto de vida, o sea la manera de vivir que eligió libremente el ser humano —que es su destino personal— pueda ser sustituido, sin más, por otro “proyecto de vida”. Ello, en especial, cuando el proyecto original ha marcado hondamente la vida de la persona; cuando, por largo tiempo, se ha cumplido exitosamente, con autenticidad y gozo personal y respondía, por ende, a una profunda e íntima vocación. No podemos olvidar que el hombre se realiza como persona a través del trabajo, de su vida familiar, de su cotidiana actividad mediante el cumplimiento de la misión que se ha impuesto en la vida. El hombre ha venido al mundo para realizarse como persona, para cumplir una finalidad, con el don de su vida; para perfeccionarse y, así, servir mejor a los demás seres humanos con los que convive en sociedad.

Lamentablemente, por marcadas desigualdades de todo orden engendradas por la ausencia de una vivencia de justicia social, por ignorancia, extrema pobreza, u otras condiciones similares, no todos los seres humanos están en capacidad de escoger libremente un determinado “proyecto de vida”. Ello se advierte, con mayor frecuencia y extensión, en los países en vías de desarrollo, en los cuales las desigualdades y la extrema pobreza impiden a sectores de la población contar con opciones u oportunidades para decidir sobre un determinado y deseado proyecto de vida, que, en cambio, les viene impuesto por las circunstancias en las cuales viven. Por ello, la conquista de la libertad a través de la vivencia de la justicia y de otros valores como la solidaridad, la igualdad y la seguridad, es un prioritario deber de los Estados y de las sociedades donde se presentan estas trágicas realidades. La vivencia comunitaria de justicia y de otros valores es un medio o instrumento indispensable para lograr vivir como lo que se es: un ser libre. Se debe superar, al menos, el individualismo patrimonialista, el excesivo egoísmo, la codicia extrema. Es decir, todo lo que impide la vivencia comunitaria del valor solidaridad.

La frustración integral del proyecto de vida que, como está dicho, crea un vacío existencial por la pérdida del sentido de la vida, puede ocasionar una situación de abandono y de aislamiento del ser humano, una despreocupación por todo lo referente a su actividad personal. Puede ocurrir, también, que en ciertos casos se produzca una adicción al alcohol o a las drogas y, en casos límites, la persona puede llegar hasta el suicidio. La víctima del daño, en casos extremos, tiene la sensación de que su vida carece de sentido, que ya no existe razón para seguir viviendo. ¿Cómo recuperar el “sentido” de la vida, sobre todo si no existen otros valores de los cuales se pueda asir la persona para enrumbar nuevamente su existencia? ¿Cómo seguir viviendo sin motivaciones que lo aten a la existencia? Solo una profunda creencia religiosa, una recia fe filosófica, el infinito amor a la familia, la misión a su cargo o una fuerte personalidad pueden mitigar, paliar o superar el vacío existencial. Es decir, hacerlo llevadero hasta donde ello sea posible. De todos modos, y en cualquier caso, las consecuencias de este radical daño al proyecto de vida puede originar, en ciertas extremas circunstancias, un colapso existencial o graves estragos en la vida del ser humano. Pero la voluntad de continuar viviendo le permiten, en ciertos casos, superar su vacío existencial. Ello dependerá, también, de otros varios factores, como el grado de intensidad y profundidad con el que se vive el “proyecto de vida”, el éxito y el

grado de satisfacción alcanzado en su ejercicio, la personalidad del sujeto víctima del daño o la capacidad de hallar un proyecto sustituto que satisfaga, hasta donde ello es posible, sus expectativas existenciales.

Existen proyectos existenciales auténticos, gozosamente vividos, egregios, que constituyen una plena expresión de la vocación de la persona, mientras que otros carecen de estas connotaciones por cuanto el proyecto que cumple el ser humano no es, como se ha advertido, el que ella hubiera querido vivir, en tanto resulta ser producto de circunstancias que la vida le impuso, que escaparon, en su momento, a su libre decisión. Se trata, en este caso, de vivir un proyecto alternativo, impuesto por la carencia de oportunidades, de opciones, de habilidades personales o por las consecuencias derivadas de la acción de condicionamientos insuperables, como la ignorancia o la pobreza extrema, una grave discapacidad, u otros condicionamientos de similar índole a los expuestos.

Así, cabe preguntarse si puede haber en la existencia humana algo más importante que el “proyecto de vida”. ¿Existe algo más relevante que el destino mismo de la persona? ¿No es acaso el “proyecto de vida” el que otorga sentido a la vida humana, le proporciona un rumbo, una meta, una finalidad existencial? Creemos que la respuesta a estas y otras inquietudes similares preguntas justifican que la Corte IDH, la doctrina más alerta y de vanguardia, así como la jurisprudencia comparada, acojan, cada día con más convicción, la necesidad de proteger la libertad personal y, en su caso, reparar el “daño al proyecto de vida”, la frustración, menoscabo o retardo en el cumplimiento de dicho proyecto.

## 14.2 | El menoscabo o el retardo del “proyecto de vida”

Pero, tal vez, más frecuente que la frustración del “proyecto de vida”, es la presencia de un menoscabo o de un retardo en su cumplimiento. Puede ocurrir que las consecuencias de un daño al proyecto de vida se limiten a que la víctima ya no pueda continuar desarrollándolo en la forma, intensidad, energía, ritmo y posibilidades de éxito con las que contaba antes de la ocurrencia del daño. Pero también suele suceder que solo se retarde su cumplimiento o que se presenten, conjuntamente, ambas circunstancias, es decir, el menoscabo y el retardo en el cumplimiento del proyecto de vida.

Un ejemplo de menoscabo de un proyecto de vida puede ser el de un abogado que pierde un brazo. Ello no frustra íntegramente su proyecto de vida, pues la carencia de esta extremidad no le impedirá seguir ejerciendo su profesión. Lo que sí ha de ocurrir es un menoscabo en su desarrollo, ya que la actividad del abogado se verá limitada en alguna medida por la pérdida de dicha extremidad. Peor sería el caso de que perdiera totalmente la visión. Si bien sería un grave menoscabo en el cumplimiento del proyecto de vida, ello no impediría que la persona afectada pueda continuar desarrollándolo.

El retardo en el cumplimiento del proyecto de vida es otro factor que limita su desarrollo. Un estudiante universitario, por ejemplo, que es injustamente detenido y privado de su libertad durante tres o más años, y que luego es absuelto por comprobarse su inocencia frente a al hecho que se le imputa, ha retardado el desarrollo de su proyecto de vida. Son ilustrativas, al efecto de comprender estas situaciones, las sentencias de reparación pronunciadas por la Corte IDH en los casos “Loayza Tamayo” y “Cantoral Benavides” contra el Estado peruano. En ambas —recomendables de estudio por sus fundamentos— se podrá apreciar cómo el daño al “proyecto de vida” menoscabó y retardó los respectivos proyectos, así como también se tomará conocimiento de las reparaciones fijadas por la Corte IDH en este último caso, lo que resultará provechoso para los jueces cuando se encuentren en el delicado trance de reparar un daño al proyecto de vida.

## 15 | Los jueces y la reparación de las consecuencias del “daño al proyecto de vida”

¿Qué hacer en un país en el cual un vasto sector de los operadores del derecho desconocen o conocen insuficientemente los espectaculares aportes actuales de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el daño a la persona y, en especial, del daño al proyecto de vida? ¿Qué hacer, en esta penosa situación, para reparar un daño a la persona y seguir solo resarcando mecánicamente los daños al patrimonio sin tomar conciencia de la revolución producida en los predios de la responsabilidad civil? ¿Qué hacer en un

país en el cual, por el retraso cultural de un sector de juristas y operadores del derecho, no se realiza ningún esfuerzo para proteger integralmente, a contrapelo de la historia, a la persona humana? ¿Cómo empezar esta ineludible tarea si, efectivamente, el humanismo no se erige en una aspiración de toda comunidad civilizada? ¿Se cree verdaderamente en la dignidad del ser humano?

Tal vez la primera indicación frente a tantas preguntas sea prestarle atención, y estudiar con seriedad y sin prejuicios, todo lo concerniente al daño a la persona, en general, y al daño al proyecto de vida, en particular. Para ello, se requiere que los profesores de derecho que tratan la materia y que la siguen ignorando por vanidad —ya que pretenden, arrogantemente, saberlo todo—, prejuicios, falta de tiempo u ociosidad intelectual, se actualicen en todo lo concerniente al novedoso tema del daño a la persona en sus diversas manifestaciones. Para ello se requiere humildad científica, afán de perfección para servir mejor a los alumnos, y manifiesta vocación en cuanto a la protección de la persona humana. El profesor que no se actualiza está perdido, retrocede, pues no podrá cumplir adecuada y debidamente con su misión dentro de un determinado escenario jurídico, parcialmente diferente para él en relación con el que ha sido superado por el devenir de la vida y de la ciencia.

Lo dicho en cuanto a los profesores de derecho habría que repetirlo, muy especialmente, en relación a los jueces. Ellos constituyen la piedra angular para la renovación del derecho, para alcanzar su humanización.

No es nada fácil para los jueces reparar las consecuencias derivadas de un “daño al proyecto de vida”, tanto por la novedad como por la complejidad del tema. Ello, a pesar de que se trata de un daño objetivo, perceptible por los sentidos y la razón, a diferencia del mal llamado daño “moral” que es subjetivo y, por lo tanto, mucho más difícil de indemnizar. En ambos casos, la tarea del juez es compleja si se le compara con aquella que surge a raíz de un daño emergente o un lucro cesante.

Para cumplir la delicada y difícil tarea de evaluar y reparar los daños a la persona y al proyecto de vida se requiere de jueces dotados de una especial sensibilidad humana, que comprendan la importancia del ser humano y de su consiguiente protección jurídica, que vivencien intensamente la

justicia, que estén jurídica y éticamente bien formados, debidamente capacitados en la materia, que sean estudiosos, y que persigan, con legítima ambición, acercarse lo más posible al ideal de la perfección.

Se necesita de jueces que conozcan y comprendan la estructura del ser humano, que dejen atrás las viejas y erróneas concepciones sobre la naturaleza del hombre, que lo consideraban tan solo como un “animal racional”. Se requiere de jueces que comprendan el sentido y razón de ser del derecho, que tomen conciencia de que la libertad es el **ser** del hombre y que su protección es la principal misión de la disciplina que profesamos. Los jueces están llamados a reflexionar en profundidad y permanentemente sobre el rol fundamental del derecho, que es la protección del “proyecto de vida de cada cual”, dentro del bien común. La justicia y los valores en general son indispensables instrumentos para alcanzar esta finalidad.

Se hace indispensable que los jueces cambien su mentalidad, aquella en la cual, muy probablemente, fueron formados. Es decir, deben dejar atrás un derecho de corte predominantemente individualista y patrimonialista —de raíz egoísta— y comprender que la persona humana es el centro y el eje del derecho, en tanto fin en sí misma, y no el patrimonio, que es tan solo instrumental, por necesario que sea para la subsistencia humana y para el cumplimiento de su misión.

Los jueces no deben olvidar que el derecho ha sido creado por los propios seres humanos para que cada uno de ellos, en cuanto es un ser libre, pueda realizarse como tal. En otras palabras, que tengan siempre presente que lo fundamental, lo primario, lo jerárquicamente superior, es la protección de la persona y la justa reparación de los daños que se le puedan inferir. Que sepan distinguir lo que es un fin en sí mismo de los instrumentos que sirven para su realización. Que conozcan la relación que existe entre la libertad del ser humano, que es un fin en sí mismo, de la justicia, que es un medio a su servicio.

Los jueces no deben, tampoco, perder de vista que todo lo anteriormente expresado no significa simples aspiraciones éticas, rectos propósitos, sino que la protección y reparación de un daño a la persona y al “proyecto de vida” constituye el más trascendente deber jurídico que debe cumplir el juez. No hay otro deber más importante que este.

Para corroborar lo precedentemente expresado, se nos ocurre que los jueces peruanos deberían leer y meditar hondamente todo lo concerniente al significado y trascendencia de los textos contenidos en el art. 1° de las Constituciones peruanas de 1979 y de 1993. El primero de ellos, bien lo sabemos, y frecuentemente lo olvidamos, enuncia un deber genérico y primario a cargo de todo ser humano, de la sociedad en su conjunto y del Estado. Este deber se fundamenta en lo que venimos remarcando, es decir, en que la protección del ser humano es el fundamento mismo de la existencia del derecho, su sentido y razón de ser. Protección que se sustenta en la inherente dignidad de la persona. Es así que el art. 1° de la infortunadamente derogada Constitución de 1979 establecía que la “persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado”; y todos los miembros de la sociedad, del Estado y sus instituciones tienen “la obligación de respetarla y protegerla”. Este deber, que sustenta el correlativo derecho que posee cada ser humano a su protección, es el que inspira y orienta todo el ordenamiento jurídico. El juez no lo puede ignorar. Debe tenerlo siempre en mente.

El art. 1985 CC peruano de 1984, por su parte, establece el deber de reparar genéricamente el “daño a la persona”, es decir, en cualquiera de sus modalidades o especies. Una de ellas, la más importante es, sin duda, la del “daño al proyecto de vida”, pues es la que trunca el destino de la persona, arrebatándole el sentido o razón de ser de su vida.

Actualmente, en la República Argentina, los que elaboraron el Código Civil y Comercial que entra en vigencia en el 2015, en actitud digna de elogio, se han alineado en la dirección correcta. En efecto, en el art. 1738 de dicho Código se protege el proyecto de vida. Felizmente, la comunidad de juristas y jueces argentinos tiene un excelente nivel de preparación, por lo que aplicará sensatamente lo prescrito por la norma en referencia.

Los dispositivos legales antes reseñados deberían constituir la “Biblia” de los jueces. En ellos deben inspirarse al asumir la delicada tarea de reparar las consecuencias de los daños que se causen a la persona, especialmente los que inciden en su vida, su libertad y su proyecto existencial.

Por todo lo expuesto, los jueces tienen suficiente y amplio sustento en el derecho positivo nacional y en el comparado para fundamentar, sólidamente, la reparación del daño que se perpetre a la libertad fenoménica.

No existe, por consiguiente, excusa alguna para que los jueces dejen de reparar los daños que se ocasionen a la persona, considerada en sí misma, y no se limiten, como lamentable y generalmente sucede en algunos países, a indemnizar las consecuencias de los daños que se generan a los bienes instrumentales del ser humano, con olvido o preterición de la reparación de los daños que se ocasionan a la persona, fin supremo de la sociedad y del Estado.

## 16 | La formación de los jueces y su capacitación en torno a las nuevas instituciones jurídicas

El problema, en el lento y casi imperceptible proceso de transición de un derecho de inspiración individualista y patrimonialista, a otro de carácter personalista, es el de "cómo" y "quiénes" asumen la delicada tarea de formar y preparar adecuadamente, dentro de las nociones jurídicas básicas a las que venimos refiriéndonos, a los que pretenden ejercer la magistratura. Conociendo las realidades de algunos países en vías de desarrollo integral, la tarea de formación de los futuros jueces es ardua.

Hemos comprobado que, lamentablemente, en ciertas latitudes, los que generalmente tienen a su cargo esta fundamental tarea de capacitación la imparten solo en determinadas áreas de la dogmática jurídica, con olvido de la formación básica del juez en la teoría del derecho y en los principios éticos. No sabemos si este importante vacío que se observa en la preparación integral del aspirante a juez se debe a ignorancia, desidia o desprecio frente a los principios y las nociones que otorgan fundamento al ordenamiento jurídico de cada país. Mientras los jueces no se adentren en la nueva concepción del ser humano y, consecuentemente, del derecho, la situación de protección y reparación de los daños a la persona continuará siendo una tarea difícilmente comprendida y, por lo tanto, marginada en mayor o menor medida.

Las academias o escuelas de la magistratura, ahí donde existen, son centros de formación y de capacitación de los aspirantes a jueces, y de los jueces, en determinadas áreas del saber jurídico. La formación de los magistrados



es básica, sobre todo en un país donde la enseñanza universitaria es deficiente e incompleta.

Las academias de la magistratura, o como se les designe, no deben ser escuelas jurídicas destinadas exclusivamente a actualizar o reforzar los conocimientos de los jueces en los temas concernientes a la dogmática jurídica —tarea que tienen a su cargo los cursos universitarios de postgrado o los diplomados—, sino la formación ética centrada en el más amplio y profundo conocimiento de la estructura del ser humano, en cuanto sujeto de derecho. Los jueces, al egresar de sus academias de formación y capacitación, deberían haber comprendido, con la mayor claridad posible, cuál es la finalidad y el objeto de protección del derecho, así como conocer, hasta donde ello es posible, la estructura existencial del ser humano. En esta materia no caben generalidades ni titubeos.

A menudo los jueces más alertas e inquietos, los que no se han fosilizado, los que no han caído en la rutina, los preocupados por la protección de los seres humanos, los que vivencian hondamente los valores de la libertad y la justicia, es decir, aquellos magistrados que ya se han adentrado en las nuevas concepciones del hombre y del derecho, se preguntan sobre los criterios que se deben seguir para reparar un “daño al proyecto de vida”. Este es un tema en el cual, por su importancia y novedad, debería ilustrarse y prepararse adecuadamente a los jueces. Esta es, qué duda cabe, la labor más importante de las academias de derecho. ¿Por qué no formar un grupo de trabajo o un taller en el Centro de Investigaciones Judiciales para afrontar la materia? ¿Por qué no empezar a pensar en la elaboración de un baremo? ¿Por qué no abrir un seminario o un taller sobre el tema en la Academia de la Magistratura?

Si hay un auténtico interés en la protección del ser humano, todo lo sugerido es factible. Más que ello: es indispensable si queremos superar nuestras carencias y limitaciones. Para cumplir con lo propuesto se cuenta, en lo atinente al daño a la persona y al daño al proyecto de vida, con material suficiente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada de los últimos años. Es una rica cantera sobre la cual trabajar. Si en buena hora se han formado jueces para resolver, por ejemplo, causas comerciales, ¿acaso no es más importante hacerlo para proteger debida y adecuadamente a la persona? ¿O es que la especialización en el tráfico de mercancías es lo

prioritario? Somos del parecer de que hay que humanizar lo jurídico y tener siempre presente el enunciado del art. 1° de la derogada Constitución peruana de 1979: “La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”.

---



# Ejercicio de las acciones de responsabilidad en el CCyC

## La acción civil y la penal

por **MARÍA BELÉN JAPAZE**<sup>(1)</sup>

### I | Emplazamiento de la cuestión

Dado que un mismo hecho, eventualmente,<sup>(2)</sup> puede comprometer la responsabilidad civil y penal del sujeto, la doctrina se impuso la tarea de analizar la naturaleza y los fines de los correctivos diseñados por el ordenamiento jurídico,<sup>(3)</sup> los escenarios de actuación previstos para la operatividad de

(1) Relatora de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Tucumán. Profesora adjunta de Obligaciones Civiles y Comerciales y de Derecho del Consumidor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.

(2) Resulta evidente que nos referimos a una situación contingente pues la constatación de una conducta que configura delito penal no necesariamente involucra la responsabilidad civil del autor. Igualmente, puede concluirse respecto de la existencia de un hecho ilícito civil que no comprometa la responsabilidad penal de agente. Se trata de ámbitos de responsabilidad que generan acciones de distinta naturaleza, con sus propios presupuestos e inspiradas en principios particulares y diferenciados, a la luz de los bienes tutelados y la finalidad perseguida por cada sistema jurídico.

(3) Excede por mucho el objetivo del análisis esbozado en este trabajo, desarrollar las diferencias entre el ilícito civil y el penal y las diferentes reacciones del sistema jurídico. Para un repaso de la cuestión, ver CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Derecho de las*

aquellos y los conflictos a resolver en mérito al carácter bifronte de este deber de responder.

A la luz de la regulación prevista por los respectivos sistemas, las cuestiones que llamaron la atención del operador y que abrieron un debate rico en perspectivas y aportes fueron diversas. Algunos de estos aspectos fueron resueltos y superados sobre la base de consensos en la interpretación coordinada de las normas existentes. Otros, recibieron con beneplácito la nueva redacción de los preceptos contenidos en el Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) que lucen depurados y esclarecedores. Con claridad expositiva, profundidad y rigor se han esbozado aquellas aristas problemáticas que el tema había planteado.<sup>(4)</sup> Abordaremos algunas de ellas en este modesto análisis.

## 2 | La independencia de las acciones de responsabilidad penal y civil. La relación entre ambas acciones

El art. 1096 del Código Civil de Vélez Sarsfield sentó el principio de independencia de la acción civil resarcitoria al establecer como directiva general: “La indemnización del daño causado por delito, solo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal”.

.....

*Obligaciones*, t. IV, Bs. As., La Ley, 2010, p. 459 y ss. No obstante lo señalado, se impone dejar establecido que la acción penal, ejercida a efectos de constatar la eventual responsabilidad criminal del autor del hecho, se asienta sobre la idea de estricta tipicidad del ilícito, con base en una imputación subjetiva, en resguardo del orden público involucrado y en el entendimiento que la imposición de la pena permitirá el logro de la finalidad que inspira al sistema. Por su parte, el derecho de la responsabilidad civil —o derecho de daños— predica la atipicidad del ilícito dañoso, fija su atención en la reparación del daño injustamente sufrido por la víctima y acude a factores de atribución objetivos o subjetivos; premisas que se adecuan a la finalidad de la tutela resarcitoria.

(4) Para un estudio profundizado del tema, ver —por todos— PIZARRO, RAMÓN; DANIEL VALLESPIÑOS y CARLOS GUSTAVO, *Derecho Privado. Obligaciones*, t. 5, Bs. As., Hammurabi, 2012, p. 853 y ss. Los autores nos advierten que la regulación paralela ha provocado discusiones de corte sustancial y formal y, en el repaso de las mismas, proponen un análisis exhaustivo de todas y cada una de estas cuestiones que son motivo de debate.

Ahora bien, a partir de la reforma al art. 29 CP —en vigencia desde 1922—,<sup>(5)</sup> se ofreció al damnificado un nuevo escenario de reclamación<sup>(6)</sup> y se lo facultó a esgrimir su pretensión resarcitoria en el marco del proceso penal, a efectos de que el juez se pronuncie por su procedencia al momento de dictar sentencia respecto del delito criminal.<sup>(7)</sup> Esta convivencia de ámbitos de contienda procesal impuso la necesidad de sentar reglas que aseguren el acceso de las víctimas a la reparación (la eficacia de la tutela civil resarcitoria) y el derecho de defensa de los sindicados como responsables.

(5) El art. 29 CP, en su redacción original (ver ley 11.179, BO 03/11/1921), disponía que la sentencia podrá ordenar: "... 1) La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el momento prudencial en defecto de plena prueba. 2) La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible a restitución, el pago por el reo del precio corriente de la cosa, más el de estimación si lo tuviere; 3) el pago de costas...". Con la reforma de la ley 25.188 (BO 01/11/1999) el texto de la norma analizada fue modificado en su redacción pero sin alterar el sistema consagrado por la versión anterior. En efecto, paso a disponer: "La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1) La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias; 2) La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba; 3) El pago de las costas".

(6) Para alguna doctrina, el art. 1096 del Código Civil (que, según algunos, establece que la acción civil únicamente puede ser deducida ante el juez civil y, según otros, se limita a vedar la acumulación de las dos acciones en un solo procedimiento) merecía reparos constitucionales, pues la directiva allí contenida importaba una invasión indebida de esferas por parte del legislador nacional que, excediendo las facultades delegadas, regulaba cuestiones de competencia reservadas a las provincias. Idéntica objeción merecía —para este sector de opinión— el art. 29 CP, por considerar que la norma establece una asignación de competencia al juez penal que debía eventualmente ser dispuesta por legislación provincial, dada su naturaleza procesal. Sin embargo, no resulta hoy discutible la constitucionalidad del art. 1096 del Código Civil ni la del art. 29 CP. Las normas aludidas "no avanzan sobre la competencia de las provincias y se limitan a proclamar, con total razonabilidad, que la acción civil y la penal, emergentes de un mismo delito, tienen un contenido distinto y que el ejercicio de una no involucra el de la otra. Se asegura con ello la separación sustancial y formal de ambas". Ver el desarrollo en PIZARRO, RAMÓN DANIEL y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, op. cit. p. 858 y ss. Asimismo, BELLUSCIO, AUGUSTO C., y ZANNONI EDUARDO A., *Código Civil y Leyes Complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 5, Bs. As., Astrea, 1990, p. 283 y ss.

(7) El damnificado por el delito puede optar entre esgrimir su pretensión resarcitoria ante el juez civil mediante la interposición de la demanda pertinente o presentarse en el proceso penal —con el rol que le imponen las reglas procesales particulares— y peticionar al juez en lo criminal el reconocimiento de su derecho a ser indemnizado, conforme las normas que estructuran la tutela resarcitoria en el Código Civil. Con acierto se advierte que se trata de una opción a favor del damnificado, descartando toda posibilidad de que el juez penal imponga una condena indemnizatoria de oficio. Se impone respetar la autodeterminación de la víctima y su derecho de optar por el escenario de reclamación procesal que estime adecuado a sus intereses, así como el derecho del sindicado como responsable a un debido proceso legal (contestar demanda, ofrecer y producir la prueba que respalde su posición, obtener una sentencia fundada, etc.).

El debate doctrinario abierto en relación al tema fue fecundo, merced a la riqueza de los enfoques y perspectivas. Hubo encuentros y desencuentros. El tiempo fue un buen decantador. Pero la reforma introducida por el Código Civil y Comercial permite borrar cualquier vestigio de dudas sobre cuestiones que requerían una definición.

El sistema consagrado por el Código Civil, art. 1096 mediante, establecía con total claridad: “la independencia **conceptual** y **sustancial** de ambas acciones (...) por cuanto la acción civil y la penal se estructuran sobre la base de presupuestos, fundamentos y finalidades disímiles”.<sup>(8)</sup>

La independencia de las acciones de responsabilidad (penal y civil), emergentes de un mismo hecho ilícito, se asienta sobre la base de una regulación particular de los presupuestos y requisitos sustanciales en cada ordenamiento (arts. 29 a 32 CP y arts. 1096 a 1106 del Código Civil) y, separadamente, establece en las normas procesales respectivas (Código de Procedimiento Penal y Código de Procedimiento Civil) las directivas vinculadas a la instrumentación de las acciones; esto es, la competencia, la legitimación, las reglas de trámite, los presupuestos procesales, los requisitos formales, los sujetos del proceso, etc.

La regulación autónoma y diferenciada de la responsabilidad penal y civil —sustancial y formal— en cada cuerpo normativo (códigos de fondo y de forma) y el sometimiento de la cuestión a la decisión de jueces de distintos fueros han sido los pilares sobre los que se construyó la aludida independencia de las acciones de responsabilidad.

(8) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, op. cit., p. 853 y ss. Verasimismo, BUERES, ALBERTO J. y HIGHTON, ELENA I., *Código Civil y normas complementarias*, t. 3A, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 288; BELLUSCIO, AUGUSTO C. y ZANNONI, EDUARDO A., *Código Civil y Leyes Complementarias. Comentado, anotado y concordado*, op. cit., p. 283 y ss.; MOSSET ITURRASPE, JORGE y PIEDECASAS, MIGUEL A., *Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2003, p. 214 y ss.; CIFUENTES, SANTOS, *Código Civil Comentado*, t. II, Fernando A. Sagarna (coord.), Bs. As., La Ley, 2003, p. 443 y ss. Algunos aspectos del tema tienen desarrollo particular de gran interés en BUSTAMENTE ALSINA, JORGE, “Acción Civil y criminal (Relaciones)”, en Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana (dirs.), *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*, t. I, Bs. As., AbeledoPerrot, 1996, p. 88 y ss.; MOSSET ITURRASPE, JORGE, “La independencia de la acción civil frente a la penal. El porqué de esa independencia sustancial”, en *Revista de Derecho de Daños. Relaciones entre la acción civil y la penal*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, N° 3, 2002, p. 41 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el art. 1101 del Código Civil”, en *Revista de Derecho de Daños. Relaciones entre la acción civil y la penal*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, N° 3, 2002, p. 161 y ss.

Ahora bien, admitida la convivencia de escenarios —y el derecho de opción del damnificado a petitionar el resarcimiento de los daños en el marco del proceso penal— la doctrina se preguntó si la independencia de la acción civil sufría mella. Adherimos a quienes se pronunciaron en sentido negativo, por entender que al pronunciarse sobre la cuestión, el juez penal habrá de juzgar la procedencia de la pretensión indemnizatoria a la luz de los presupuestos impuestos por el sistema de responsabilidad civil consagrado en el respectivo Código y conforme los principios que lo informan.<sup>(9)</sup>

El art. 1774 CCyC echa luz sobre estas cuestiones al dejar establecido que: “La acción civil y la acción penal resultantes del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente. En los casos en que el hecho dañoso configure al mismo tiempo, un delito del derecho criminal, la acción civil puede interponerse ante los jueces penales, conforme a las disposiciones de los códigos procesales o leyes especiales”.

La redacción del precepto hace explícito el principio de independencia de las acciones de responsabilidad al expresar que, mediante el ejercicio de las mismas en sus respectivas sedes (en el proceso penal, ante el juez del fuero y en el proceso civil, ante el juez con esa competencia), se juzgará la responsabilidad penal del autor del hecho (por la eventual comisión del delito de que se trate) y la responsabilidad civil del agente (por los daños que de aquel hecho se deriven).

.....

(9) La interpretación coordinada del art. 1096 del Código Civil y el art. 29 CP propició discusiones y posiciones diversas. Un sector de la doctrina se enroló en la idea de una independencia sustancial y procesal de ambas acciones. Señaló que la acción civil debía necesariamente deducirse ante el juez civil pues estaba vedado —como principio— deducir la pretensión resarcitoria ante el juez penal y en el mismo trámite del proceso penal, salvo la hipótesis de la competencia concurrente excepcional, establecida en el art. 29 CP (sentencia condenatoria en el proceso penal). Otros adhirieron a la llamada tesis de la independencia estrictamente sustancial bajo la convicción de que las normas de fondo analizadas se limitan a dejar a salvo la autonomía sustancial de las diferentes acciones dada su naturaleza, contenido y fines diversos. Pero, sin inmiscuirse en cuestiones adjetivas, tales como las referidas al escenario de actuación y a la competencia del juez que decidirá la suerte del reclamo indemnizatorio. De ello se sigue que las acciones pueden entablarse y ser resueltas y decidirse ante un mismo juez, siempre que las leyes de procedimiento locales lo autoricen. Remitimos nuevamente al lector a PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *op. cit.*, p. 860 y ss. Ver asimismo el desarrollo del tema en BUERES, ALBERTO J. y HIGHTON, ELENA I., *op. cit.*, p. 288; BELLUSCIO, AUGUSTO C. y ZANNONI, EDUARDO A., *op. cit.*, p. 283 y ss.; MOSSET ITURRASPE, JORGE y PIEDECASAS, MIGUEL A., *Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil, op. cit.*



La enunciación del principio de independencia responde —tal como se formula en la norma reformada— a la naturaleza particular, propia y distinta de las acciones de responsabilidad, como emerge de la regulación contenida en la legislación de fondo.

La nueva redacción del precepto legal hace evidente el respeto de las facultades no delegadas y reconoce que corresponde a la legislación local establecer las normas procesales que condicionen el ejercicio de la acción civil en el marco del proceso penal. Bienvenido sea el art. 1774 CCyC.

### 3 | La acción civil en el proceso penal. Cuestionamientos y respuestas

Se ha señalado que constituye un planteo superado<sup>(10)</sup> el vinculado a la posibilidad de que el juez penal disponga de oficio la procedencia de una indemnización de daños a favor del damnificado al momento de dictar sentencia de condena contra el autor del delito; es decir, prescindiendo del ejercicio de una pretensión particular por parte del afectado.

Con acierto se destaca:<sup>(11)</sup> “el debate ha perdido importancia, pues la nueva legislación procesal penal, tanto en el orden federal como en la mayoría de las provincias, regula en forma específica el régimen del art. 29 del Cód. Penal y dispone —con mayor o menor amplitud, según los casos— los parámetros al tenor de los cuales se rige la constitución de actor civil en el proceso penal, vedando al juez en lo criminal pronunciarse de oficio” sobre la procedencia de la reparación del perjuicio derivado del ilícito penal.

(10) La doctrina, en general, menciona los antecedentes y la labor parlamentaria que precedió a la sanción de la ley de reforma al Código Penal en 1921 y señala que, entre el art. 35 del Proyecto de 1906 y el art. 29 CP, finalmente sancionado y promulgado, existían textos muy diversos. Por un lado, en posición que compartimos se ha sostenido que, al sustituirse el término “ordenará” por la expresión “podrá ordenar”, no quedan dudas de que la posibilidad de disponer en la sentencia penal condenatoria un mandato resarcitorio adicional a favor del damnificado, solo procede en caso de que el afectado por el delito así lo haya peticionado. Sin embargo, otro sector entendía que la redacción del art. 29 CP modificaba al art. 1096 del Código Civil (o lo derogaba) al autorizar al juez penal a disponer de oficio la reparación del perjuicio padecido por la víctima y/o demás damnificados. Ver PIEDECASAS, MIGUEL A., “La incidencia de la sentencia penal en relación con la sentencia civil”, en *Revista de Derecho de Daños. Relaciones entre la acción civil y la penal*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, n° 3, 2002, p. 59 y ss.

(11) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *op. cit.*, p. 863 y ss.

La legitimación activa del damnificado no ofrece mayores dudas ya que los códigos procesales en materia penal lo autorizan a deducir su pretensión resarcitoria frente a la comisión del delito. Aunque algún sector de opinión<sup>(12)</sup> ha cuestionado la legitimación a los damnificados indirectos, la doctrina y la jurisprudencia dominantes se han pronunciado en sentido positivo señalando que si las normas procesales así lo contemplan, estos pueden deducir la acción resarcitoria en sede penal, con motivo de la causa abierta a efectos de la investigación y sanción del delito criminal. Se ha entendido:

La solución guarda total correspondencia con lo dispuesto por el art. 29 del Cód. Penal, que legitima activamente a la víctima, a la “familia” —locución impropia, asimilable a damnificados indirectos por la comisión del delito (arg. arts. 1069, 1079 y concs., Cód. Civil)— y más aún, a ciertos terceros que puedan invocar un perjuicio a raíz del ilícito delictual (v. gr. quienes hicieron gastos con motivo del funeral).<sup>(13)</sup>

Fue igualmente pacífica la cuestión vinculada a la legitimación pasiva. Pues, si bien existe consenso respecto de la posibilidad de demandar en sede penal el resarcimiento de los daños padecidos contra el imputado del delito (cualquiera fuera su participación), se cuestionó la idea de ejercer este reclamo indemnizatorio contra los terceros civilmente responsables. En la actualidad puede afirmarse que no existen limitaciones al respecto<sup>(14)</sup> dado que la mayoría de los códigos de procedimiento en lo penal vigentes así lo admiten.<sup>(15)</sup>

En otro orden de preocupaciones, la doctrina se preguntó qué sucede cuando el damnificado opta por esgrimir su pretensión resarcitoria en el marco del proceso penal y obtiene un pronunciamiento en dicha sede. Con

.....

(12) Borda entendía que la participación de los terceros damnificados en el proceso penal resulta perturbadora del trámite. Ver BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. II, Bs. As., La Ley, 2008, pp. 473/474.

(13) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *op. cit.*, p. 865.

(14) LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Manual de Responsabilidad Civil*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2012, p. 547.

(15) Por citar solo algunos ejemplos: el art. 97 del Código Procesal Penal de la Nación, el art. 72 del Código de Procedimiento Penal de Buenos Aires, el art. 99 del Código de Procedimiento Penal de Tucumán, el art. 109 del Código de Procedimiento Penal de Córdoba.

acierto se consideró que la decisión sobre el particular —favorable o adversa— hace cosa juzgada y veda cualquier otro reclamo posterior en sede civil, derivado del mismo hecho generador y por idéntico menoscabo.<sup>(16)</sup>

Desde otro enfoque, y en atención a que la acción civil ejercitada dentro del proceso penal tiene carácter accesorio, se sostuvo que el juez penal solo puede pronunciarse por la procedencia del reclamo indemnizatorio al dictar sentencia respecto de la responsabilidad penal del imputado, y advirtió que, si aquel se extingue por cualquier causa (muerte de imputado, rebeldía, indulto, amnistía, prescripción, etc.), la acción resarcitoria no puede proseguir el trámite y el damnificado estará impuesto de renovar su pretensión ante el juez civil.<sup>(17)</sup>

Ante el eventual dictado de una sentencia penal absolutoria, las opiniones han sido divergentes respecto de la suerte de la acción civil que tramitó en paralelo dentro del mismo proceso penal. Con fundamento en la letra del art. 29 CP, un sector se inclinó por entender que la procedencia del resarcimiento petitionado estaba condicionada al dictado de una decisión de condena del imputado, de modo que, mediando absolucón, no era factible expedirse favorablemente.<sup>(18)</sup> El criterio inverso es actualmente dominante y así luce receptado en numerosos códigos de procedimiento.<sup>(19)</sup> De ello se sigue que, si las normas procesales así lo autorizan, la absolucón dispuesta en relación al delito investigado no releva al tribunal del deber de expedirse respecto de la acción civil, imponiendo la procedencia del reclamo indemnizatorio cuando concurren los presupuestos que le son propios.<sup>(20)</sup>

.....

(16) BUERES, ALBERTO J. y HIGHTON, ELENA I., *op. cit.*, p. 288.

(17) LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *op. cit.*, p. 547. El autor tucumano cita la opinión coincidente de la profesora Graciela Messina de Estrella Gutiérrez, en BUERES, ALBERTO J. y HIGHTON, ELENA I., *op. cit.*, p. 288.

(18) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *op. cit.*, p. 88 y ss.

(19) Ver art. 402 del Código Procesal Penal de la Nación; art. 14, párr. 2º del Código de Procedimiento Penal de Buenos Aires; art. 411 del Código de Procedimiento Penal de Tucumán; arts. 26 y 411 del Código de Procedimiento Penal de Córdoba; y art. 35 del Código de Procedimiento Penal de Mendoza, entre otros.

(20) Ver el desarrollo del tema en BELLUSCIO, AUGUSTO C. y ZANNONI, EDUARDO A., *op. cit.*, pp. 286/287.

Una arista particularmente problemática está vinculada al juzgamiento de la pretensión resarcitoria por parte del juez penal, cuando ella se funda en factores de atribución de responsabilidad civil objetiva. Respetada doctrina ha entendido que, cuando el resarcimiento pretendido se sustenta en la teoría del riesgo creado, su conocimiento y resolución deben estar reservados al juez civil. Mosset Iturraspe defiende con vehemencia el **saber profundizado**, la **especialización** y la **alta idoneidad** del juez con competencia particular en la convicción de que la sede civil es el ámbito propio y adecuado para el debate de estas pretensiones.<sup>(21)</sup>

Además, en opinión que compartimos, se ha dicho que el juez penal está habilitado a resolver la acción civil sometida a su jurisdicción, sea que se funde en un factor subjetivo de atribución (culpa o dolo), o en factores de corte objetivo (riesgo creado, garantía, equidad, etc.), siempre y cuando así lo autoricen las respectivas leyes de procedimiento.

Sostenemos que una interpretación restrictiva contraría los fines tenidos en mira al reconocer al damnificado la posibilidad de ejercitar la acción civil en sede penal. Oportuno es recordar que, por un lado, se intenta favorecer el acceso de la víctima a la reparación ofreciéndole un nuevo escenario de actuación de sus derechos y que, por otro, los factores objetivos de atribución de responsabilidad han sido receptados por el sistema del Código Civil en la reforma de 1968, consolidándose en leyes posteriores. Esto ha significado una contribución adicional al objetivo antes mencionado. De allí que “negar su aplicación en el proceso penal implica lisa y llanamente dejar sin protección adecuada” un número importante de supuestos, creando “una situación arbitraria de inadmisibles desigualdad”.<sup>(22)</sup> Los prestigiosos juristas cordobeses agregan:

La solución (...) evita la aplicación mutilada en sede penal del ordenamiento jurídico civil y también un desgaste jurisdiccional innecesario e intolerable, que perjudica tanto al damnificado como al responsable. Al primero “porque lo obliga a retrotraer la situación al principio, debiendo recomenzar todo el trámite; al segundo porque queda obligado a defenderse dos veces por

(21) MOSSET ITURRASPE, JORGE, “La independencia de la acción civil frente a la penal. El porqué de esa independencia sustancial”, *op. cit.*, p. 41 y ss.

(22) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *op. cit.*, p. 867 y ss.

el mismo hecho, ya que cuando la acción civil se ha interpuesto en sede penal, su actividad ha estado dirigida, no solo a evitar la sanción penal, sino también a demostrar que no se habían dado los presupuestos que hacían viable la acción civil. De tal modo, se lo obliga a un doble defensa por el mismo hecho, con las consiguientes molestias y gastos derivados de la duplicación de la misma actividad jurisdiccional”.

## 4 | La acción civil en su sede. Acción penal en trámite paralelo. Relaciones entre ambas

Si el damnificado ha optado por ejercitar la acción resarcitoria ante el juez penal, conforme lo prevé el art. 1096 del Código Civil vigente y, en paralelo, tramita la acción penal —ante el juez en lo criminal—, cada una de ellas se encaminará a la satisfacción de su propia finalidad, conforme la naturaleza que les es propia. Y si bien hemos predicado la autonomía sustancial de las acciones mencionadas, ya desde sus orígenes, el Código Civil ha diseñado respuestas a las hipótesis conflictivas que pueden presentarse.

### 4.1 | ¿Cómo incide en el proceso civil la promoción previa, simultánea o posterior de la acción penal?

El art. 1101 del Código Civil consagró el principio según el cual “si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente esta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal, con excepción de los casos siguientes...”.

Esta regla de suspensión del trámite del juicio civil ha sido interpretada<sup>(23)</sup> en el sentido de considerar que la promoción de la acción penal en las circunstancias mencionadas, impone la suspensión del dictado de sentencia

.....

(23) BUERES, ALBERTO J. y HIGHTON, ELENA I., *op. cit.*, p. 305; BELLUSCIO, AUGUSTO C. y ZANNONI, EDUARDO A., *op. cit.*, p. 302 y ss.; MOSSET ITURRASPE, JORGE y PIEDECASAS, MIGUEL A., *op. cit.*, p. 234 y ss.; CIFUENTES, SANTOS, *op. cit.*, p. 451 y ss.

por parte del juez civil, hasta tanto emita pronunciamiento el juez penal respecto del delito imputado al agente. La doctrina coincide en señalar que se trata de una norma de orden público<sup>(24)</sup> y que su aplicación resulta imperativa,<sup>(25)</sup> por lo que el juez debe disponer de oficio la suspensión —con el alcance correspondiente—, siendo nula la sentencia dictada en infracción a esta directiva.<sup>(26)</sup>

La interpretación mencionada propicia el avance del trámite del juicio civil hasta el dictado del llamamiento de autos, pues, dada la relación existente entre ambas acciones y la influencia que la sentencia penal habrá de ejercer respecto de la civil, es menester esperar el pronunciamiento de la primera y evitar el escándalo jurídico derivado de sentencias contradictorias.<sup>(27)</sup>

Resulta claro que “para que opere la presentencialidad prevista en el art. 1101 del Código Civil es preciso que concurren estos requisitos: pendency de la acción penal antes de la promoción de la acción civil o durante la sustanciación de esta última e identidad de hechos. No configurados los mismos, el juez civil puede resolver libremente, sin aguardar el decisorio penal”.<sup>(28)</sup>

El Código Civil y Comercial, en su art. 1775, nos ofrece una nueva redacción, depurada y precisa, recogiendo la interpretación doctrinaria antes expuesta. El nuevo precepto reza: “Si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal...”.

.....

(24) CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., t. VI, *op. cit.*, p. 249.

(25) BUERES, ALBERTO J. y HIGHTON, ELENA I., *op. cit.*, p. 305.

(26) BELLUSCIO, AUGUSTO C. y ZANNONI, EDUARDO A., *op. cit.*, p. 304. Ver CNAC. AP. CIV., Sala K, “Pavoni, Nélica Haydée c/ Agra, Miguel Oscar”, 12/03/2008, AR/JUR/2743/2008. Refiriéndose a la directiva contenida en el art. 1101 del Código Civil, el tribunal destacó “el rango de orden público y por ende su imperatividad, lo que conlleva a su aplicabilidad *ex officio* (...) siendo nulo el pronunciamiento que se expida en violación de estas pautas”. En idéntico sentido, STJ RÍO NEGRO, “Dirección Gral. de Rentas c/ E., R.”, 14/03/2006, en *LLPatagonia*, 2006, p. 494; TSJ SANTA CRUZ, “S., M. E. c/ A., A. C. y otro”, 24/02/2005, en *LLPatagonia*, junio de 2005, p. 1022.

(27) MOSSET ITURRASPE, JORGE y PIEDECASAS, MIGUEL A., *op. cit.*, p. 234; BELLUSCIO, AUGUSTO C. y ZANNONI, EDUARDO A., *op. cit.*, p. 302.

(28) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *op. cit.*, p. 873.

La reforma incorpora una decantada enunciación de los supuestos de excepción a la regla de la suspensión y recepta la propuesta de la doctrina autoral y la fecunda labor de la jurisprudencia.

El art. 1775 dispone que, por excepción, no corresponde la suspensión del dictado de la sentencia civil cuando median causas de extinción de la acción penal (inc. a). Esta solución se explica toda vez que, como se dijo, la paralización del juicio civil presupone la pendencia del proceso penal; con lo que agotado o extinguido este, la suspensión no procede.<sup>(29)</sup>

Desde otro enfoque, en este supuesto no habría pronunciamiento del fuero que pueda incidir en la suerte de la acción civil pendiente de resolución. Dado que, como se verá *ut infra*, la sentencia penal ejercerá influencia respecto del decisorio civil posterior —con distinto alcance según sea condenatoria o absolutoria—<sup>(30)</sup> en caso que el proceso penal se extinguiera por otra causa (muerte del imputado, rebeldía, amnistía, entre otras), la postergación carece de todo sentido. En efecto, neutralizado el riesgo de sentencias contradictorias que comprometan la regular prestación del servicio de justicia, el supuesto de excepción habilita a decidir sin más demora la suerte de la pretensión resarcitoria.

El analizado art. 1775, inc. b) contempla expresamente como hipótesis que autoriza el dictado de la sentencia civil, no obstante la pendencia del proceso penal, el caso en que “la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado”.

Permítasenos aplaudir de pie la incorporación expresa de este supuesto de excepción a la regla de la suspensión contenida en la norma analizada.

Numerosos tribunales de justicia señalaron la necesidad de contemplar los efectos no deseados de la suspensión del pronunciamiento del juez civil, bajo la convicción de que la directiva impartida por el art. 1101 del Código Civil no debía suponer la frustración de la tutela resarcitoria diseñada por el sistema.

(29) *Ibid.*, p. 874 y ss.

(30) Nos referimos a las previsiones de los arts. 1102 y 1103 del Código Civil de Vélez y a las remozadas soluciones contenidas en los arts. 1776 y 1777 CCyC.

Con cita de Bidart Campos,<sup>(31)</sup> se dijo:

... es inherente al derecho a la jurisdicción, un debido proceso, y una sentencia imparcial, oportuna, justa y fundada (...) El acceso al Tribunal constituye tan solo la primera fase del derecho a la jurisdicción; que nada logra si luego no se llega a la última. Porque en definitiva, el justiciable acude al Tribunal para que administre justicia resolviendo su pretensión jurídica. Y si tal administración de justicia se inhibe o se estanca o no llega a término con la sentencia debida, el derecho a la jurisdicción se frustra pese a que se haya accedido originariamente al Tribunal (...) De ahí que la duración del proceso deba ser razonable, variable según la índole de la pretensión y del proceso, pero siempre, circunstanciadamente rápido. Las demoras, dilaciones, las suspensiones, etc., que conspiran sin razón suficiente contra la celeridad procesal, son inconstitucionales...<sup>(32)</sup>

En esa misma línea de interpretación se dijo que "la tesis garantista, que hace predominar el principio constitucional del acceso a la justicia y el derecho a obtener una decisión dentro de un plazo razonable sobre una interpretación ritualista de la disposición legal, está en un camino de franca imposición en la doctrina y la jurisprudencia".<sup>(33)</sup>

La doctrina venía propiciando desde tiempo atrás el reconocimiento de este supuesto de excepción, bajo el convencimiento de que la regla del art. 1101 del Código Civil debía ceder en los casos en que fuera evidente que la demora en el trámite del proceso penal significara, en la práctica, la frustración de la tutela resarcitoria.<sup>(34)</sup> Se dijo con firmeza que la postergación *sine die*

(31) BIDART CAMPOS, GERMÁN, "La duración razonable del proceso", en LL 154-85.

(32) CJ TUCUMÁN, "Orquera, Darío Leoncio c/ Sol San Javier SA s/ Daños y Perjuicios", 19/12/2000, N° 1089.

(33) CJ TUCUMÁN, "López, Raúl Emilio c/ Sol San Javier SA y otros s/ Daños y perjuicios", 12/08/2003, N° 593. Allí se citaron precedentes concordantes tales como CSJN, "Ataka y Cía. Ltda. c/ González Ricardo y otros s/ Ejecución", 20/11/1973, en LL 154-85; SCJ MENDOZA, *in re* "Martínez, Amador y otros c/ Pascual G. Lucero", 21/05/1998, LL 1999-A, p. 64; SCJ MENDOZA, "Cerdá Fernández J. c/ Paredes, Fernando y otros", 12/08/1993, LL 1993-D, p. 399; CNAC. AP. CIV., Sala A, "Traverso c/ Delmas", 25/03/1997, LL 1997-D, p. 175; CNAC. AP. CIV., Sala F, "Sánchez c/ Rolón", 08/05/1997, LL 1997-E, p. 593; entre otros.

(34) BUERES, ALBERTO J. y HIGHTON, ELENA I., *op. cit.*, p. 313; BELLUSCIO, AUGUSTO C. y ZANNONI, EDUARDO A., *op. cit.*, p. 303 y ss.; MOSSET ITURRASPE, JORGE y PIEDECASAS, MIGUEL A., *op. cit.*, p. 237;



del pronunciamiento civil importaba un irrazonable retardo de justicia repugnante al art. 18 CN, ya que el tiempo es un ingrediente esencial en la adquisición y ejercicio de los derechos.<sup>(35)</sup>

En un trabajo señero, cuya lectura recomendamos, Aída Kemelmajer de Carlucci, se refiere al **derecho humano a un juicio sin dilaciones indebidas** fundado en los tratados internacionales que la Reforma Constitucional de 1994 incorpora como derecho vigente, advirtiendo que —en su opinión— ya antes de esa expresa incorporación a la Carta Magna, “el derecho del justiciable —imputado, damnificado, actor civil, querellante, etc.— a obtener una resolución judicial en un lapso razonable, a que la sentencia se dicte en un tiempo oportuno según la naturaleza del proceso, integró el texto constitucional argentino”.<sup>(36)</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>(37)</sup> y distintos tribunales<sup>(38)</sup> en toda la geografía del país fueron señalando la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso, atendiendo al tiempo transcurrido desde el hecho dañoso, a la dilación en el trámite de la causa penal, al estado procesal de la misma, a la imposibilidad para los actores de instar aquel proceso, al tiempo transcurrido desde la suspensión dispuesta por el tribunal sin avances significativos en la causa penal, al eventual desistimiento de la acción civil respecto del imputado en la causa criminal y a las circunstancias personales

.....  
CIFUENTES, SANTOS, *op. cit.*, p. 456.

(35) CAZEAX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *op. cit.*, pp. 256/257. Ver, en particular, ETKIN, ALBERTO M., “En torno al art. 1101 del Código Civil y los juicios por accidentes de tránsito”, en ED 97-595.

(36) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *op. cit.*, p. 161 y ss.

(37) CSJN, “Atanor SA c/ Dirección Gral. de Fabricaciones Militares”, 11/07/2007, LL 2007-E, p. 13; “Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros”, 28/04/1998, LL 1998-C, p. 322; “Ataka Co. Ltda. c/ González”, 20/11/1973, LL 154-85.

(38) CNAC. AP. CIV., Sala A, “Ramírez, Elsa Miria c/ Terazzi, Hernán Agustín y otros s/ daños y perjuicios”, 11/09/2012, RCyS 2012-XII, p. 187; CNAC. AP. CIV., Sala A, “Naselli, Alejandro Ricardo c/ Akosli SRL y otro”, 16/09/2011, en RCyS 2012-III, p. 197; CAPEL. CIV. Y COM., Sala I, “Ferreira, Omar Teodoro c/ Aguilera, Fausto”, 22/10/2010, en LLNOA, diciembre 2010, p. 1101; CNAC. AP. COM., Sala C, “Kufert, Horacio León c/ Beraja, Rubén Ezra y otros s/ ordinario”, 06/08/2010, en LL online AR/JUR/57122/2010; CAPEL. CIV. Y COM. CÓRDOBA, “Vavassori de Moretti, Mirta c/ Lamarca, Ángela”, 11/02/2010, en DJ 14/07/2010, p. 1957; TSJ CÓRDOBA, Sala CIV. Y COM., “Sanmartino Javier Cematti SAI y C. c/ Lizzi, Jorge Osvaldo”, 08/06/2009, en DJ 16/12/2009, p. 3584; CAPEL. CIV. Y COM. DOLORES, “Phoyu, Carlos y otro c/ Pons, Roberto y Rodríguez Zubrin, Nélica s/ daños y perjuicios”, 03/07/2007, en LLBA, septiembre 2007, p. 913; entre otros.

de las víctimas (edad avanzada, estado de salud, situación personal, etc.), justificando el apartamiento de la directiva impuesta por el art. 1101 del Código Civil y el dictado de la sentencia civil, sin esperar el pronunciamiento penal, cuando resultara justificado.

Resulta evidente que la configuración del supuesto de excepción analizado supone la valoración del cuadro fáctico de la causa y que será el juez civil quien, con fundamento en los antecedentes y pruebas aportadas al proceso, justifique su constatación y el inmediato dictado del pronunciamiento civil.

El inc. c), art. 1775 contempla un nuevo supuesto de excepción adicional. Él autoriza a levantar la suspensión y decidir la suerte de la pretensión resarcitoria “si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad”.

También en este tópico, el Código Civil y Comercial recepta lo que la doctrina y la jurisprudencia pregonaron en las últimas décadas.<sup>(39)</sup>

Se ha expresado que, cuando la pretensión indemnizatoria luce fundada en un factor de atribución objetivo —descartando todo reproche subjetivo a la conducta del agente—, desaparece el temor de resoluciones contradictorias pues, en cada sede, los jueces ajustarán sus respectivos pronunciamientos a juicios de responsabilidad de base diversa.<sup>(40)</sup> Sin riesgo de escándalo jurídico motivado en la contradicción apuntada, se justifica levantar la suspensión impuesta como regla.<sup>(41)</sup> En sentido concordante, se

(39) BUERES, ALBERTO J. y HIGHTON, ELENA I., *op. cit.*, p. 314; MOSSET ITURRASPE, JORGE y PIEDECASAS, MIGUEL A., *op. cit.*, p. 237; CIFUENTES, SANTOS, *op. cit.*, p. 456 y ss. Ya en un precedente jurisprudencial de larga data se dijo: “Las dudas y reparos que el mandato legal contenido en el art. 1101 del Código Civil y la doctrina de la prejudicialidad pudieran despertar, por la coexistencia del proceso penal aún abierto (y sobre cuya extinción el fuero civil no tiene competencia para pronunciarse), con el proceso civil por daños y perjuicios, se disipan con solo prestar atención a que la imputación de responsabilidad en este último se hizo por aplicación del ‘riesgo creado’ y con total ajenedad a un juicio de reproche subjetivo o a la idea de culpa que, en todo caso, habría de presidir la eventual condenación o absolución en sede penal”. CAPEL. CIV. Y COM. N° 3 LA PLATA, Sala 3, “Fomicz de Ilucko, Teodora c/ Provincia de Buenos Aires —Policía de la Provincia—”, 30/09/1986, LL 1987-D, 453 con nota de Hernán Racciatti.

(40) BUERES, ALBERTO J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Analizado Comparado y Concordado*, Bs. As., Hammurabi, 2014, p. 196 y ss.

(41) CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *op. cit.*, p. 258.

dice que la sentencia que decide la suerte de la acción penal —con fundamento en la eventual concurrencia de culpa o dolo del acusado— poco o nada puede aportar al pronunciamiento civil, que acogerá o no el reclamo indemnizatorio, conforme se constate la concurrencia de los presupuestos de la acción deducida (y entre ellos, el factor objetivo de atribución de responsabilidad en el que funda la concreta pretensión).<sup>(42)</sup>

La postergación de la sentencia civil constituye, en este supuesto, una injustificada denegación de justicia para el damnificado, puesto que sin razón jurídica atendible se difiere en el tiempo la decisión acerca del reclamo indemnizatorio pretendido. Ello explica que la reforma haya admitido expresamente la excepción analizada, resguardando la coherencia del sistema y los bienes tutelados en cada esfera. Bienvenida sea entonces.

## 4.2 | Incidencia de la sentencia penal condenatoria respecto del posterior pronunciamiento en sede civil

Admitida la aplicación de la regla contenida en el art. 1101 del Código de Vélez, y su correspectiva en el art. 1775 CCyC, se impone volver a analizar cuál es la incidencia de la sentencia penal de condena respecto de la suerte del pronunciamiento a dictar por el juez civil.<sup>(43)</sup>

El nuevo art. 1776 regula la cuestión al disponer: “Condena penal. La sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado”.

(42) MOSSET ITURRASPE, JORGE y PIEDECASAS, MIGUEL A., *op. cit.*, p. 237.

(43) “Más allá de la proclamada independencia conceptual y funcional de ambas acciones (civil y penal) que formula el art. 1096, es evidente que el Código Civil argentino asigna a la sentencia penal una perceptible influencia sobre el decisorio que todavía deba dictarse en sede civil, concreta y específica, que varía según sea de condena o absolutorio. Si bien el juicio penal y el juicio civil se tramitan ante jurisdicciones diferentes, por procedimientos distintos y con finalidades disímiles, el sistema debe extremar los recaudos para evitar decisorios contradictorios en aspectos esenciales, que conlleven al escándalo jurídico, al desprestigio de la autoridad judicial y a la inseguridad”. PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *op. cit.*, p. 882.

La redacción de la norma precisa el alcance establecido por el art. 1102, que le sirve de antecedente,<sup>(44)</sup> al puntualizar que el juez civil no podrá revisar lo decidido en relación a la existencia del hecho principal y a la culpa del condenado en sede penal. Se depura la redacción del precepto, ratificando la interpretación largamente consensuada por la doctrina autoral y los precedentes jurisprudenciales.<sup>(45)</sup>

La sentencia penal condenatoria tiene efecto de cosa juzgada respecto de los aspectos allí mencionados,<sup>(46)</sup> lo que implica, lisa y llanamente, la imposibilidad de volver sobre las cuestiones fácticas ponderadas al momento de tener por configurado el hecho ilícito que compromete la responsabilidad del sujeto y el reproche subjetivo a su comportamiento.

Al analizar el alcance de esta influencia, la doctrina ha exhibido matices en la interpretación,<sup>(47)</sup> pero la opinión más moderna, a la que adherimos, entiende que al referirse al **hecho principal**, la norma alude a la existencia o inexistencia de los elementos que tipifican la estructura del delito imputado. Quedarían comprendidos: la materialidad del hecho principal, la calificación del mismo, sus circunstancias de tiempo y lugar, y la participación del imputado en el evento ilícito dañoso. Este ha sido el criterio acogido en los precedentes jurisprudenciales de todo el país.<sup>(48)</sup>

Con acierto se advierte que la eventual mención de aspectos vinculados a la existencia del daño, cuya reparación se pretende en sede civil paralela,

(44) Ponderando la norma analizada, se ha dicho que "la simplicidad y claridad, además de la completitud, es de destacar" (BUERES, ALBERTO J. (dir.), *op. cit.*, p. 197). Ver, asimismo, LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, en Julio C. Rivera y Graciela Medina (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, *op. cit.*, p. 38 y ss.

(45) BUERES, ALBERTO J., HIGHTON, ELENA I., *op. cit.*, p. 314 y ss.; BELLUSCIO, AUGUSTO C. y ZANNONI, EDUARDO A., *op. cit.*, p. 304 y ss.; MOSSET ITURRASPE, JORGE y PIEDECASAS, MIGUEL A., *op. cit.*, p. 244 y ss.; CIFUENTES, SANTOS, *op. cit.*, p. 461 y ss.

(46) Ver el desarrollo del tema en CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *op. cit.*, p. 261 y ss.

(47) Ver PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *op. cit.*, p. 884 y ss.; asimismo, CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *op. cit.*, p. 261 y ss.; BORDA, GUILLERMO A., *op. cit.*, p. 481 y ss.

(48) SCJ BUENOS AIRES, "G., M. P. y otra c/ Capraro, Antonio s/ Daños y Perjuicios", 25/11/2009, *LL online*, AR/JUR/53627/2009; CNAC. AP. CIV., Sala L, "Díaz, Felipe Guillermo y otro c/ Línea 22 SA Transporte de Colectivo", 29/08/2007, en DJ 20/02/2008, p. 426; CNAC. AP. CIV., Sala D, "Santos, Blanca N. c/ Santos, Orlando L.", 12/04/2006, en DJ 16/08/2006, p. 1108; entre otros precedentes.

no condiciona la decisión que habrá de adoptar el juez ante quien tramita la pretensión indemnizatoria. En efecto:

El daño resarcible —que es lo que el juez civil debe ponderar— no se identifica con la lesión al derecho o bien jurídicamente protegido sino que es algo diferente: es la consecuencia perjudicial que deriva de la lesión a ese derecho, o más precisamente, al interés económico o espiritual del damnificado que ha resultado conculcado. El juez penal no debería pronunciarse —salvo que medie constitución de actor civil— sobre tales aspectos que son extraños totalmente a su jurisdicción, de allí que lo que diga o no diga a ese respecto en nada influye sobre la libertad del juez civil para resolver la cuestión atinente al daño resarcible.<sup>(49)</sup>

A tenor de la norma analizada tampoco puede controvertirse en sede civil lo decidido respecto de la culpa del condenado. Siendo así, el juez, que deba decidir la suerte del reclamo indemnizatorio, no podrá apartarse de la calificación de culpable, establecida en la sentencia penal condenatoria.<sup>(50)</sup>

Lo expuesto no impide que en el marco del debate abierto en sede civil pueda alegarse la culpa concurrente del sindicado como responsable con la que pueda corresponder a la propia víctima o a terceros ajenos.<sup>(51)</sup> Se trata de una cuestión admitida por la doctrina en su conjunto y receptada por reiterada jurisprudencia.<sup>(52)</sup>

Un aspecto que merece la atención particular se refiere al hecho de que la eventual culpa de la víctima haya sido motivo de abordaje y pronunciamiento por el juez penal. En este supuesto, y no obstante alguna opinión en contrario —asentada sobre la idea de que la imputación objetiva

.....

(49) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *op. cit.*, p. 885 y ss.

(50) CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *op. cit.*, p. 263.

(51) Para el desarrollo de las hipótesis de concurrencia de responsabilidad, ver PIZARRO, RAMÓN D., "Causalidad adecuada y factores extraños", en *Derecho de Daños*, 1ª parte, Bs. As., La Rocca, 1996, p. 255 y ss.

(52) CNAC. AP.EL. CIV., Sala B, "Supatto, Alberto Santiago c/ Morel, Eduardo y otro s/ daños y perjuicios", 08/06/2011, AR/JUR/99556/2011; JCIv., COM., MINERÍA Y SUCES. CIPOLLETTI N° 3, "Vivas, Eduardo Alfredo c/ Sede, Gustavo Abraham y otro s/ daños y perjuicios", 02/09/2008, *LLPatagonia*, diciembre 2008, p. 609; CNAC. AP.EL. CIV., Sala G, "Luna, Marcelo Sebastián c/ Colliá, Pablo Walter y otro", 29/02/2008, *LL 2008-C*, p. 274; entre otros precedentes.

y concurrencia de causas—, cabe concluir que la calificación jurídica de la conducta de la víctima es ajena al juzgamiento que le corresponde llevar adelante al juez penal —limitado al sujeto sometido al proceso penal—. De modo que, en caso de haber emitido juicio sobre el punto, ese parecer no condiciona la decisión posterior del juez civil.<sup>(53)</sup>

En paralelo, lo eventualmente establecido en el pronunciamiento penal respecto de los terceros civilmente responsables —ajenos a la materia decisoria del proceso penal pero eventualmente mencionados en la sentencia— tampoco hace cosa juzgada a su respecto, ya que puede, en el marco del juicio civil, controvertir la culpa que les hubiera sido atribuida, al ejercer plenamente su derecho de defensa en esta sede. Desde luego, la culpa que funda la condena del procesado sí proyectará sus efectos cuando sirva de base para la responsabilidad propia del tercero obligado a responder en forma refleja o indirecta, con fundamento en el riesgo creado por su actuación, en el deber de garantía, en la obligación de seguridad o por la existencia de un vínculo contractual que así lo impone (caso de las aseguradoras).<sup>(54)</sup>

### 4.3 | Incidencia de la sentencia penal absolutoria respecto del posterior pronunciamiento en sede civil

El art. 1777 CCyC recoge la temática de cuyo abordaje se hizo cargo el art. 1103 del Código de Vélez, al contemplar los supuestos de “inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal”.

La norma reformada ofrece mayor rigor técnico que su antecedente, al mencionar los diferentes motivos que permitirían fundar la absolución del imputado y precisar los alcances —según esas motivaciones— de la decisión penal respecto del pronunciamiento civil a dictar por quien tiene a su conocimiento la pretensión resarcitoria.<sup>(55)</sup>

(53) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *op. cit.*, p. 887 y ss. Ver asimismo, BUERES, ALBERTO J. y HIGHTON, ELENA I., *op. cit.*, p. 318 y ss.

(54) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *op. cit.*, p. 888.

(55) Ver, LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, en Julio C. Rivera y Graciela Medina (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, *op. cit.*, p. 39 y ss.

El art. 1777 CCyC dispone: “si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil”; fórmula claramente superadora de la expresión contenida en su antecedente normativo. En efecto, el art. 1103 del Código de Vélez expresa: “después de la absolución del acusado (...) no se podrá tampoco alegar en el juicio civil sobre la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución”.

La doctrina sostuvo el efecto de cosa juzgada de la decisión penal sobre las circunstancias fácticas aportadas al proceso penal y que crearon convicción sobre la inexistencia del delito en el juez penal.<sup>(56)</sup> Se ha interpretado que debe tratarse de aquellos elementos esenciales sobre los que se asienta la decisión absolutoria, pues las referencias a hechos que no han sido invocados sino de manera incidental y cuya existencia o inexistencia no incide en este aspecto del pronunciamiento —aunque permitan justificar circunstancias agravantes o atenuantes—, pueden ser motivo de alegación, prueba y nuevo conocimiento en sede civil.<sup>(57)</sup>

El nuevo art. 1777 —con sus precisiones expresas— permite concluir que la sentencia penal absolutoria hace cosa juzgada respecto de dos aspectos que pueden fundar aquella decisión. Esto es, la inexistencia del hecho atribuido al imputado y por el que se lo juzga (homicidio, lesiones, calumnias e injurias, robo, entre otros) y la falta de autoría del mismo.

Respecto de la primera de las hipótesis, como se dijo, una vez establecido por el juez en lo criminal que el hecho ilícito generador de la acción penal no existió (analizando su materialidad a la luz de los antecedentes y pruebas de la causa) no podrá discutirse en sede civil la existencia del mismo.<sup>(58)</sup> En relación a la segunda, se ha dicho que la sentencia penal que absuelve al imputado declarando que no fue autor material del hecho investigado, impide al juez civil volver sobre esta cuestión, pues se trata

.....

(56) SCJ BUENOS AIRES, “G., M. P. y otra c/ Capraro, Antonio”, 25/11/2009, en *LL online AR/JUR/53627/2009*; CAPEL. CIV. Y COM., Sala 2, “Moroni de Collazo, Vilma V. y otros c/ Banco Bansud S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios”, 23/09/2008, en *RCyS 2008*, p. 1208, en *LLBA*, febrero 2009, p. 79; CAPEL. CIV. Y COM., Sala 2, “Brooks, Stella Maris c/ Lorenzo, Carlos s/ Daños y Perjuicios”, 30/11/2006, en *LLBA*, marzo 2007, p. 197; entre otros precedentes.

(57) BORDA, GUILLERMO A., *op. cit.*, p. 485. Ver asimismo, CAZEUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *op. cit.*, pp. 270/271; BELLUSCIO, AUGUSTO C. y ZANNONI, EDUARDO A., *op. cit.*, p. 311 y ss.

(58) En sentido acorde a este desarrollo: BUERES, ALBERTO J. y HIGHTON, ELENA I., *op. cit.*, p. 323.

de un aspecto vinculado a la inexistencia del hecho en su faz subjetiva.<sup>(59)</sup> Va de suyo que, si en el marco de la investigación del hecho, y en mérito a las pruebas colectadas, el juez penal concluye que el imputado no tuvo intervención en el hecho, no puede propiciarse una revisión del criterio que consideró al agente extraño al ilícito en cuestión.<sup>(60)</sup> Se ha sostenido que al entender que el acusado no es autor del delito investigado, esta circunstancia, de hecho específica y relevante, no puede ser desconocida por el juez civil, pues la inexistencia del hecho principal (locución utilizada por el art. 1103 que sirve de antecedente a la norma reformada) “involucra clara y necesariamente a la autoría (en este caso, a la falta de autoría)”.<sup>(61)</sup>

Ahora bien, el art. 1777 CCyC agrega: “Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil”.

Ya desde hace tiempo, la doctrina civilista<sup>(62)</sup> ha dejado establecido que “la sentencia absolutoria que declare la inculpabilidad del procesado solo tiene efectos dentro del proceso penal y en su ámbito específico, sin proyección alguna al juicio civil”, en mérito a que “los criterios de apreciación de la culpa son sensiblemente diferentes en el proceso penal y en el civil”.<sup>(63)</sup> Este criterio ha sido abonado por jurisprudencia concordante.<sup>(64)</sup>

.....

(59) BORDA, GUILLERMO A., *op. cit.*, p. 484. En idénticos términos se pronuncian BUERES, ALBERTO J. y HIGHTON, ELENA I., *ibid.*, p. 329.

(60) CAZEUX, PEDRO N. y TRIGO REPESAS, FÉLIX A., *op. cit.*, p. 272.

(61) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *op. cit.*, p. 890.

(62) BUERES, ALBERTO J. y HIGHTON, ELENA I., *op. cit.*, p. 326 y ss.; BELLUSCIO, AUGUSTO C. y ZANNONI, EDUARDO A., *op. cit.*, p. 311 y ss.; MOSSET ITURRASPE, JORGE y PIEDECASAS, MIGUEL A., *op. cit.*, p. 253 y ss.; CIFUENTES, SANTOS, *op. cit.*, p. 465 y ss. Ver asimismo, BORDA, GUILLERMO A., *op. cit.*, p. 484; CAZEUX, PEDRO N. y TRIGO REPESAS, FÉLIX A., *op. cit.*, p. 274 y ss.

(63) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *op. cit.*, p. 894. Excede el objetivo de este trabajo asumir el desarrollo de la cuestión pero resulta ineludible destacar que la culpa, como factor de atribución de responsabilidad subjetivo, tiene, en la construcción de la tutela civil resarcitoria, una fisonomía muy diferente de la que define el prisma de valoración del derecho penal. Y de allí que esta mayor sensibilidad de la figura permita imponer un mandato indemnizatorio en sede civil, pese a que el juez penal no haya entendido eventualmente configurada la culpa penal. Para un estudio de la cuestión, ver GALLI, ENRIQUE V., “Culpa civil y culpa penal”, en *LL online*, AR/DOC/7305/2010.

(64) STJ SAN LUIS, “Pedernera, Ana María c/ Riveros, Pablo s/ daños y perjuicios”, 31/07/2013, en *RCyS2013-XII*, p. 227; SCJ BUENOS AIRES, “M., E. c/ Kopelson, Sebastián Ariel y otro”, 25/11/2009,



La nueva redacción mejora notablemente la regulación de la cuestión, ya que explicita las hipótesis de eventual conflicto y las soluciones correspondientes. El art. 1778 incorpora una previsión legal antes no prevista, referida a las llamadas **excusas absolutorias**, al disponer que “Las excusas absolutorias penales no afectan a la acción civil, excepto disposición legal expresa en contrario”.

Resulta saludable esta expresa referencia a la cuestión mencionada. En efecto, aun cuando la existencia de circunstancias legalmente establecidas habiliten al juez a disponer la exclusión de la pena aplicable, no obstante poder calificar al comportamiento del agente como típicamente antijurídico y culpable, estas excusas absolutorias constituyen figuras jurídicas propias del derecho penal y sus paradigmas, ajenas a la naturaleza y finalidad de la acción civil diseñada para el ejercicio de la tutela resarcitoria.

## 5 | Sentencia penal posterior

¿Qué ocurre en caso de una sentencia penal dictada con anterioridad a la civil que es objeto de revisión posterior al pronunciamiento de la acción civil?<sup>(65)</sup> El art. 1780 CCyC dispone:

Sentencia penal posterior. La sentencia penal posterior a la sentencia civil no produce ningún efecto sobre ella, excepto en el caso de revisión. La revisión procede exclusivamente, y a petición de parte interesada, en los siguientes supuestos:

- a. si la sentencia civil asigna alcances de cosa juzgada a cuestiones resueltas por la sentencia penal y esta es revisada respecto de esas cuestiones, excepto que derive de un cambio en la legislación.
- b. en el caso previsto en el art. 1775, inc. c), si quien fue juzgado responsable en la acción civil es absuelto en el juicio criminal por inexistencia del hecho que funda la condena civil, o por no ser su autor.
- c. en otros casos previstos por la ley.

.....  
en LL online, AR/JUR/53632/2009; SCJ BUENOS AIRES, “Lusto, Mariana Esther c/ Crosta, Maximiliano y otros”, 28/10/2009, en LL online, AR/JUR/42262/2009; CNAC. APEL. CIV., Sala G, “Insfran, Sergio R. c/ Gómez, Daniel”, 05/06/2007, en DJ 2008-II, p. 966; entre otros precedentes.

(65) Ver PARELLADA, CARLOS, “La revisión de la sentencia criminal y sus efectos sobre el pronunciamiento civil. Las razones para la revisión”, en *Revista de Derecho de Daños. Relaciones entre la acción civil y la penal*, n° 3, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2002, p. 139 y ss.

La norma, incorporada al capítulo analizado, enuncia la regla conforme la cual la sentencia penal, dictada con posterioridad al pronunciamiento civil, no debe afectar lo decidido por esta sede. Pero a renglón seguido contempla la hipótesis de revisión del decisorio penal, acaecida con posterioridad a la resolución civil (que decide la suerte de la pretensión indemnizatoria).

La solución apuntada —admitir que luego de emitido el pronunciamiento en la acción civil, la posterior revisión de la sentencia penal anterior impone eventualmente volver a analizar lo decidido— luce justificada no bien se analizan los casos que justificarían la revisión del fallo penal.

Si la sentencia civil reconoció alcance de cosa juzgada a aspectos de la sentencia penal (existencia del hecho, autoría del acusado, culpabilidad del entonces condenado, conforme el art. 1776) y con motivo de la revisión posterior, aquellos aspectos decisivos para el juez civil dejan de ser tales, la solución emerge lógica y de toda justicia.

Del mismo modo, si la pretensión indemnizatoria fue decidida favorablemente con fundamento en un factor de atribución de responsabilidad objetivo (art. 1775 inc. c) y con motivo de la revisión de la sentencia penal, el condenado de entonces es absuelto por inexistencia del hecho o por falta de autoría, pareciera ineludible admitir la incidencia de este fallo penal posterior.

El inc. c) deja abierto el catálogo de causas de revisión del pronunciamiento penal, que puedan ejercer influencia en la sentencia civil ya emitida, a otros supuestos, siempre que los mismos estén expresamente contemplados y se justifique la solución propiciada por la norma bajo análisis.

## 6 | ¿Qué supuestos pueden impedir la reparación del daño, no obstante el ejercicio de la acción resarcitoria?

Otra novedad del capítulo referido a las acciones de responsabilidad es la incorporación de un precepto referido a hipótesis que por decisión del legislador vedan la posibilidad de disponer un resarcimiento a favor de quien lo pretende.

El art. 1779 CCyC dispone:

Impedimento de reparación del daño. Impiden la reparación del daño:

- a. la prueba de la verdad del hecho reputado calumnioso;
- b. en los delitos contra la vida, haber sido coautor o cómplice, o no haber impedido el hecho pudiendo hacerlo.

## 7 | Conclusión

Este somero repaso de las novedades contenidas en el Código Civil y Comercial —en el capítulo referido al ejercicio de las acciones de responsabilidad civil y penal y sus relaciones recíprocas— nos convence de las bondades de la nueva regulación.

El Código recoge en textos técnicamente depurados y de franca comprensión, las líneas de interpretación doctrinaria y jurisprudencial dominantes sobre el tema.

Las reformas e incorporaciones contenidas en las nuevas normas significan un innegable avance, superador de discusiones que así lo imponían.

---

# La propiedad comunitaria indígena y su caracterización

## Análisis del Código Unificado sancionado y su Anteproyecto

por **JUAN MANUEL LEZCANO**<sup>(1)</sup>

### I | Introducción

En el presente trabajo intentaremos analizar la propiedad comunitaria, uno de los aspectos más importantes del sistema de derechos reales del Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC), la cual ya se encontraba regulada en el Anteproyecto. Frente a estas circunstancias debemos identificar las características de esta forma de dominio en el Anteproyecto y en su versión final en el Código sancionado, ya que tiene una íntima relación con algunos aspectos del derecho constitucional y especialmente con el concepto de propiedad.

.....

(1) Abogado (Universidad Católica de Santa Fe). Doctorando en Derecho (Universidad Católica de Santa Fe - Universidad Nacional del Litoral). Presidente del Instituto de Derecho Civil, Colegio de Abogados de la Provincia de Misiones. Docente Adjunto (Universidad Gastón Dachary). Docente e Investigador universitario. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho.

## 2 | La propiedad comunitaria en el Anteproyecto<sup>(2)</sup>

Podemos aseverar, sin lugar a dudas, que una de las modificaciones más discutida de la reforma constitucional de 1994 ha sido la contemplada en el art. 75, inc. 17, ya que se trata de lo que podríamos considerar como una reivindicación histórica<sup>(3)</sup> de nuestros pueblos originarios.

Creemos que el constituyente, en dicha oportunidad, reconoció un nuevo derecho real, ya que se trata de un derecho sobre una cosa propia, que se ejecuta en relación directa con la propiedad de nuestras comunidades indígenas. Por ello “la tierra”, como objeto del derecho, es la cosa en el sentido del art. 2311 del Código de Vélez, con un contenido comunitario.

Se pueden aludir semejanzas con el derecho real de dominio, pero con peculiaridades propias, ya que la perpetuidad (al igual que lo regulado en el art. 2510 del Código velezano) es atribuida a la comunidad indígena y no se extingue por el no uso ni puede subordinarse a plazos como el dominio revocable ni transmitirse por medio de la vía sucesoria.

Cuando nos referimos a la propiedad comunitaria,

estamos ante la regulación de un derecho constitucional otorgado a las comunidades indígenas que es inalienable, propio, que les pertenece y preexiste por ser descendientes de los primeros pobladores que habitaron la República Argentina.

Pero a diferencia del derecho real de dominio que es absoluto, conservando el titular la mayor cantidad de facultades (disposición, uso y goce), la propiedad indígena no es enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes ni embargos.

La propiedad comunitaria aborígen tiene pues vedada la facultad de disposición, la prohibición de enajenar implica que la

---

(2) Ver LEZCANO, JUAN MANUEL, *Propiedad y Registración*, Posadas, Universitaria de la UNaM, 2014, p. 111.

(3) ALTERINI, JORGE H., CORNA, PABLO M. y VÁZQUEZ, GABRIELA A., *Propiedad Indígena*, Bs. As., Universidad Católica Argentina, 2005, p. 85.

comunidad indígena, titular de la propiedad no puede transmitirla a nadie, ni a otras comunidades ni a un miembro en particular de uno de ellas, bajo ningún título de transmisión.<sup>(4)</sup>

Lo citado se aleja —como lo hemos afirmado con anterioridad en otros trabajos— de las peculiaridades propias de los derechos reales hasta ahora conocidos, cuyas cosas además de ser ciertas, determinadas, actualmente existentes, deben encontrarse en el tráfico jurídico.

Del Anteproyecto podemos criticar algunas cuestiones, como la definición, la cual nos indica el artículo que se redactó de la siguiente manera: “ARTÍCULO 2028.- Concepto. La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas”.

Obviamente, el concepto antes mencionado no se puede analizar sin el de titularidad, pues la Constitución Nacional estableció prohibiciones como una forma de impedir que los grupos económicos abusen del estado de indefensión de las comunidades indígenas.

Esta finalidad no se vio reflejada en las formas de constitución de este tipo de propiedad, que en el Anteproyecto no brindaba ningún medio de consulta para su constitución como derecho real. En su art. 2031 que regulaba los modos, se optó por la siguiente redacción:

ARTÍCULO 2031.- Modos de constitución. La propiedad comunitaria indígena puede ser constituida:

- a. por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de las tierras que tradicionalmente ocupan;
- b. por usucapión;
- c. por actos entre vivos y tradición;
- d. por disposición de última voluntad.

Cabe remarcar que en todos los modos antes mencionados, la oponibilidad a terceros requería inscripción registral, lo que, en nuestra opinión, era poco eficiente si la presente norma del Anteproyecto se sancionaba,

.....

(4) LEZCANO, JUAN MANUEL, *op. cit.*

ya que las características de algunas comunidades originarias son la constante migración y división de los miembros de sus comunidades. Además, es importante resaltar que en el Anteproyecto el trámite de inscripción era gratuito.<sup>(5)</sup>

## 3 | Límites de la propiedad comunitaria en el Anteproyecto

En el Anteproyecto se faculta a los miembros de la comunidad indígena a ejercer sus derechos, con la única condición de que debían habitar en el territorio, usarlo y gozarlo para su propia satisfacción de necesidades sin transferir la explotación a terceros.

Asimismo, estaban sujetos a prohibiciones, ya que la propiedad indígena no puede ser gravada con derechos reales de garantía. Pero para empezar a analizar los límites del dominio tenemos que partir del reenvío del art. 2036 del Anteproyecto, que establecía que “en todo lo que no sea incompatible, se aplican subsidiariamente las disposiciones referidas al derecho real de dominio”. Esto hace que las causales de los límites sean las mismas que rigen para el derecho real de dominio.

Borda sostenía que para abordar el tema en el Código velezano era necesario, desde las observaciones metodológicas, formular algunas críticas. Creemos que es ineludible repensar aquellas palabras del jurista para comenzar con el estudio del Anteproyecto; si bien Vélez le dedicó un título, afirma Borda que podemos obtener algunas conclusiones:

- a. Se incluyen en él disposiciones tendientes no a restringir el dominio, sino precisamente a mantenerlo irrestricto; tales son las disposiciones relativas a la cláusula de no enajenar contenida en un contrato de transferencia, que prohíben al propietario gravar al inmueble con otros derechos reales que no sean los permitidos expresamente por el Código de Vélez. El objeto de estas disposiciones no es gravar con una restricción el derecho del enajenante o disponente sino, por el contrario, el de mantener incólume el derecho del actual propietario;

.....

(5) El art. 2032 del Proyecto reza “Caracteres. La propiedad indígena es exclusiva y perpetua. Es indivisible e imprescriptible por parte de un tercero. No puede formar parte del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad indígena y, constituida por donación, no está sujeta a causal alguna de revocación en perjuicio de la comunidad donataria”.

- b. Se legisla sobre el dominio de las aguas, lo que nada tiene que ver con las restricciones a la propiedad;
- c. Por último, algunas disposiciones incurren en un detallismo impropio de un Código Civil, estableciendo disposiciones que deben ser materia de reglamentación municipal, tal como ocurre, por ejemplo, con los arts. 2622, 2623, 2624, 2658, 2659, 2660, etc.

Obviamente que lo afirmado por Borda hace también criticable el reenvío del art. 1970 del Anteproyecto, atento que respecto a los límites se siguió el esquema velezano, que hacía ineludible adecuar las limitantes del derecho real de dominio al de la propiedad comunitaria y afirmar que no todas serían aplicables por las características típicas del derecho real legislado.

En el capítulo cuarto del Anteproyecto encontrábamos el mencionado art. 1970, el cual establecía el comienzo de la regulación para los límites del dominio, el que se redactó de la siguiente manera:

ARTÍCULO 1970.- Normas administrativas. Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción...

El artículo establece límites impuestos al dominio, en este capítulo, en materia de relaciones de vecindad, ya que es necesario aplicar en subsidio las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción, lo que significaba un serio conflicto de integración de normas respecto a la propiedad comunitaria regulada en el mencionado Anteproyecto.

Posteriormente, se reguló el art. 1973, que regula las inmisiones y las molestias por humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos,<sup>(6)</sup> lo que también, creemos, hacía dificultosa su aplicación a la hora de adaptar su interpretación a este tipo de propiedad.

.....  
(6) ARTÍCULO 1973.- Inmisiones. Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquellas...



Respecto al camino de sirga, la Comisión Redactora adoptó la siguiente redacción:

ARTÍCULO 1974.- Camino de sirga. El dueño de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, debe dejar libre una franja de terreno de quince (15) metros de ancho en toda la extensión del curso, en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad.

Todo perjudicado puede pedir que se remuevan los efectos de los actos violatorios de este artículo.

Hasta aquí podemos observar que en ninguna de las causales se diferencia el derecho real de dominio con el de propiedad comunitaria. Conjuntamente, la Comisión Redactora, en los arts. 1975 y 1976, reguló el obstáculo al curso de las aguas y recepción de agua, arena y piedras de la siguiente manera, sin tener en cuenta las particularidades de dicha forma de propiedad:

ARTÍCULO 1975.- Obstáculo al curso de las aguas. Los dueños de inmuebles linderos a un cauce no pueden realizar ninguna obra que altere el curso natural de las aguas, o modifique su dirección o velocidad, a menos que sea meramente defensiva. Si alguno de ellos resulta perjudicado por trabajos del ribereño o de un tercero, puede remover el obstáculo, construir obras defensivas o reparar las destruidas, con el fin de restablecer las aguas a su estado anterior, y reclamar del autor el valor de los gastos necesarios y la indemnización de los demás daños.

Si el obstáculo se origina en un caso fortuito, el Estado solo debe restablecer las aguas a su estado anterior o pagar el valor de los gastos necesarios para hacerlo.

ARTÍCULO 1976.- Recepción de agua, arena y piedras. Debe recibirse el agua, la arena o las piedras que se desplazan desde otro fundo si no han sido degradadas ni hubo interferencia del hombre en su desplazamiento. Sin embargo, puede derivarse el agua extraída artificialmente, la arena o las piedras que arrastra el agua, si se prueba que no causan perjuicio a los inmuebles que las reciben.

Por último, para concluir el presente apartado y respecto de los arts. 1977, 1978, 1979, 1980, 1981 y 1982 del Anteproyecto que regularon los otros límites al dominio,<sup>(7)</sup> podemos decir que, de todas las causales del Anteproyecto de límites al dominio, no serían aplicables a la propiedad comunitaria regulada en el mismo. Por eso creemos que solo se podían aplicar las mencionadas en los arts. 1970, 1975, 1976 y 1977 del Anteproyecto.

## 4 | Regulación en el Código Unificado

La próxima vigencia del nuevo plexo del derecho privado argentino hace necesarias algunas precisiones sobre las modificaciones en la materia respecto del Anteproyecto originario, ya que el tema no es solo de la órbita del derecho privado, sino también del derecho constitucional.

Es por ello que si bien creemos reconocido el derecho de propiedad comunitario de los pueblos originarios en la Constitución Nacional, con la modificación al Código Civil no podemos concebirlo como un derecho real autónomo con su propio articulado.

.....

(7) ARTÍCULO 1977.- Instalaciones provisionarias y paso de personas que trabajan en una obra. Si es indispensable poner andamios u otras instalaciones provisionarias en el inmueble lindero, o dejar pasar a las personas que trabajan en la obra, el dueño del inmueble no puede impedirlo, pero quien construye la obra debe reparar los daños causados.

ARTÍCULO 1978.- Vistas. Excepto que una ley local disponga otras dimensiones, en los muros linderos no pueden tenerse vistas que permitan la visión frontal a menor distancia que la de tres (3) metros; ni vistas laterales a menor distancia que la de sesenta (60) centímetros, medida perpendicularmente. En ambos casos la distancia se mide desde el límite exterior de la zona de visión más cercana al inmueble colindante.

ARTÍCULO 1979.- Luces. Excepto que una ley local disponga otras dimensiones, en el muro lindero no pueden tenerse luces a menor altura que la de un (1) metro ochenta (80) centímetros, medida desde la superficie más elevada del suelo frente a la abertura.

ARTÍCULO 1980.- Excepción a distancias mínimas. Las distancias mínimas indicadas en los artículos 1978 y 1979 no se aplican si la visión está impedida por elementos fijos de material no transparente.

ARTÍCULO 1981.- Privación de luces o vistas. Quien tiene luces o vistas permitidas en un muro privativo no puede impedir que el colindante ejerza regularmente su derecho de elevar otro muro, aunque lo prive de la luz o de la vista.

ARTÍCULO 1982.- Árboles, arbustos u otras plantas. El dueño de un inmueble no puede tener árboles, arbustos u otras plantas que causan molestias que exceden de la normal tolerancia. En tal caso, el dueño afectado puede exigir que sean retirados, a menos que el corte de ramas sea suficiente para evitar las molestias. Si las raíces penetran en su inmueble, el propietario puede cortarlas por sí mismo.

Por ello, creemos que sería tangible legislar sobre su convalidación, persecución y preferencia de dicha propiedad y demás requisitos de oponibilidad, como el otorgamiento de un régimen registral inmobiliario específico.

La Comisión presidida por el Dr. Lorenzetti, si bien incorporó en el Anteproyecto algunas de las cuestiones mencionadas, vulneró el derecho de consulta y el reconocimiento de sujeto de derecho público no estatal de las comunidades,

De manera que la sanción del Anteproyecto sin que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a la consulta y participación de conformidad con el texto constitucional y con las normas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, convertiría en nulo el texto que se apruebe.

Este derecho a la consulta y participación en todos los asuntos que los afecten, se fundamenta en la circunstancia de que no es posible que los pueblos indígenas conserven su identidad cultural, su costumbre y cosmovisión si carecen del derecho a que se les pregunte cada vez que el Estado adopte medidas que puedan afectar el normal desenvolvimiento de su vida.<sup>(8)</sup>

Pero lo mencionado en la cita anterior fue el argumento de mayor peso para no incluirlo en el Código sancionado como un derecho real autónomo, haciendo necesaria en la actualidad una futura ley especial para su correcta caracterización y configuración.

Ello tiene como principal efecto supeditar el ejercicio de un derecho fundamental como el de la propiedad comunitaria a la sanción de una ley especial que respete el carácter de Nación y pueblo organizado de las comunidades originarias.<sup>(9)</sup>

---

(8) VELY, FLORENCIA, "Incorporación de la propiedad comunitaria indígena en el Código Civil argentino", exposición ante la Comisión Bicameral de Unificación de Códigos, 14/02/2013, [en línea] [http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/posadas/pdf/POS\\_022\\_FLORENCIA\\_VELY.pdf](http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/posadas/pdf/POS_022_FLORENCIA_VELY.pdf)

(9) En efecto, el art. 18 del Anteproyecto de Reforma disponía que "Las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto, Título V..." y el art. 2029 del Anteproyecto reguló que "El titular de este derecho es la comunidad indígena registrada como persona

## 5 | Conclusiones

Por último, si bien creemos reconocido el derecho de propiedad comunitario de los pueblos originarios en la Constitucional Nacional, en el nuevo Código, al no incluirlo como un derecho real autónomo con su propio articulado dentro del CCyC, se impide que se estructure en la plataforma de los derechos reales uno nuevo, denominado "propiedad comunitaria indígena", donde se realiza la configuración del derecho real o la modificación de su estructura dentro del sistema de derecho reales.

Por ello, creemos necesario un régimen registral e inmobiliario específico y de límites diferentes al derecho real de dominio clásico para adecuar nuestro sistema de derecho reales a la realidad de nuestras comunidades originarias.

### BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, JORGE H., CORNA, PABLO M. y VÁZQUEZ, GABRIELA A., *Propiedad Indígena*, Bs. As., Universidad Católica Argentina, 2005.
- ANDORNO, LUIS O. y MARCOLÍN DE ANDORNO, MARTA, *Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801. Comentada. Anotada*, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi, 1999.
- AREAN DE DÍAZ DE VIVAR, BEATRIZ, *Juicio de Usucapion*, Bs. As., Hammurabi, 1984.
- BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil: Derechos Reales*, Bs. As., Lexis Nexis, 2005.
- BUERES, ALBERTO J., HIGHTON, ELENA I., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y Jurisprudencial*, t. 5, Bs. As., Hammurabi, 2000.
- DE REINA TARTIÈRE, GABRIEL (coord.), *Derechos Reales. Principios, elementos y tendencias*, Bs. As., Heliasta, 2008.
- DE REINA TARTIÈRE, GABRIEL, *Sistema de Derecho Reales. Parte General*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005.
- DE REINA TARTIÈRE, GABRIEL, *Las Denominadas Nuevas Formas de Dominio*, Bs. As., El Derecho, 2004.
- ETCHEGARAY, NATALIO, *Boleto de compraventa*, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 2002.
- LEZCANO, JUAN MANUEL, *Propiedad y Registración*, Posadas, Universitaria de la UNaM, 2014.

.....

jurídica, contrariando a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos que estipulan que las comunidades indígenas son las propietarias de las tierras que tradicionalmente ocupan".

LLAMBIÁS, JORGE JOAQUÍN y ALTERINI, JORGE, *Código Civil Anotado*, t. 4, Bs. As., 1981.

MARIANI DE VIDAL, MARINA, *Derechos Reales*, 7ª ed., Bs. As., Zavalía, 2004.

MAZZEI, JUANA BEATRIZ, *Principios Registrales. Tracto sucesivo abreviado*, Rosario, Nova Tesis, 2005.

PEÑA GUZMÁN, LUIS ALBERTO, *Derecho civil. Derechos reales*, Bs. As., Tipográfica Editora Argentina, 1973.

SALVAT, RAYMUNDO, *Tratado de Derecho Civil Argentino: Derechos Reales*, Manuel J. Argañarás, (ed.), Bs. As., Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1923.

# De inmisiones, excesos, anormalidades y falta de tolerancia entre vecinos

## El exceso en la normal tolerancia entre vecinos, art. 1973 CCyC

por **MARCELO J. LÓPEZ MESA**<sup>(1)</sup>

### I | Vecindad y perturbaciones

El contacto entre las personas, en estos tiempos, suele no ser siempre fructífero. Ocasiones hay, y desafortunadamente cada vez con mayor frecuencia, en que la proximidad entre vecinos —muchas veces desconocidos— da lugar a todo género de padecimientos, inquietudes y violencias o, incluso, perdurables hostilidades.

No cabe soslayar el criterio realista de Vélez sobre la vecindad. Él sostenía enfáticamente que la propiedad horizontal, forma de vecindad estrecha si las hay, era un semillero de pleitos.<sup>(2)</sup> No se equivocó en nada. Pero la propiedad horizontal es, en nuestras ciudades y nuestros días, un mal necesario.

.....

(1) Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Galicia, España; y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, Argentina. Juez de la Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A. Co-director de la Diplomatura en Derecho Civil (Universidad Austral). Profesor visitante en varias universidades extranjeras. Jurado académico del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires.

(2) "... La división horizontal, dando a uno los bajos y a otro los altos, crea necesariamente cuestiones entre ellos" (nota art. 2617 CC).

La multiplicación de edificios y barrios cerrados no podía sino incrementar los litigios y reyertas por molestias a vecinos, causadas por adultos desaprensivos, menores maleducados, mascotas ruidosas, objetos peligrosos o mal utilizados, entre otras. Las relaciones de vecindad han dado lugar, en los últimos, años a mayor cantidad de reclamos y dificultades que antaño.

Y, previsiblemente, cada vez será peor, dado el apuro y estrés con que se vive la impaciencia y ansiedad generalizada que se palpa por doquier, el anonimato y amontonamiento de las grandes ciudades, y la rotura de vínculos y sentimientos de pertenencia. Todos ellos son factores que hacen que una simple chispa pueda terminar en un gran fuego, hecho antes poco corriente, dada la influencia de ciertos factores inorgánicos de control social, hoy inexistentes o amenguados.

Se vuelve cierta, entonces, la afirmación de García Sánchez de que “a medida que evoluciona la sociedad se hace más necesario establecer limitaciones a este derecho [de propiedad] y pasar de un estado de absoluta independencia a otro de coordinación de los respectivos derechos e incluso, en algunos casos, de subordinación”.<sup>(3)</sup>

Agudamente ha puntualizado el maestro Bénabent que “los daños que crea la vecindad no son nuevos, pero sí se han acrecentado fuertemente con la multiplicación de las explotaciones industriales, así como de altos edificios; ruidos, humos, polvos, olores, enmascarados a la vista o a plena luz”.<sup>(4)</sup>

En las relaciones de vecindad entre inmuebles contiguos, la responsabilidad puede resultar de las perturbaciones perjudiciales producidas entre los mismos, la que provendría de la ruptura de la igualdad de trato y riesgos entre vecinos, mediante, precisamente, la creación de un riesgo excepcional y anormal.<sup>(5)</sup>

.....

(3) GARCÍA SÁNCHEZ, JUSTO, *Teoría de la immissio*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1999, p. 14.

(4) BÉNABENT, ALAIN, *Droit civil. Les obligations*, 11ª ed., París, Montchrestien, 2007, p. 447, nº 639.

(5) JOSSE RAND, LUIS, *Derecho civil*, Santiago Cunchillos y Manterola (trads.), t. 1, vol. III, Bs. As., Ejea, 1950, p. 128 y ss., nº 150 a 1506 bis.

## 2 | Las inmisiones

La doctrina nacional, la jurisprudencia y ahora la legislación (art. 1973 CCyC), utilizan el poco frecuente vocablo “inmisiones” para referirse a las perturbaciones en el pacífico goce de la propiedad, causadas por actividades de inmuebles vecinos. El caso es que se trata de un concepto que, en el ámbito jurídico, difiere de su acepción puramente técnica.

Técnicamente, se ha dicho que “emisión es la cantidad de contaminante vertido a la atmósfera en un período determinado desde un foco, mientras que la inmisión es la concentración de contaminantes a nivel del suelo”.<sup>(6)</sup>

Pero el concepto que emplean diversos ordenamientos extranjeros —y el nuevo art. 1973 CCyC— no es este sino un concepto jurídico compuesto de elementos diversos. Bien se ha puntualizado el carácter complejo del concepto de inmisión, “en cuya elaboración y formación intervienen tanto elementos propiamente jurídicos, como elementos de contenido científico (...) es un concepto creado partiendo de aquellos elementos...”.<sup>(7)</sup>

Jurídicamente, “inmisiones” tiene un significado particular. Egea Fernández ha escrito que inmisiones son “las injerencias perjudiciales que se producen mediante la introducción de materias imponderables procedentes de la finca causante del perjuicio que son conducidas mecánicamente o físicamente, por tierra o por aire, sobre una finca vecina (en sentido amplio)”.<sup>(8)</sup> Cabe aclarar que, para ser tales, las inmisiones deben tener

un carácter indirecto o mediato, en el sentido de que no deben consistir en un *facere in alienum*, sino que, tratándose de actos realizados mediante la intervención humana en la propia finca, se propagan a otra. Se prohíben todos los actos de ejercicio del derecho de propiedad sobre un fundo que impliquen una invasión directa en la finca vecina (inmisiones directas, por ejemplo,

.....

(6) [En línea] <http://www.mambiente.munimadrid.es/opencms/opencms/calaire/ContaAtmosferica/portadilla.html>

(7) ALGARRA PRATS, ESTHER, “La disciplina de las inmisiones en el Derecho Privado”, tesis doctoral, España, Univ. de Alicante, 1994, p. 286.

(8) EGEA FERNÁNDEZ, JOAN, “Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad”, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 73/74 y 96.



sacudir las alfombras, arrojar objetos sobre el predio del vecino), y aquellos que aunque se inicien en la finca del agente, se propagan a la del vecino.<sup>(9)</sup>

En una aguda sentencia española se ha escrito que a

las inmisiones (...) se las ha definido como aquellas injerencias, apreciables físicamente, que se propagan sin intervención de la voluntad humana, pero que se producen como consecuencia del disfrute del derecho de propiedad, o ejercicio de la posesión sobre un bien inmueble y que provocan una interferencia en el disfrute pacífico y útil del derecho de propiedad sobre otro bien inmueble vecino (Amat Llari). Por otro lado se ha definido la inmisión como “la injerencia consistente en sustancias, materias, partículas, elementos o fuerzas incorporales o de escasa corporalidad, que se producen por la actuación humana en el ejercicio del derecho de propiedad u otro derecho fruitivo con una cierta reiteración y por encima del nivel de tolerancia que la vecindad impone, y que, separándose del punto de origen, se propaga por medios naturales y penetra en la esfera interna de la propiedad ajena, resultando dañoso para el inmueble o nociva o molesta para las personas que lo disfrutan por cualquier título” (Algarra Prats). Por su parte Joan Egea señala que no deben confundirse las perturbaciones materiales con las inmisiones. Las perturbaciones materiales, como la invasión de un fundo vecino, derivan directamente de un *facere in alieno* que, en principio, no se debe tolerar, salvo que no perjudique el interés de la propiedad o sea impuesto por la Ley o por un negocio jurídico (contractualmente). Por el contrario, las inmisiones son injerencias indirectas de carácter permanente, que se producen mediante la introducción de materias imponderables como los gases, el vapor, el calor, el ruido u otros elementos similares, que, procediendo de la finca causante del perjuicio se propagan perjudicialmente a otra finca vecina, consisten en una *inmissio in alieno* que deriva de un

---

(9) TORRELLES TORREA, ESTHER, “Las consecuencias de la falta de pericia en los lanzamientos de bolas de golf: inmisiones o responsabilidad extracontractual de los arts. 1902 y 1910 CC”, [en línea] [www.indret.com](http://www.indret.com), p. 8.

*facere in proprio*; se producen, por lo tanto, como consecuencia de la propagación generada por factores naturales, sin que tampoco quede excluida la intervención de la voluntad humana.<sup>(10)</sup>

Concretamente, entonces, una inmisión, en su acepción técnico-jurídica, consiste en una injerencia o intromisión antijurídica o indebida, de naturaleza indirecta, en un predio vecino, la que debe materializarse por el producto de la actividad del propietario en el ejercicio de sus derechos de dominio sobre un fondo, lo que genera la invasión en el predio vecino de sustancias corpóreas —químicos, aguas de desecho u otros contaminantes— o de turbaciones inmateriales —olores, gases, calores excesivos, ruidos o vibraciones, luminosidad—, a consecuencia de alguna actividad desarrollada en el inmueble emiteente.

En palabras llanas, una inmisión es una invasión o interferencia en un inmueble ajeno, la que perjudica el uso del mismo, molestando excesivamente a sus propietarios, poseedores o usuarios. Dicha intervención debe ser antijurídica e indirecta, esto es, no a través de turbaciones materiales, sino por la propagación o dispersión de partículas, contaminantes o elementos nocivos, que inciden negativamente sobre el fondo afectado y sus moradores o usuarios y que normalmente no obedecen al designio de molestar, sino a la despreocupación por los resultados de cierta actividad. O, según Vaquer Aloy, son “aquellas injerencias que se ocasionan mediante actividades que se desarrollan en la propia finca, pero cuyos efectos se perciben más allá de su delimitación espacial”.<sup>(11)</sup>

El principio general es que nadie debe inmitir en los bienes ajenos, que permite aplicar la teoría de las inmisiones a las relaciones de vecindad, por lo que debe entenderse que el ejercicio de las facultades de dominio siempre encuentra su límite en la no realización de actos que afecten el ejercicio de actos de uso, goce o disposición de otros titulares de dominio, por lo que la penetración de las emisiones producidas en un predio, en otro, se encuentra, en principio, prohibida.<sup>(12)</sup>

.....

(10) AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA, Sección 3ª, Ponente: Agustín Vigo Morancho, (Rollo 392/2002), 09/06/2004, [en línea] <http://www.agtvm.com/Inmisiones1.pdf>, p. 1.

(11) VAQUER ALOY, ANTONI; DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO y BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 122/123.

(12) AMUNÁTEGUI PERELLÓ, CARLOS F., “Las relaciones de vecindad y la teoría de las inmisiones en el Código Civil”, en *Revista de Derecho*, n° XXXVIII, Valparaíso, julio, 2012, p. 116.

### 3 | El exceso en la normal tolerancia entre vecinos

Dicha prohibición, sin embargo, rige en tanto las inmisiones alcancen cierto nivel o traspasen determinado umbral. Por debajo de ese límite, el vecino debe soportar perturbaciones de menor importancia o trascendencia, pues ese es el precio de vivir en sociedad. Es que “ciertas perturbaciones entre vecinos deben ser soportadas, salvo cuando exceden la medida normal en las relaciones de vecindad. La proximidad entraña necesariamente ciertos inconvenientes que los vecinos deberán soportar, pero solamente hasta un cierto límite”.<sup>(13)</sup> Cuando se superan los límites aceptables, entra a jugar el factor de atribución **exceso en la normal tolerancia entre vecinos**, que el CCyC ha reglado en su art. 1973.

La tolerancia exigible no debe superar lo normal, lo razonable, lo acostumbrado, pues no es dable exigir a las personas conductas que superen la media, que rocen el heroísmo, el martirio o la santidad.<sup>(14)</sup>

Como dijimos en un voto, para superar el test de constitucionalidad, la restricción del derecho debe ser proporcionada y razonable o, en fórmula sincrética, razonablemente proporcionada, pues siendo la razonabilidad y la proporción verdaderos paradigmas que los padres de nuestra Constitución —Juan Bautista Alberti y José Benjamín Gorostiaga— exigieron para toda restricción de derechos, la irrazonabilidad o la desproporción deben verse como un atentado a la Constitución Nacional y a su augusta majestad.<sup>(15)</sup>

(13) FABRE-MAGNAN, MURIEL, *Droit des obligations*, París, Thémis-PUF, 2008, t. 2, p. 270, n° 116; en igual sentido, BRUN, PHILIPPE, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2ª ed., París, Litec-LexisNexis, 2009, p. 317, n° 488.

(14) “Cargar sobre un sujeto una obligación supererogatoria, es decir, una exigencia desmedida o de cumplimiento virtualmente imposible, configura una arbitrariedad; el derecho no puede exigir, sobre la base de sofismas especiosos y ficciones evidentes, conductas que van más allá de lo razonable, pues en tal caso se vuelve ilegítimo” (CAPEL. TRELEW, Sala A, *Ñanco, Toribio c/ Sistemas Temporarios s/ cobro de pesos*, 08/06/2010, voto del Dr. López Mesa).

(15) CAPEL. TRELEW, Sala A, “*Navarro, Jorge Rubén c/ Barrancas Blancas SRL y/o quien resulte propietario, armador, locatario y/o responsable del Buque Pesquero San Ignacio s/ Cobro de haberes e Indemnización de Ley*”, 18/04/2013, voto del Dr. López Mesa.

Y en base a la doctrina de la razonabilidad es dable afirmar, en nuestros días todavía, que la democracia, pero más aún la República, necesitan de la razonabilidad y de la proporción como el cuerpo humano necesita del agua, sin la cual la vida desaparece y queda el yermo territorio sumido en la más absoluta sequedad.

Es innegable que sin razonabilidad y sin proporción no hay ni democracia ni República, puesto que toda restricción irrazonable o desproporcionada de derechos lleva en sí misma el germen de su propia aniquilación. Ergo, constitucionalidad es razonabilidad y proporción.<sup>(16)</sup> En palabras llanas, la desproporción o irrazonabilidad equivalen a la inatendibilidad de las alegaciones y defensas, sencillamente porque toda conducta excesiva, todo intento irrazonable o abusivo de ejercicio de un derecho reconocido, choca contra la valla de su limitación proporcionada.

Por ende, en este caso, no puede exigirse a los vecinos una tolerancia lindante en la conducta de un lama tibetano, de un estoico o de un faquir; y así, por ejemplo, el derecho de una empresa a desarrollar su actividad lucrativa debe ejercerse en condiciones tales que no cause daños a sus vecinos, pues lo contrario implicaría conculcar el derecho de aquellos a usar su propiedad, a la salud, y a gozar de un ambiente sano, garantizado a todos los habitantes del país explícita o implícitamente en los arts. 14, 33 y 41 CN.<sup>(17)</sup>

El factor de atribución que analizamos es aplicable a las relaciones de vecindad, y a la responsabilidad que pueda surgir de ellas, aunque también ha sido utilizado como fundamento de una condena en las inmisiones ilegales y en supuestos de contaminación por actividades industriales o extractivas cercanas a lugares poblados.<sup>(18)</sup>

Se trata de una responsabilidad ajena o distinta a la generada por hechos ilícitos.<sup>(19)</sup> Pese a ello, el exceso de la normal tolerancia entre vecinos es

.....

(16) CAPEL. TRELEW, Sala A, "Navarro...", fallo cit.

(17) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, "P. de T. P., J. y otros c/ Edenor SA", 30/03/2000, en LL 2000-D, 726.

(18) LARROUMET, CHRISTIAN, "La responsabilité civile en matière d'environnement", en *Recueil Dalloz*, 1994, p. 101 y ss.

(19) CAPEL. CIV. Y COM., MORÓN, Sala 1, "Rossi, Jorge O. c/ Ticola SRL", 23/05/1995, en JA 1998-III-síntesis.

una modalidad de antijuridicidad en tanto la transgresión del ordenamiento jurídico no opera siempre de la misma manera.<sup>(20)</sup>

Una aclaración se torna relevante: si normalmente es predicable que los conceptos de antijuridicidad e ilicitud coinciden, al punto de ser utilizados como sinónimos por muchos autores, este es justamente uno de los casos en que existiendo antijuridicidad, no se da la correlativa ilicitud.

El art. 1973 CCyC, y la responsabilidad que instaura, constituye uno de los supuestos de antijuridicidad objetiva, sin ilicitud. Otro caso, de los más importantes a colocar en ese estante, sería el de la responsabilidad del Estado por actividad lícita, que es antijurídica, pese a ser lícita, porque quiebra el principio constitucional de igualdad de trato.<sup>(21)</sup>

Inicialmente, en el derecho francés, la doctrina creía que era una variante del abuso: el abuso del derecho de propiedad. Luego se vio que se trataba de un sensible error, y que el exceso en la normal tolerancia era un factor de atribución enteramente distinto del abuso y de naturaleza objetiva, por lo que la intención del vecino no jugaba al evaluar el exceso.<sup>(22)</sup>

En el derecho francés, la teoría del abuso del derecho fue el punto de partida para la construcción jurisprudencial de un límite al ejercicio del derecho de dominio, considerado absoluto y generador de notorios excesos. La responsabilidad civil por problemas de vecindad fue progresivamente tornándose específica, hasta llegar a ser hoy una responsabilidad autónoma en el derecho francés.<sup>(23)</sup>

El derecho argentino nunca tuvo el problema que tuvieron otros. Contaba con una norma sabia, la que Vélez consagró en el art. 2618 CC, que evitó un peregrinar jurisprudencial que fuera del abuso del derecho hasta llegar

---

(20) CNAC. AP. CIV., SALA J, "Atucha, Mónica N. c/ Alexander Fleming SA", 13/03/2007, en JA 2007-III-314.

(21) TRIGO REPRESAS, FÉLIX y LÓPEZ MESA, MARCELO, *Tratado de la responsabilidad civil*, 2ª ed., t. V, Bs. As., La Ley, 2011, pp. 853/854.

(22) BÉNABENT, ALAIN, *Droit civil...*, op. cit., p. 448.

(23) BUFFELAN-LANORE, YVAINÉ y LARRIBAU-TERNEYRE, VIRGINIE, *Droit civil. Les obligations*, 12ª ed., París, Sirey, 2010, p. 659, n° 1920.

a una responsabilidad específica: en el Código Civil argentino, desde su sanción, fue una responsabilidad específica.<sup>(24)</sup>

En los últimos tiempos, el legislador del Código Civil y Comercial ha dedicado a este tópico el art. 1973, cuyo texto dice:

Inmisiones. Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquellas.

Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción.

Se trata de una responsabilidad objetiva, *propter rem*, que opera como una carga sobre la propiedad y que va pasando de dueño en dueño,<sup>(25)</sup> que no es difícil de comprender si se piensa que el art. 1973 CCyC se encuentra encuadrado en el ámbito de las restricciones y límites al dominio. Ello implica que si el demandado, en carácter de dueño del inmueble, lo vende, el nuevo propietario también puede ser alcanzado por la sentencia que se dicte con relación al inmueble, ya que no es a una persona individual a quien se pretende hacer cambiar de conducta, sino que es al responsable del predio a quien se busca motivar para que tome medidas que reduzcan los problemas causados a los vecinos. Conviene profundizar seguidamente el análisis de este factor de atribución de responsabilidad.

.....

(24) LÓPEZ MESA, MARCELO, "Las relaciones de vecindad y la responsabilidad civil. (El exceso en la normal tolerancia entre vecinos, su alcance y sus límites)", en *La Ley* 2011-C-109; "De nuevo sobre el exceso en la normal tolerancia entre vecinos como factor de atribución de responsabilidad civil (El art. 2618 Cód. Civil y sus posibilidades y limitaciones)", [en línea] [eldial.com](http://eldial.com)

(25) En igual sentido, JOURDAIN, PATRICE, "*Troubles du voisinage consécutifs à des travaux immobiliers: responsabilité de l'entrepreneur et du propriétaire actuel du fonds*", en *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2231.

El art. 1973 CCyC recepta un factor de atribución de responsabilidad, el que ostenta innegable carácter objetivo. Compromete la responsabilidad del legitimado pasivo, con independencia de toda idea de culpa en la generación de las molestias, acuñando como estándar valorativo la llamada "normal tolerancia", con el objeto de centrar el marco de protección solo en derredor de aquellas situaciones que exceden ese piso tolerable de ordinarios trastornos.<sup>(26)</sup>

Para que este factor de atribución se aplique debe existir inicialmente un ejercicio del derecho de propiedad que supere el umbral de tolerancia normal de los vecinos, esto es, un uso que genere inconvenientes o molestias superiores a las corrientes o habituales. Este factor no ha sido introducido por el legislador para poner trabas al uso de la propiedad, sino para evitar inconvenientes serios entre vecinos.<sup>(27)</sup>

La culpa del propietario del predio que causa los inconvenientes no es requisito para la procedencia del reclamo: la exigencia de una culpa ha desaparecido en provecho de la sola consideración del daño sufrido y de su importancia.<sup>(28)</sup> Este factor de atribución da lugar:

a una responsabilidad sin culpa, fundada sobre la sola constatación objetiva de que tal actividad, incluso enteramente lícita, crea a los vecinos un daño porque ella produce problemas anormales, que exceden lo que debe ser soportado entre vecinos. Aquel que desarrolla esta actividad tiene el derecho de ejercerla, pero él debe en contrapartida de tal ventaja que tiene reparar el exceso de inconvenientes que resultan para sus vecinos.<sup>(29)</sup>

Es constante la idea en doctrina europea de que, el que analizamos, es un factor de atribución diferenciado del abuso del derecho, que constituye una fuente autónoma de responsabilidad, independiente de toda idea de culpa, y que puede deducirse de la sola constatación objetiva de que un

(26) En igual sentido, respecto de la fuente de esta norma, el art. 2618 CC. Ver SCJ BUENOS AIRES, "Moroz c/ Rivas", 12/07/2006.

(27) LÓPEZ MESA, MARCELO, "Las relaciones de vecindad y la responsabilidad civil. (El exceso en la normal tolerancia entre vecinos, su alcance y sus límites)", en *La Ley* 2011-C-1096.

(28) BUFFELAN-LANORE, YVAINÉ y LARRIBAU-TERNEYRE, VIRGINIE, *Droit civil...*, op. cit., p. 659, n° 1920.

(29) BÉNABENT, ALAIN, *Droit civil...*, op. cit., p. 448, n° 640.

comportamiento o una actividad exceden aquello que normalmente debe ser soportado por los vecinos.<sup>(30)</sup>

La naturaleza o esencia de los problemas es extremadamente variada: ruidos de una usina, de un taller de artista o de una pista de karting, música de una discoteca, ruidos de animales o vocinglería y gritos de personas, desórdenes causados por trabajos, circulación intensiva producida por un centro comercial, frecuentación de un domicilio o negocio por personas poco recomendables, perjuicios estéticos;<sup>(31)</sup> impericia o chapucería en el juego del golf, que lleva las pelotas fuera de la cancha, causando molestias a vecinos;<sup>(32)</sup> privación de vista o de los rayos del sol a un inmueble, vibraciones, inconvenientes en la recepción de ondas de radio o televisión, dificultades con el tiraje de una chimenea;<sup>(33)</sup> la edificación de construcciones que degradan el paisaje, que privan de la oscuridad nocturna o que causan desórdenes urbanísticos o inmobiliarios<sup>(34)</sup> son algunos de los supuestos que la jurisprudencia francesa ha receptado en esta categoría. Carece de incidencia, en la temática, que el vecino, cuya propiedad produce los problemas, viva en el lugar, porque los daños son causados por su propiedad, no por él mismo.<sup>(35)</sup>

Sin embargo, alguna doctrina ha postulado que, para aplicar la figura, "aunque la norma no lo exija de manera directa, la periodicidad, continuidad y permanencia de las molestias o inmisiones, tipifican también el supuesto de hecho; pues no sería dable apelar a ella frente a una situación puramente circunstancial. La norma entra a tallar sus efectos jurídicos frente a la continua y permanente molestia o inmisión intolerable".<sup>(36)</sup>

.....

(30) FAGES, BERTRAND, *Droit des obligations*, París, LGDJ, 2007, p. 361, n° 496.

(31) BÉNABENT, ALAIN, *Droit civil...*, *op. cit.*, p. 448, n° 640.

(32) TORRELLES TORREA, ESTHER, "Las consecuencias...", *op. cit.*

(33) FABRE-MAGNAN, MURIEL, *Droit des...*, *op. cit.*, t. 2, p. 270, n° 116.

(34) BRUN, PHILIPPE, *Responsabilité civile...*, *op. cit.*, p. 320, n° 494.

(35) BÉNABENT, ALAIN, *Droit civil...*, *op. cit.*, p. 448, n° 640.

(36) VENTURA, GABRIEL B., "La continuación de las inmisiones excesivas en el art. 2618 del Código Civil constituye una servidumbre real", [en línea] <http://www.derecho.unc.edu.ar/acaderc/la-continuacion-de-las-inmisiones-excesivas-en-el-art.-2618-del-codigo-civil-constituyen-una-servidumbre-real>



Si bien nos parece que no puede agregarse interpretativamente un requisito que la ley no exige, porque el intérprete no puede establecer la ley que le gustaría que rigiese sino que debe esclarecer la normativa vigente y aplicarla, lo cierto es que tal pauta, habrá de integrar la apreciación de la normal tolerancia ante el uso reputado excesivo. Por ende, una inmisión aislada, episódica, producida —por ejemplo— por el festejo de un cumpleaños de 15 años en una vivienda familiar podría, por esa misma soledad o carácter episódico, constituir un serio y grave indicio de cierta intolerancia o susceptibilidad excesiva de quien la alega.

Pero ni la reiteración ni la frecuencia de la inmisión constituyen requisitos que pueda exigirse acreditar a quien accione para hacerla cesar o buscar un resarcimiento a causa de ella.

## 4 | Las relaciones de vecindad y las “perturbaciones de vecindad”

Mientras que en Francia la doctrina y la jurisprudencia utilizan la locución “perturbaciones de vecindad”, en nuestro país el ordenamiento acoge la fórmula “relaciones de vecindad”. A pesar de la diferencia terminológica, no hay diversidades sustanciales relevantes entre ambos conceptos.<sup>(37)</sup>

Estas perturbaciones o molestias excesivas deben ser apreciadas en sentido amplio, es decir, entendiendo que la vecindad debe analizarse con un enfoque teleológico, antes que meramente espacial o geográfico.

Esto implica que la relación de vecindad —en cuanto a la temática analizada concierne— no requiere colindancia de fundos, y puede darse dentro de un mismo pueblo en el que los vecinos estén separados por varias cuadras de distancia el uno del otro,<sup>(38)</sup> como se evidencia en problemas de contaminación ambiental, de olores nauseabundos o de vapores irritantes o tóxicos, que el viento transporta a cierta distancia de su fuente de origen.

El viento es un factor a analizar —y de primera importancia en esta materia—, ya que según sea su incidencia, podrá ser más amplia el área que la

(37) LÓPEZ MESA, MARCELO, “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*

(38) BRUN, PHILIPPE, *Responsabilité civile...*, *op. cit.*, p. 319, n° 493.

“inmisión” afecte y, correlativamente, menor la contigüidad de las fincas, la emitente y la recipiendaria de la inmisión.

El viento produce normalmente el fenómeno que se conoce como “transporte convectivo horizontal” de sustancias; es decir que, al transportar las emisiones contaminantes, el viento provoca normalmente su dispersión horizontal y determina la zona que va a estar expuesta a los mismos. Así, como regla general, a una mayor velocidad del viento se corresponderá una reducción de las concentraciones de contaminantes al nivel del suelo, ya que se producirá una mayor dilución y mezcla.<sup>(39)</sup>

Pero, a pesar de ello, suelen constatarse —en ciertos y determinados supuestos— circulaciones anómalas, no tan expansivas o cerradas del viento, como sucede con la brisa del mar o corrientes que circulan por valles o por depresiones del terreno o entre formaciones volumétricas de cierta uniformidad —líneas de edificios o pequeñas elevaciones, como las bardas en la Patagonia—, en las que los contaminantes lanzados a la atmósfera se incorporan a una circulación diferente del viento, encausada o más lineal de la corriente, lo que genera una acumulación mayor y progresiva de sustancias, que da lugar a un aumento de la concentración de los contaminantes en las zonas surcadas por este tipo de corrientes eólicas particulares.

Efectos similares se producen entre líneas de edificios altos: en estas condiciones, los efectos aerodinámicos de tales obstáculos pueden tener consecuencias negativas para la dispersión de contaminantes, acumulándolos en determinadas zonas, lo que produce una especie de canal o cauce que puede llevar más lejos de lo normal a inmisiones que, en otras condiciones, no arribarían allí.

Lo propio ocurre con las corrientes de agua, sea de arroyos, ríos, lagunas o mares, que pueden llevar una sustancia mucho más lejos de lo pensado; lo mismo que con las napas subterráneas, las depresiones o cauces del terreno, factores que no pueden ser obviados al momento de establecer si una determinada “inmisión” genera o no un exceso en la normal tolerancia en una finca no contigua.

.....  
(39) [En línea] [http://www.mambiente.munimadrid.es/opencms/export/sites/default/calaires/Anexos/Correlacion\\_entre\\_las\\_Inmisiones.pdf](http://www.mambiente.munimadrid.es/opencms/export/sites/default/calaires/Anexos/Correlacion_entre_las_Inmisiones.pdf)

De tal modo, no cabe presuponer *a priori* que una determinada distancia será adecuada o razonable para generar un exceso en la normal tolerancia o no hacerlo, frente a determinada inmisión. Ello no constituiría más que un prejuicio, un preconceito, una simplificación excesiva o conjetural. Y los jueces tienen prohibida la conjetura, el prejuicio o la precalificación en abstracto, debiendo atenerse a las circunstancias concretas del caso a resolver.

Como dijimos en un voto, ni las generalidades ni las conjeturas constituyen derivación razonada del derecho vigente, de acuerdo a las circunstancias comprobadas de la causa, lo que resulta esencial para estar en presencia de una sentencia válida. Ello, pues las generalidades —o **generalizaciones excesivas**— no pueden dar adecuado soporte a una decisión, precisamente porque no bajan la decisión al plano de los hechos de la causa, y las conjeturas están prohibidas a los jueces, ya que ellas no son ni presunciones ni probanzas, flotando en un limbo que se encuentra más allá de los medios convictivos admisibles en una litis.<sup>(40)</sup>

Ergo, es profundamente inconveniente que los jueces se valgan de conjeturas al resolver las causas judiciales que se someten a su decisión. Una de las formas más seguras y primarias de evitar que el proceso termine convirtiéndose en un juego de ficciones es evitando que en él se eche mano de suposiciones y conjeturas, no avaladas por prueba relevante. En el proceso sí pueden emplearse inferencias lógicas o inducciones extraídas de la existencia probada de cuatro o cinco extremos de hecho, que permitan inducir una determinada regla o extremo. Pero no puede tolerarse en el proceso judicial el uso de conjeturas travestidas de pruebas.<sup>(41)</sup>

De tal modo, frente a una denuncia de “inmisión”, lo que debe analizarse es, en concreto, si en el lugar donde se afirma la existencia de la inmisión y en base a las circunstancias de la zona, conformación geográfica, morfológica de ella, tipo de inmisión y demás concretas situaciones, es verificable o no una molestia excesiva para el vecino que la alega.

Por ende, no corresponde ni presuponer ni descartar, *a priori*, la existencia de la inmisión en virtud de una determinada distancia, puesto que en ocasiones, se producen vehiculizaciones anormales de sustancias, tanto

(40) CAPEL. TRELEW, Sala A, “Transporte Ceferino SRL c/ Construcciones Tierras Patagónicas SRL s/ Desalojo”, 13/11/2012, voto del Dr. López Mesa.

(41) CAPEL. TRELEW, Sala A, 13/11/2012, “Transporte Ceferino SRL...”, fallo cit.

aéreas como líquidas o sonoras, que discurren por cursos no corrientes, pero que hacen llegar la inmisión a un lugar previamente no considerado como apto para ello. Un ejemplo concreto de ello es la contaminación con sustancias químicas que se produjo, en 1993, en la ciudad de Avellaneda: a través de las cloacas, se generó una emanación de gas cianhídrico que mató a cuatro miembros de una familia y un equipo de emergencias médicas.<sup>(42)</sup>

Bien se ha dicho que a efectos de precisar cuáles son las molestias que exceden la “normal tolerancia” entre vecinos, las que no deben aceptarse como precio de la civilización moderna, es necesario hacer un juicio de valor y, como tal, su determinación puede ser fruto de disquisiciones y críticas, en tanto es una cuestión de hecho librada exclusivamente a la apreciación judicial. Sin embargo, la norma analizada sienta las bases a partir de las cuales los magistrados han de pronunciarse: molestias de diverso orden que exceden lo que sería aceptable de acuerdo a las condiciones del lugar, circunstancias del caso, exigencia de la producción, respeto al uso regular de la propiedad y prioridad en el uso de los inmuebles.<sup>(43)</sup>

En esta línea, ha dicho Brun que “la noción de vecindad debe ser entendida en un sentido amplio, admitiendo que ella no implica necesariamente una verdadera contigüidad, y puede satisfacerse con una cierta proximidad geográfica”.<sup>(44)</sup>

## 5 | La responsabilidad derivada del exceso en la normal tolerancia

El nuevo art. 1973 CCyC, en su segundo párrafo precisa que “Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños”.<sup>(45)</sup> Se trata de una mejora evidente respecto del art. 2618 CC ya que, con el nuevo texto, la cesación

.....

(42) [En línea] <http://edant.clarin.com/diario/96/09/28/E-04401d.htm>

(43) CAPEL. CIV. Y COM. MAR DEL PLATA, Sala 2, “Pinto Martha c/ Molinos Balcarce s/ Cesación de molestias”, 18/11/1999.

(44) BRUN, PHILIPPE, *Responsabilité civile...*, op. cit., p. 319, n° 493.

(45) El resaltado nos pertenece.

de la molestia no es incompatible con la indemnización de los daños causados por ella, ni hay que hacer sacrilegios interpretativos como hasta ahora para posibilitar esta conjunción, negada por la literalidad del art. 2618 CC.

Es decir que, una vez vigente el CCyC, el afectado por una inmisión podrá —en ciertos casos a la vez—, reclamar la cesación de la molestia y la indemnización de los perjuicios causados por ella. Es decir que, en adelante, habrá de tomar más fuerza que la que ha tenido la acción de indemnización por daños en el seno de las inmisiones.

La responsabilidad derivada del exceso es una responsabilidad *sui generis*, de naturaleza particular, de cuño objetivo, ajena a toda idea de culpa y aún de ilicitud.

Se ha juzgado que el art. 2618 CC se aplica a los diversos inconvenientes derivados de la vecindad: humo, gases, trepidaciones, rajaduras, luminosidad, vibraciones de motores u hollín, propias de la naturaleza del establecimiento y no de la desconsideración de quienes lo dirigen o trabajan. Debe tratarse de molestias excesivas, es decir, que excedan la normal tolerancia. Se trata de una responsabilidad ajena a todo elemento intencional o culposo.<sup>(46)</sup> Lo propio cabe decir del art. 1973 CCyC.

En similar senda se ha dicho que la responsabilidad por las molestias en las relaciones entre vecinos es totalmente ajena a los hechos ilícitos.<sup>(47)</sup>

El problema es que es una responsabilidad mucho más objetiva que otras, lo que ha hecho que el maestro Brun la denominara “una responsabilidad insólita”, justamente porque, a diferencia de sus congéneres, ella está expurgada de toda idea de ilicitud y de culpa.<sup>(48)</sup> Esto significa, además, que aún en caso de respetar disposiciones legales, el propietario de un predio puede ser responsabilizado si existen problemas anormales de vecindad.<sup>(49)</sup>

---

(46) TRIB. COLEG. RESP. EXTRACONT. 1A NOM. ROSARIO, “Benzaquen, Leonor c/ Supermercado Trivisonno”, 15/11/1995, en JA 1998-III-síntesis.

(47) CAPEL. CIV. Y COM. MORÓN, Sala 1, “Rossi...”, fallo cit.

(48) BRUN, PHILIPPE, *Responsabilité civile...*, op. cit., p. 317, n° 488.

(49) BUFFELAN-LANORE, YVAINÉ y LARRIBAU-TERNEYRE, VIRGINIE, *Droit civil...*, op. cit., p. 659, n° 1921.

Más aún, ha dicho el propio Brun que ella es “objetiva y desde todo punto de vista autónoma (...), una responsabilidad también atípica, que está fuera del ‘derecho común’...”.<sup>(50)</sup>

Pero que no se requiera intencionalidad no significa que no se necesite imputación. Se trata de dos conceptos distintos, que a veces son confundidos en nuestro país.

Es indudable que en esta responsabilidad por exceso en las relaciones de vecindad no se requiere la existencia de un elemento subjetivo en el dañador, esto es, no se necesita probar su culpa o intención de dañar. Pero sí se requiere que el hecho o la conducta dañosa sean imputables al responsable, para poder comprometer su responsabilidad. De otro modo se le haría responsable por caso fortuito, lo que no procede.<sup>(51)</sup>

En esta línea, agudamente ha dicho el maestro Malinvaud que el daño causado por exceso “debe ser imputable a su autor. Esta imputabilidad supone en principio en cabeza del autor del daño la conciencia y la libertad de sus actos, pues no se le podría reprochar a él ni a nadie un comportamiento inconsciente o aquél tomado en contra de su voluntad”;<sup>(52)</sup> y agrega que la libertad de sus actos es una condición de existencia de la responsabilidad. No hay responsabilidad si el autor del daño se ha visto, por consecuencia de ciertas circunstancias, en la imposibilidad absoluta de evitar el daño a los vecinos. En esta última situación, el autor material del daño no sido la causa del mismo, sino un mero instrumento de hechos imprevisibles o inevitables, que implican una causa ajena, por la que él no debe responder.<sup>(53)</sup>

Pero, ¿cuáles son sus principales aspectos y alcances?

El autor del exceso debe reparar el daño causado, salvo que invoque para exonerarse, la existencia de un caso de fuerza mayor. Él puede también ejercer una acción recursoria para encon-

(50) BRUN, PHILIPPE, *Responsabilité civile...*, op. cit., p. 318, n° 489.

(51) LÓPEZ MESA, MARCELO, “Las relaciones de vecindad...”, op. cit.

(52) MALINVAUD, PHILIPPE, *Droit des obligations*, 10ª ed., París, Litec-LexisNexis, 2007, p. 411, n° 559.

(53) MALINVAUD, PHILIPPE, *Droit ...*, op. cit., p. 413, n° 562.

trar un corresponsable del exceso a fin de hacerlo contribuir al pago de la deuda de reparación.<sup>(54)</sup>

El daño reparable puede ser material —daño a propiedades u objetos—, corporal —irritaciones, alergias, cánceres aparecidos en el cuerpo de los vecinos por la actividad excesiva—, o ser de índole moral —depresión o trastornos provocados por los padecimientos—.<sup>(55)</sup>

En este mismo sendero, en algunos fallos se ha condenado al dueño de la cosa molesta a indemnizar la reparación del agravio moral.<sup>(56)</sup> No hay óbices en el CCyC para ello.

La reparación dispuesta por el juez puede ser de dos clases: *in natura*, como podría ser ordenar la destrucción de lo construido que prive de sol o luz al vecino, u ordenar el cese de la actividad, su silenciamiento, o toma de medidas de seguridad de mayor importancia; también mediante una indemnización que mitigue los padecimientos físicos o morales de los vecinos, o mediante el pago de un tratamiento.<sup>(57)</sup> La responsabilidad por perturbaciones de vecindad conforma una matriz flexible que va ampliándose paulatinamente y que ha llegado a aplicarse, con cierto éxito, a problemas de contaminación ambiental,<sup>(58)</sup> captados como supuestos de inmisiones ilegítimas a los predios vecinos por varios fallos.

## 6 | Interpretación del art. 1973 CCyC

Sentado *ab initio* que el derecho de dominio no es absoluto, cabe decir seguidamente que entre los límites del ejercicio de los derechos del propietario pueden señalarse diversas cortapisas, dos de ellas fundamentales:

a. **una limitación geográfica:** el propietario o *dominus* debe mantenerse dentro de sus linderos, no pudiendo invadir el terreno de sus vecinos ni con

(54) FABRE-MAGNAN, MURIEL, *Droit des...*, op. cit., t. 2, p. 273, n° 117.

(55) *Ibid.*

(56) CAPEL. CIV. Y COM. SAN ISIDRO, Sala 2, "Sánchez, Américo y otra c/ Cedrato, Rosa y otras", 03/06/2003, en JA 2006-II-síntesis.

(57) FABRE-MAGNAN, MURIEL, *Droit des...*, op. cit., t. 2, p. 273, n° 117.

(58) BUFFELAN-LANORE, YVAINÉ y LARRIBAU-TERNEYRE, VIRGINIE, *Droit civil...*, op. cit., p. 659, n° 1922.

construcciones, ni colocando cosas de su propiedad (art. 1944 CCyC) ni con actividades que no sean las de estricto mantenimiento (art. 1977 CCyC).<sup>(59)</sup>

- b. **una limitación funcional:** en el ejercicio de su derecho de dominio, el *dominus* no debe exceder el uso normal u ordinario de la cosa, en vista de su destino y funcionalidad. Si en dicho ejercicio causara molestias a los vecinos, que excedieran la normal tolerancia, tal uso excesivo del predio podría generar una obligación resarcitoria, además de que el juez dispusiera su cese (art. 1973 CCyC). Bien se ha dicho que todo titular de dominio puede realizar la actividad que desee en su fundo, siempre que la misma no produzca efectos que perjudiquen a los inmuebles vecinos. Se ha dicho con acierto que

la ley parte de la base de que la convivencia sobre todo en ciudades no es fácil y que los propietarios deben tener cierta tolerancia el uno para con el otro, por las molestias que las diferentes actividades se pueden producir (...) las molestias "normales" deben padecerse en silencio, porque es imposible llegar al nivel cero de perturbación al prójimo que vive al lado de casa. La ley únicamente restringe el goce del derecho de propiedad cuando la molestia excede lo tolerable y afecta el normal desenvolvimiento pacífico de la vida en sociedad, como, por ejemplo, si la acumulación de hojas y frutos desprendidos del pino ubicado en el terreno del demandado pueden haber causado el taponamiento de la canaleta y haber producido filtraciones de la vivienda lindera, corresponde ordenar el corte de las ramas que invaden el predio del actor para que cese el daño.<sup>(60)</sup>

Consideramos que la enumeración que hace el art. 1973 CCyC —al igual que la que hacía su fuente, el art. 2618 CC—, no es taxativa, sino meramente enunciativa, por lo que, si las inmisiones fueran de otra clase que las allí mencionadas, también podría ser aplicada la norma.<sup>(61)</sup> Los requisitos de aplicación de la regla son:

- a) **El ámbito de aplicación de la norma es el de las relaciones de vecindad, por lo que actor y demandado deben ser vecinos en sentido amplio.**

.....

(59) LÓPEZ MESA, MARCELO, "Las relaciones de vecindad...", *op. cit.*

(60) LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Bs. As., LexisNexis, 2006, p. 405.

(61) LÓPEZ MESA, MARCELO, "Las relaciones de vecindad...", *op. cit.*



El art. 1973 CCyC se aplica a las relaciones entre vecinos, entendiendo el término “vecino” en sentido lato,<sup>(62)</sup> lo que implica que no se requiere que se trate de colindantes, sino que basta con que sean vecinos del mismo barrio, pudiendo estar separados por varias cuadras de distancia, bajo la condición de que las emanaciones, ruidos, gases o cualesquiera otras in-misiones lleguen de la propiedad de uno a la del otro.<sup>(63)</sup>

Para analizar cuándo, pese a la distancia, aplicar la norma, debe realizarse un análisis causal, debiendo la inmisión ser causada por actividades del inmueble del demandado.<sup>(64)</sup>

Se requiere, sí, que se evidencie el exceso en la normal tolerancia, porque si allí no vive la persona que reclama el cese de la inmisión y tampoco ejerce una actividad que evidencia cierta permanencia temporal en el lugar, difícil será que pruebe que su normal tolerancia ha sido excedida.<sup>(65)</sup> Un planteo así por parte de quien no mora ni utiliza laboralmente el inmueble tendría mucho de susceptibilidad excesiva y correría el riesgo de su rechazo.

#### b) Debe existir una inmisión que ocasione una molestia al vecino.<sup>(66)</sup>

Bien se ha dicho que:

la norma no se refiere a una invasión directa o corpórea del fundo ajeno —la que constituiría turbación o despojo posesorio—, que

.....

(62) CAPEL. TRELEW, Sala A, “Antin, Belén y otro c/ Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia Supermercados La Anónima s/ juicio sumario”, 19/11/2002, voto del Dr. Ferrari.

(63) BRUN, PHILIPPE, *Responsabilité civile...*, op. cit., p. 319, n° 493.

(64) Para analizar con mayor detalle el tema de la causalidad, LÓPEZ MESA, MARCELO, *Presu-puestos de la responsabilidad civil*, Bs. As., Astrea, 2013, pp. 365/466.

(65) LÓPEZ MESA, MARCELO, “Las relaciones de vecindad...”, op. cit.

(66) El concepto **molestia** es comprensivo del de **daños**, ya que los daños causan molestias, aunque la inversa no es exacta, pues no toda molestia configura un daño, y para ello debe superar cierto umbral de tolerancia. Por ende, pensamos que el art. 1973 CCyC, al igual que su fuente, no se refiere a daños materiales concretos —**que siempre deben repararse**—, sino a **molestias** ocasionadas por el humo, calor, olores, luminosidad, vibraciones o similares, y que solo deben indemnizarse en caso de que excedan la “normal tolerancia”, teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para el ejercicio de las actividades productoras de las mismas (en este sentido, respecto del art. 2618 CC, CAPEL. CIV. Y COM. MERCEDES, Sala 1, “Marino, Olga Raquel c/ Arina, Juan Pablo y ots. s/ Daños y perjuicios”, 01/07/2004).

no tiene por qué ser soportada, sino a la emanación y envío de distintas sustancias o energías que, generadas en el inmueble propio, penetran en el del vecino. A este tipo de situaciones se las denomina “inmisiones inmateriales”, a pesar de que en ciertos casos la molestia es producida por el ingreso de objetivos materiales desde el punto de vista físico, como ser polvo, chispas, hollín o vapor. Siempre existe una base de propagación en el fundo propio.<sup>(67)</sup>

### c) Las molestias deben exceder la normal tolerancia.

El art. 1973 CCyC parte de un presupuesto implícito o sobreentendido: la vida en sociedad, la relación en un medio urbano, en una vecindad o barrio —cuanto más cercanas las viviendas y más estrecha la comunidad, peor aún—, involucra necesariamente el padecimiento de algunas molestias inevitables y que pueden llegar hasta producir cierto perjuicio menor, una relativa intranquilidad, que normalmente se transmuta en paciencia y resignación. Por ende, no cualquier ruido o inmisión resulta susceptible de disparar la aplicación del art. 1973 CCyC, que se emplea para dar solución a diversos inconvenientes derivados de la vecindad que excedan la normal tolerancia de los prójimos —humo, gases, ondas electromagnéticas, rajaduras, luminosidad excesiva, vibraciones, partículas en suspensión, u olores nauseabundos—, propios de la naturaleza del establecimiento que los emite y aún de la indiferencia de quienes los dirigen o allí trabajan ante los resultados dañinos para los vecinos.

Pero no cualquier molestia puede ser impedida a través de esta vía. Por el contrario, deben soportarse incomodidades o padecimiento menores o episódicos en tanto que ellos no traspasen el umbral de la normal tolerancia de los afectados. Este estándar debe apreciarse en abstracto, de acuerdo a un molde medio: ni excesivamente susceptible ni estoico.

Como bien se ha dicho, “mientras no se colme la medida, hay entre vecinos un deber de paciencia, ya que ciertas incomodidades deben aceptarse como un precio, a veces duro, de la civilización moderna; pero si se demuestra que la molestia excede de lo razonable, hay que ponerle coto”.<sup>(68)</sup>

.....

(67) BUERES, ALBERTO y HIGHTON, ELENA, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, t. 5-A, pp. 644/645. En igual sentido, TORRELLES TORREA, ESTHER, “Las consecuencias...”, *op. cit.*, p. 8.

(68) BUERES, ALBERTO y HIGHTON, ELENA, *Código Civil y normas...*, *op. cit.*, p. 646.

El límite de la “normal tolerancia” debe ser valorado con objetividad, con prescindencia de la particular situación de los sujetos afectados.<sup>(69)</sup>

... Lo que la ley prohíbe es el exceso, no la molestia normal. La enunciación de la ley comprende al “humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones”, o sea, inmisiones tanto materiales como inmateriales. Es meramente enunciativa porque luego agrega “o daños similares”, con lo que otorga un margen de discrecionalidad muy amplio al juzgador, pudiendo incluirse por ejemplo, a las inmisiones de energía eléctrica por ejemplo. La normal tolerancia se aprecia “teniendo en cuenta las condiciones del lugar” y no es óbice para que existan que medie “autorización administrativa”.<sup>(70)</sup>

La norma veda las molestias excesivas, estándar que no coincide, sino que se contraponen, con la susceptibilidad desbordada. La diferencia entre molestias excesivas y susceptibilidad extrema deberá ser trazada en cada caso, sobre la base de la aplicación de los parámetros que la norma brinda. Es útil una aclaración: tratándose de relaciones de vecindad, un verdadero semillero de pleitos, el criterio del juez debe ser un criterio casuístico, que analice las particularidades del caso concreto por sobre cartabones abstractos.<sup>(71)</sup>

Lo importante es resolver estos conflictos para impedir que escalen, porque la experiencia indica que, cuando ese tipo de disputas no se resuelven y perduran en el tiempo, las cosas tienden a salirse de su cauce, y a los reclamos sobrevienen los improperios, los golpes, y a continuación los puntazos o, directamente, los disparos. La gente se pone nerviosa al extremo cuando la paz de su hogar es violada recurrentemente por ruidos molestos, música propalada a altísimos decibeles en horas de descanso, cuando la contaminación enferma a sus hijos, o cuando la ropa limpia es impregnada de humo. Por eso, este tipo de disputas, que a veces pueden ser vistas bajo una luz amable o casi risueña, pueden provocar enormes malestares nerviosos y hasta terminar en desenlaces lindantes con la tragedia. Claro que no cualquier susceptibilidad está amparada

.....  
(69) CSJN, “Sielecki, Daniel y otra c/ Bernardo J. Biachof y otra”, 04/11/1986, Fallos: 308:2129.

(70) LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Teoría general...*, op. cit., p. 406.

(71) LÓPEZ MESA, MARCELO, “Las relaciones de vecindad...”, op. cit.

por el art. 1973 CCyC, que no fue dictada para cumplir caprichos o satisfacer susceptibilidades excesivas.

Las molestias, para encuadrar en el seno de la norma y configurar el exceso que ella tutela, tienen que llenar ciertos requisitos de permanencia y reiteración, por lo que ellas se oponen al daño accidental o instantáneo, y no se corresponde con el espíritu de la norma el cuestionamiento a través suyo de algún exceso episódico, que puede remediarse a través de una acción policial.

Claro que la reiteración no es un requisito de aplicación de la norma, sino de apreciación del exceso. Como se ha dicho,

no es lo mismo tolerar que un día el vecino festeje su cumpleaños, a que tenga una bailanta; o que la misma persona ponga un clavo para colgar un retrato a que tenga un taller de reparación de maquinarias. Por último, las molestias pueden provocar daños materiales (desvalorización del inmueble, limitación de actividades económicas, gastos médicos) o morales (perturbaciones del ánimo, alteraciones del sueño).<sup>(72)</sup>

**d) El factor de atribución es objetivo, por lo que no se requiere el dolo o la culpa del responsable para configurar el exceso.**

No se requiere que las molestias sean causadas culposamente, ni menos con dolo, bastando el mero hecho objetivo de su realización, sumado a los otros requisitos, para que se configure la responsabilidad del propietario del fundo. Se trata de una responsabilidad ajena a todo elemento intencional o culposo.<sup>(73)</sup>

Por ende, no existe un nivel de diligencia exigible al propietario del fundo, ni la prueba de su falta de culpa lo libera de responsabilidad. En caso contrario, no estaríamos en presencia de una responsabilidad objetiva, pues lo que esencialmente caracteriza a estas es la irrelevancia de la acreditación de la ausencia de culpa del responsable.

.....

(72) LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Teoría general...*, op. cit., p. 406.

(73) BUERES, ALBERTO y HIGHTON, ELENA, *Código Civil y normas...*, op. cit., p. 645.

## 7 | Acciones que la norma confiere al damnificado

La ley confiere al damnificado dos tipos de acciones:

- a. la acción de cesación de las molestias; y/o
- b. la acción de daños y perjuicios.

Por conducto de la última, el perjudicado puede reclamar los daños ya producidos y los futuros que se mostrasen como necesarios, en sentido jurídico, siempre que ellos estén relacionados causalmente y en forma adecuada con la inmisión (arts. 1726 y 1736 CCyC). El legitimado puede incoar, también, la acción de cesación de las inmisiones.

A diferencia de lo que hacía el art. 2618 CC, el nuevo texto legal ya no sienta la imposibilidad de acumulación de ambas pretensiones, ni obliga al damnificado a elegir entre las dos, que no son incompatibles, modificación que debe verse como un avance positivo.

## 8 | Criterios de juzgamiento del exceso

Como primera premisa, debe sentarse que establecer cuándo los ruidos o inmisiones superan la normal tolerancia del vecino afectado constituye una típica cuestión de hecho, sujeta a la apreciación judicial en cada caso concreto, de modo que no hay pautas fijas o inmutables para trazar el límite ni tablas de tolerancia de alcance invariable, como serían —por caso— ciertas tablas de sonoridad admisible.<sup>(74)</sup>

En segundo término, es dable aseverar que, para que quede comprometida la responsabilidad prevista por el art. 1973 CCyC, no es obstáculo la

.....

(74) Bien se ha resuelto que, aun con el valor como elemento técnico que pueden llegar a tener los exámenes y mediciones, que no se discute, ello no quita que la apreciación de la existencia de las inmisiones resulta siempre sujeta al prudente arbitrio judicial que analice cada caso en particular. Es que la "normal tolerancia" del art. 2618 CC es una fórmula abstracta, y es el juez quien definirá su alcance en cada caso concreto, para lo cual tendrá en cuenta las condiciones del lugar, considerando particularmente la índole de las inmisiones, su entidad y su injerencia en los inmuebles vecinos. (CAPEL. TRELEW, Sala A, "Antin, Belén..." fallo cit., voto del Dr. Juan Humberto Manino).

existencia de una autorización administrativa para funcionar por parte del establecimiento que causa las molestias. En principio, porque ella no prejuzga sobre la entidad de las molestias, máxime que dicha autorización se otorga en forma previa al funcionamiento;<sup>(75)</sup> y fundamentalmente porque lo contrario pondría en cuestión el sistema de normas establecido constitucionalmente (art. 75, inc. 22 CN). Es que, más allá de lo que determinen las ordenanzas municipales y las autorizaciones administrativas, esta materia está regida por las normas del Código Civil, de rango superior a aquellas, por lo que la decisión debe sujetarse a esta jerarquía normativa piramidal.<sup>(76)</sup> El sistema constitucional, que establece la jerarquía de las normas, hace que no resulten oponibles a la regla del art. 1973 CCyC ni una autorización administrativa ni una ordenanza municipal, ni, incluso, una ley provincial.

Sentado ello, cabe avanzar expresando que “dos son las directivas fundamentales que emanan del art. 2618 CC: ‘la normal tolerancia’ y el ‘uso regular de la propiedad’”. Es que la vecindad impone ciertas molestias o incomodidades ordinarias en el uso regular de la cosa”.<sup>(77)</sup> Lo propio cabe decir de la nueva norma.

El criterio que debe presidir en la apreciación del exceso es un criterio razonable, medio, prudente y, en especial, uno que no haga cesar actividades productivas en favor de susceptibilidades desbordadas, aunque tampoco debe permitirse cualquier umbral de ruido o de contaminación para mantener una empresa abierta y en funcionamiento.<sup>(78)</sup>

Entre el exceso y el defecto, en este caso, es preferible el defecto. Es que, tratándose de una limitación al ejercicio de un derecho, en la duda, si no quedara claramente acreditada la existencia del abuso, debe priorizarse el interés del propietario y rechazarse el reclamo del vecino. Ello, con dos aclaraciones:

.....

(75) En igual sentido, respecto del art. 2618 CC, CAPEL. CIV. Y COM. DOLORES, “López, Miguel y otra c/ Parador Barlovento y otro s/ Amparo”, 27/08/2004; CAPEL. CIV. Y COM. MAR DEL PLATA, Sala 2, “Pinto Martha c/ Molinos Balcarce s/ Cesación de molestias”, 18/11/1999.

(76) CAPEL. TRELEW, Sala A, “Antin, Belén...”, fallo cit., voto del Dr. Carlos D. Ferrari.

(77) BUERES, ALBERTO y HIGHTON, ELENA, *Código Civil y normas...*, op. cit., pp. 644/645.

(78) LÓPEZ MESA, MARCELO, “Las relaciones de vecindad...”, op. cit.

- a. **este criterio conservador o prudente rige en todas las materias a las que se aplica el art. 1973 CCyC, menos en lo tocante a contaminación ambiental.** En ese segmento, el criterio se invierte, y en la duda debe hacerse cesar la actividad contaminante. Ello porque en dicha materia rige el principio precautorio, consagrado por el art. 4° de la ley 25.675, que obliga a evitar las fuentes posibles de contaminación ante la duda;<sup>(79)</sup> y
- b. **dicho criterio prudente en las restantes materias se basa o apoya en el principio constitucional de reserva, que establece el art. 19 CN.**

Cuatro pautas directrices consagran la normativa. Van dirigidas al juez, que debe tomarlas como base de su pronunciamiento, de acuerdo a las circunstancias del caso, y se presentan a continuación.

## 8.1 | El respeto del uso regular de la propiedad

La ley respeta el uso regular de la propiedad. El juez es juez del exceso, del abuso, no del uso regular. Consecuentemente, la primera pauta a considerar es el respeto al uso "regular" de la propiedad, el que no puede ser intervenido por nadie, ni siquiera por un juez. Tal uso regular contempla a una persona de sensibilidad media,<sup>(80)</sup> por lo que las molestias serán evaluadas según el criterio de normalidad, que establece el art. 901 CC. El límite de "normal tolerancia" impuesto por el art. 1973 CCyC debe ser valorado con objetividad y con prescindencia de la particular situación de los sujetos afectados.<sup>(81)</sup>

## 8.2 | El respeto a la prioridad en el uso

La prioridad en el uso marca una preferencia en el derecho. Es una de las aplicaciones de esa vieja regla de los molineros romanos que "quien llega primero, muele primero" (*qui primus venerit, primus molet*),<sup>(82)</sup> que luego

(79) "Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente" (art. 4°, ley 25.675).

(80) LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Teoría general...*, op. cit., p. 407.

(81) En igual sentido, CSJN, "Sielecki...", fallo cit.

(82) WACKE, ANDREAS, "Quien llega primero, muele primero: 'prior in tempore, potior in iure'. el principio de la prioridad en la Historia del Derecho y en la dogmática jurídica", en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLV, fasc. 1, Madrid, enero-marzo 1992, p. 38.

se transformó en regla general del derecho de obligaciones: el llamado “principio de prelación temporal” —de diversas aplicaciones en materia de derecho—, que rige a falta de otras pautas de preferencia específicas, y que quedó inscrita con caracteres indelebles en el adagio *prius in tempore, potior in jure*.<sup>(83)</sup>

A paridad de derechos, la prioridad en el uso de la cosa o en el ejercicio del derecho marca una preferencia en el ejercicio del derecho. Esta regla del derecho de obligaciones tiene diversas aplicaciones en materia de derecho, y rige, a falta de otras pautas de preferencia específicas,<sup>(84)</sup> o debe coordinarse con ellas, como en este caso ocurre. Así, el eminente romanista alemán Andreas Wacke ha expresado que

la preferencia del que llega primero es un principio de evidente justicia que convence a todo niño (...) La idea de la prioridad no es solamente un mandamiento evidente de la educación o cortesía en la convivencia humana, sino más allá de esto una regla del tráfico observada en muchos aspectos y finalmente se afirma como una regla de derecho que domina en los más diferentes ámbitos.<sup>(85)</sup>

Aquel de los dos vecinos en disputa que se encontraba en el uso de la propiedad antes que el otro debe ser considerado de manera preferente en el juzgamiento de la prioridad de derechos, en caso de no poder armonizarlos de algún modo y tener que optar por uno de ellos. Claro que no será la única pauta a tomar en cuenta, sino que deberá considerarse conjuntamente con las otras tres que brinda la norma.

La aplicación de esta pauta a las relaciones de vecindad ha sido cuestionada por una inteligente jurista española, que ha postulado que

la aplicación de la prioridad en el uso a las relaciones de vecindad y a las inmisiones impondría a los propietarios de las

.....

(83) LÓPEZ MESA, MARCELO, “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*

(84) CAPEL. TRELEW, Sala A, “Herederos de Julio M. s/ Tercería de Mejor Derecho en Autos ‘Pandullo, Rumana Antonia c/ Supertiendas El Sheik S.A. s/ Cobro de pesos’”, 09/11/2011.

(85) WACKE, ANDREAS, “Quien llega primero...”, *op. cit.*, p. 38.



fincas del entorno una permanente limitación en el disfrute de sus propiedades, despojándoles de ciertas utilidades sin la debida compensación; impediría el desarrollo —en particular urbano— de las áreas o zonas afectadas por las inmisiones de los usos primeramente establecidos, y privaría a los vecinos del derecho a exigir el cese o la corrección de inmisiones susceptibles de eliminación o reducción por la sola razón de su preexistencia. En segundo lugar, y como crítica de orden técnico fundamental, debe decirse que el principio de prioridad temporal en el uso puede encontrar aplicación como criterio de solución cuando se trata de un conflicto de intereses sobre un mismo objeto o derecho; en tal caso el ordenamiento jurídico protege a aquel que se ha adelantado en el ejercicio del derecho o aquel cuya titularidad sea anterior. En las relaciones vecinales sin embargo no existe un conflicto de derechos sobre un mismo objeto, sino un conflicto entre dos derechos diferentes sobre objetos diferentes que deben ser considerados en pie de igualdad en la búsqueda de una solución, atemperando los intereses de ambos sujetos.<sup>(86)</sup>

Sin embargo, el legislador argentino, tanto el de la ley 26.994 como el de la legislación anterior, ha establecido esta pauta para juzgar las inmisiones, y debe ser tenida en cuenta junto con las restantes, legalmente establecidas al efecto.

### 8.3 | El interés general

El del interés general es un concepto abierto, amplio, que normalmente se utiliza como una especie de mantra indeterminado para justificar cualquier decisión que las cuestiones del momento aconsejen tomar. No hay rigor en el uso que se ha hecho de este vocablo, pero al haber sido acogido en la norma que analizamos, no nos podemos quedar en los circunloquios y en los sobreentendidos, sino que debemos asignarle un contenido jurídico objetivo y todo lo verificable que la latitud del concepto permite.

(86) HUALDE MANSO, TERESA, "Inmisiones provocadas por establecimientos industriales autorizados", en *Revista Jurídica de Navarra*, n° 39, 2005, p. 188.

El interés general es el interés de todos o de la mayoría de los ciudadanos, en sentido lato. Se configura por contraste u oposición a otro concepto más claro en sus alcances, el de interés individual o interés particular, por lo que el interés general no es ni el de un individuo ni el de un grupo de ellos. Sin embargo, con ello no hemos ganado mucho, porque todavía no sabemos qué es el interés general. Este concepto se emplea corrientemente como sinónimo de interés público, interés social, utilidad social o bien común; y ha servido de fundamento a toda clase de decisiones públicas, como apoyatura o legitimación de ellas. Es un concepto abstracto, y por lo tanto, pasible de criterios dispares a la hora de ser aplicado a situaciones concretas y particulares. Bien se ha dicho a su respecto que

goza de una fuerte presencia en la cultura política de las sociedades democráticas modernas. No obstante, si bien el término puede ser entendido y aceptado con relativa facilidad por cualquier ciudadano de a pie, su definición resulta extraordinariamente compleja para el entorno de las ciencias políticas o de la teoría del derecho. Concretamente, nuestro ordenamiento hace continua referencia a esta figura sin ofrecernos una definición objetiva. El hecho de que el "Interés General" sea actualmente concebido como un principio jurídico indeterminado no constituiría un problema si no estuviéramos hablando de un elemento que desarrolla una clara función directiva en la actividad de toda administración democrática moderna. Este paradigma jurídico y social imposibilita cerrar el continuo debate sobre la coincidencia entre los fines últimos del Estado y el bienestar de la comunidad.<sup>(87)</sup>

Entendemos que la amplitud del concepto impide plasmar una definición acabada *a priori*, pero sí permite entender —por contraposición— que el juez deberá evaluar el impacto que su decisión tenga en la comunidad en que se ventilan estas cuestiones. Es decir, que la resolución a tomarse en el tema de la inmisión denunciada por el actor no debe resolverse como una cuestión de dos —actor y demandado—, sino como una que puede afectar a muchas más personas, no solo del barrio, sino de la ciudad, de la zona y hasta de la provincia en que se evidencie el

(87) MONTALVO ABIOL, JUAN CARLOS, "Interés general y Administración contemporánea", en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 14, julio, 2011, p. 129.

conflicto. Por ello, si el juez ordena terminar con una determinada actividad para evitar la inmisión, puede producir externalidades que afecten a muchos más que a las partes involucradas en el litigio, y deberá tomarlas en cuenta al resolver, a la par de las otras pautas que el ordenamiento le indica. Justamente, pensamos que con la pauta del interés general, el art. 1973 CCyC hace entrar en el cómputo a considerar en la resolución de estas delicadas cuestiones, las consecuencias sociales efectivas de ellas.

Como ya dijimos en un voto, el buen derecho es, necesariamente, lógica y sentido común. Por ende, el contraste de los resultados efectivos que produce determinada propuesta hermenéutica en los hechos del caso concreto sometido a decisión, es un test del acierto o error de la hermenéutica adoptada. El buen derecho es un producto artesanal que solo la intervención activa de un buen juez puede hacer realidad, pues él es decididamente contrario a aplicaciones mecánicas de cartabones teóricos o criterios excesivamente abstractos.<sup>(88)</sup>

La ley es normalmente general e impersonal, por lo que el juez debe convertirla, en su aplicación, en concreta y personal, so pena de tornarse ilegítima, pues a los justiciables no se los puede juzgar sobre la base de abstracciones inasibles. A una persona concreta no puede resolverse un planteo o reclamo si el mandato legal, abstracto e impersonal, no es traducido a otra clave, esta vez personal y concreta, y amoldada a los hechos comprobados en la causa. La labor del juez al fallar consiste en devolverle a la ley todo el contenido casuístico y concreto que ha perdido al ser elevada a norma general por el legislador.<sup>(89)</sup>

Como genialmente indicara el maestro Puig Brutau, “si generalizar es omitir, y legislar es generalizar, juzgar es volver a añadir parte, cuando menos, de lo omitido”.<sup>(90)</sup>

Es por ello que un juez no cumple su función cuando falla sobre la base de generalidades, muletillas o cartabones, ya que, si así actúa, no

---

(88) CAPEL. TRELEW, Sala A, “Llompert, Edna Haydee y Otra c/ Trama Construcciones SRL y otro s/ Daños y perjuicios”, 17/04/2012, voto del Dr. López Mesa.

(89) CAPEL. TRELEW, Sala A, “Llompert...”, fallo cit., voto del Dr. López Mesa.

(90) PUIG BRUTAU, JOSÉ, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Bosch, Barcelona, s/f., p 179.

concreta la ley general al caso particular, sino que dicta un pronunciamiento igualmente genérico e inasible. El juez debe, al fallar, traducir la norma general a un registro particular, cercano a los hechos del caso resuelto y confeccionado teniéndolos en mira especialmente y explicitar, en los hechos de ese caso, el alcance y el significado de la norma general, de modo de demostrar que ella es aplicable a los hechos de esa causa, porque ellos encuadran sin forzamientos ni torsiones en su ámbito de aplicación legítima. Y debe hacer una hermenéutica razonable, lógica, no forzada.<sup>(91)</sup>

El cambio de clave de la norma —de general y abstracta a particular y concreta— es claramente el rol insustituible de un buen juez. En caso de no cumplir tal labor de conversión, no cumple cabalmente su función. Un juez no es un sacador de sentencias, sino un solucionador de conflictos. Cuando uno lee soluciones jurídicas alambicadas, difíciles de explicar, que trasiegan cansinamente los arcanos del derecho para explicar situaciones que el buen sentido no logra comprender, ello significa normalmente que ha fallado la faena hermenéutica y que el resultado a que se ha arribado es ineficaz.<sup>(92)</sup>

## 8.4 | Las exigencias de la producción

El juez tiene la tarea de armonizar o contemporizar las exigencias de la producción con las otras tres pautas que da el art. 1973 CCyC, lo que implica una apreciación razonable de los reclamos vecinales y la contemplación de todos los intereses en juego.

La disposición de hacer cesar la actividad productiva debe ser tomada como *ultima ratio* y dispuesta solo en caso de que no quedare otra alternativa superadora. En un mundo en que escasean las fuentes de trabajo, donde la depresión económica y el cierre de fuentes de ingreso es la constante, medidas heroicas dispuestas por jueces supuestamente justicieros, sin tomar en cuenta todas las variables en juego, deben ser miradas con prevención.<sup>(93)</sup>

(91) CAPEL, TRELEW, Sala A, "Llompart...", fallo cit.

(92) *Ibid.*

(93) LÓPEZ MESA, MARCELO, "Las relaciones de vecindad...", *op. cit.*

## 9 | Legitimados activos y pasivos

Están legitimados activos para reclamar el cese o la indemnización, el propietario del fondo afectado por el uso excesivo, pero también el usufructuario, el locatario o el poseedor del mismo,<sup>(94)</sup> que son quienes soportan las molestias excesivas.

Deben considerarse legitimados para acudir a los mecanismos legales previstos en el art. 1973 CCyC todos aquellos que resulten virtualmente afectados por las molestias causadas en razón de la vecindad.

Este criterio es el que mejor se compatibiliza con la finalidad concreta de la norma y con la realidad social, por cuanto —más allá de otras circunstancias y particularidades—, lo que se procura, en definitiva, es impedir que las actividades desarrolladas en un inmueble ocasionen molestias indebidas a las personas y bienes existentes en las fincas colindantes o próximas al mismo. De ello se desprende claramente que lo que legitima a una persona para demandar el cese de las inmisiones no es su relación jurídica con el fondo afectado —trátese de propietario, usufructuario o tenedor—, sino simplemente su calidad de “vecino”, y como tal, de afectado en forma directa por esas molestias.<sup>(95)</sup>

En cuanto al legitimado pasivo, es aquel que, con el uso que hiciera de su propiedad, excediera la normal tolerancia entre vecinos, sea a título de culpa, de dolo o simplemente, en forma objetiva, bastando para la imputación el hecho objetivo del exceso en el uso del derecho.<sup>(96)</sup>

Normalmente, será legitimado pasivo el propietario del inmueble, pero también puede serlo el usufructuario, el locatario o el poseedor del mismo, e incluso el guardián de la cosa, como podría ser un constructor que ejecute obras en el lugar,<sup>(97)</sup> si causaren molestias a los vecinos.

.....

(94) TRIGO REPRESAS, FÉLIX y LÓPEZ MESA, MARCELO, *Tratado...*, op. cit., pp. 720 y ss.

(95) En este sentido, respecto del art. 2618 CC, CAPEL. TRELEW, Sala A, “Antin, Belén...”, fallo cit., voto del Dr. Carlos D. Ferrari.

(96) SCJ BUENOS AIRES, “Moroz...”, fallo cit.

(97) JOURDAIN, PATRICE, “*Troubles du voisinage...*”, op. cit.

La legitimación pasiva será ejercitada contra el autor de las molestias excesivas, pero puede también darse una legitimación conjunta, al demandar el vecino estoico que soporta los disturbios al autor de ellos —un inquilino, o un constructor, por ejemplo— y al titular registral del fundo en que ellos se producen.<sup>(98)</sup>

En cuanto al propietario, entendemos que se trata de una legitimación pasiva que se halla en cabeza del titular del inmueble al momento de la promoción de la demanda, o de su tenedor actual, con prescindencia de quién haya sido quien ejercite una conducta excesiva, si las molestias continúan. Pongamos por ejemplo que la inmisión sea consecuencia de una obra constructiva ejecutada en un inmueble por el guardián de ella, constructor a la sazón, que termina sus labores y entrega la obra al propietario, que luego la vende. Si las molestias continúan luego de la obra, la legitimación pasiva está en cabeza del actual titular del fundo, al momento de promoverse la demanda.<sup>(99)</sup> En esta línea, ha dicho Patrice Jourdain que:

hoy día la responsabilidad por problemas de vecindad es una responsabilidad de pleno derecho. Pero lo que importa y lo que parece justificar la responsabilidad del propietario actual, es el nexo entre la responsabilidad y el bien fuente del daño. Este lazo confiere a la obligación de reparación un carácter real que explica la transmisión de la deuda de responsabilidad a los propietarios sucesivos del fundo, dando origen a lo que denominamos una responsabilidad *propter rem*. Responsabilidad esta que tendería a mostrar que el tradicional fundamento real de la responsabilidad por molestias de la vecindad, que la hace una carga de la propiedad, no ha desaparecido sin duda totalmente.<sup>(100)</sup>

Dejando ello a un lado, cabe aclarar que, en caso de ser responsabilizado el propietario de la obra por hechos del constructor o locador de obra, guardián de ella durante el plazo constructivo, el propietario podría ejercitar una

.....

(98) CENTRE DE RECHERCHE DE DROIT PRIVÉ DE NANCY II, "La victime d'un trouble de voisinage trouvant son origine dans un immeuble donné en location peut en demander réparation au propriétaire", en *Recueil Dalloz*, 1997, p. 271.

(99) JOURDAIN, PATRICE, "Troubles du voisinage...", *op. cit.*, p. 2231.

(100) *Ibid.*

acción de regreso por los daños pagados al vecino, la que procede contra el empresario y ostenta naturaleza contractual.<sup>(101)</sup>

En esta línea se ha pronunciado un fallo francés que resolviera que la responsabilidad del empresario frente al dueño de la obra condenado a reparar los daños causados a un tercero con fundamento de las molestias anormales de la vecindad es de naturaleza contractual, y el dueño de la obra no puede invocar una presunción de responsabilidad en contra del empresario guardián de la obra, debiendo probar la responsabilidad de este.<sup>(102)</sup>

En cuanto a la jurisprudencia argentina en la materia, hemos desarrollado el tema *in extenso* en otro trabajo recientemente publicado y al que remitimos.<sup>(103)</sup>

## 10 | Diferencias y similitudes entre el art. 2618 CC y el art. 1973 CCyC

El nuevo art. 1973 CCyC es sustancialmente equivalente, en su espíritu, al viejo art. 2618 CC. Prueba de ello es que, salvo una palabra, el primer párrafo de la nueva norma es idéntico al art. 2618 CC. Sin embargo, el texto del nuevo artículo presenta algunas importantes diferencias con su fuente.

1) En el primer párrafo cambia la palabra “daño” por el vocablo “inmisiones”.

2) En el segundo párrafo, la idea plasmada es la misma, pero cambian algunas cuestiones:

- Se mejora la determinación de las facultades de los jueces frente a un exceso en la normal tolerancia comprobado en una concreta relación de vecindad.

.....  
(101) LÓPEZ MESA, MARCELO, “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*

(102) CORTE DE CASACIÓN FRANCESA, 3ª Sala civ., “Sopac Rénovation (Sté) c/ Thouard”, 28/11/2001, caso n° 00-13.970, en *Recueil Dalloz*, 2002, p. 138.

(103) LÓPEZ MESA, MARCELO, “Las inmisiones en las relaciones de vecindad en la jurisprudencia y en el nuevo Código Civil y Comercial”, [en línea] [eDial.com](http://eDial.com)

- En el art. 2618 CC se preveía que “Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias”. En el art. 1973 CCyC se cambia la conjunción “o” por la copulativa “y”, que enlaza o acumula dos posibles resultados, en vez de establecer una disyuntiva entre ellos.
- El art. 1973 CCyC, en su segundo párrafo, precisa que “Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños”. Con ello, la cesación de la molestia no es incompatible con la indemnización de los daños causados por ella, ni hay que hacer sacrilegios interpretativos como al presente, para hacer posible esta conjunción, negada por la literalidad del art. 2618 CC. La opción es ahora entre la remoción o la cesación de la molestia, pero no entre su minoración, por cualquiera de esas formas, y la indemnización del daño. Es decir que mientras la molestia cese removiendo su causa —cerrando la vía de contaminación o incorporando nueva tecnología que permita producir sin contaminar o sin perjudicar a los vecinos, por ejemplo—, el juez puede ordenar la reparación de los daños por el período que va hasta la cesación de la molestia, o incluso después de ella, si hubiera daños que han sido causados por ella pero se evidenciaran luego de su cesación o se evidenciaran antes, pero persistieran luego y estuvieran relacionados causalmente en forma adecuada a la inmisión.
- Luego, el art. 1973 CCyC sienta que “Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción”. Fuera de la ligera diferencia de redacción del párrafo, que bien interpretada nada sustancial altera ni modifica, el final del párrafo sí tiene algunas diferencias importantes: cambia la palabra **contemporizar** por la palabra **ponderar**, lo que a primera vista, y para un lector atolondrado o desatento, podría llevar a pensar que el juez ya no está obligado a contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad. Sin embargo, la norma bien interpretada sigue diciendo casi lo mismo que antes: que el juez sigue estando obligado a contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad, y a tener en cuenta la prioridad en el uso. Dado que la cesación de la actividad que provoca las molestias constituye *ultima ratio*, solo en caso de no ser posible armonizar los intereses en conflicto, el magistrado deberá, para disponer el cese de la inmisión, ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción”. Bien mirada la norma e interpretada rectamente, no es sustancialmente diferente a su fuente.
- Por último, se ha quitado de la norma el último párrafo, dedicado a una cuestión procesal, como era que “El juicio tramitará sumariamente”. Ello provoca la duda de cuál será el procedimiento que se siga en este caso. Entendemos que el ordenamiento procesal local dará la respuesta a tal interrogante,



debiendo a nuestro criterio por razones de celeridad y buen juicio el juez elegir la vía más rápida posible, en la medida que las comprobaciones que haya que realizar para verificar la inmisión no ameriten un ámbito de mayor factibilidad probatoria, en cuyo caso deberá adoptarse el proceso sumario y, en aquellas jurisdicciones donde él haya sido eliminado, el ordinario, directamente. Todo ello a criterio del juez.

- No censuramos la eliminación de una norma procesal del art. 1973 CCyC ya que consideramos que las cuestiones procesales, como materia no delegada que son, deben ser resueltas por cada provincia en ejercicio de su ámbito de reserva.

Fuera de estas modificaciones, el art. 1973 CCyC es idéntico al art. 2618 CC, lo que hace que la doctrina y jurisprudencia elaborada para este último sea aplicable también a la nueva norma, salvo en los aspectos en los que se han señalado cambios normativos según los párrafos inmediatamente superiores.

---

# Las obligaciones en moneda extranjera en el CCyC

por **GRACIELA CRISTINA WÜST**<sup>(1)</sup>

En el anteproyecto original de Código Civil y Comercial de la Nación, el art. 765 establecía que las deudas y los contratos debían ser cancelados en los signos monetarios ya acordados, en tanto en la redacción finalmente aprobada, modificada por el Poder Ejecutivo nacional, se estableció que cuando la obligación contraída se hubiere pactado en moneda extranjera, el deudor “podrá” liberarse de la misma por medio de la entrega del equivalente en billetes de curso legal.

Luego, el art. 766 CCyC, señala que el deudor está obligado a pagar “la cantidad correspondiente de la especie designada”, coincidiendo con el texto del art. 617 CC. Esta modificación originó las críticas de varios expertos, que señalaron que existe una contradicción entre el art. 765 CCyC, que permite al deudor cancelar su deuda pagando pesos, y el art. 766 CCyC, que dice que debe restituir lo designado en el contrato (por ejemplo, dólares), sosteniéndose también que esos artículos significan una pesificación, porque establecen efectivamente que se podrán pagar en pesos deudas contraídas en moneda extranjera.

Se señaló que el articulado definitivo genera incertidumbre y dudas en tanto —seguramente— los deudores intentarán cancelar la obligación en moneda de curso legal y a la cotización oficial, mientras que los acreedores pretenderán recibir dólares, en caso de un contrato pactado en esa moneda.

.....

(1) Abogada, Doctora en Derecho (UBA). Profesora adjunta regular de Obligaciones Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho, (UBA). Presidenta de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA.

Sin embargo, tales expresiones aparecen apresuradas y con escaso fundamento cuando se integra el texto de estos artículos con el resto del CCyC, en especial con las normas generales que rigen a los contratos que, como sabemos, son la fuente más amplia en la generación de obligaciones bilaterales y consensuales.

Alegan algunos críticos que la reforma de esos dos artículos constituye un grave error de política legislativa, al no existir un capítulo que trate de las obligaciones de dar cosas al que remite la norma.

Sin embargo, el párrafo 1° del capítulo 3 de la sección 1ª del CCyC establece las normas generales que regulan las obligaciones de dar —entre los arts. 746 a 749—, y las obligaciones de dar cantidades de cosas están contempladas en el art. 762, como “obligación de género”, que “es aquella obligación de dar que recae sobre cosas determinadas solo por su especie y cantidad” (por ejemplo 1000 dólares estadounidenses en billetes), con lo cual queda claro que, cuando en el contrato se pacta como condición esencial la entrega de moneda extranjera (cosa), determinada por su especie y cantidad, se aplican las normas que regulan las obligaciones de dar en lo que resulte pertinente, y las normas que regulan las obligaciones de género.

También resulta claro que el deudor solo podrá hacer uso del derecho de conversión que establece el art. 765 CCyC, cuando en la convención nada se haya estipulado al respecto, es decir, cuando solo se haya establecido el pago en moneda extranjera sin que la entrega de la cosa sea elemento esencial de la obligación, o sin que se establezcan formas alternativas de adquirir la cosa si no se encuentra en el mercado nacional, o de valorizarla en forma diferente a la cotización oficial de la moneda extranjera.

Es que, al volver a los términos del art. 617 CC, la obligación deja de ser una obligación de dar una suma de dinero y, en consecuencia, se transforma en una deuda de valor, que solo se volverá pecuniaria al ser liquidada por sentencia, cuando el deudor no entregue la especie y cantidad de cosas prometidas.

Como señalaba Vélez en la nota al art. 616 CC, la obligación de dar dinero es también una obligación de dar cantidades de cosas, señalando que desde el punto de vista jurídico, la moneda es una cosa de consumo, en el

sentido de que su uso verdadero consiste en el gasto que se hace. De allí que las obligaciones de dar una suma de dinero sean siempre en moneda de curso legal, ya que es esta la única que en el intercambio de bienes y servicios tiene efecto cancelatorio, con independencia de su valor intrínseco o su poder adquisitivo.

En concordancia con lo expuesto, señalamos que las normas relativas al pago<sup>(2)</sup> refuerzan el concepto de que quien se obligó en forma esencial, en la medida que el objeto de la obligación del deudor es entregar determinada cantidad de cosas según especie y cantidad —moneda extranjera en el caso—, solo extingue en forma normal su obligación entregando esa cantidad de cosas en la especie y cantidad en la que oportunamente se obligó, salvo que en la convención el deudor haya hecho valer su derecho a la conversión en los términos del art. 765 CCyC, o que el acreedor haya dispuesto otro modo de convertir la obligación en pecuniaria.

Por su parte, las normas generales que regulan los contratos,<sup>(3)</sup> destacan y refuerzan tanto la fuerza obligatoria de los contratos como la libertad de contratación, con las limitaciones propias a todos los actos jurídicos para ser considerados lícitos.

.....

(2) ARTÍCULO 865.- Definición. Pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación.

ARTÍCULO 866.- Reglas aplicables. Las reglas de los actos jurídicos se aplican al pago, con sujeción a las disposiciones de este Capítulo.

ARTÍCULO 867.- Objeto del pago. El objeto del pago debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización.

ARTÍCULO 868.- Identidad. El acreedor no está obligado a recibir y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta a la debida, cualquiera sea su valor.

ARTÍCULO 869.- Integridad. El acreedor no está obligado a recibir pagos parciales, excepto disposición legal o convencional en contrario. Si la obligación es en parte líquida y en parte ilíquida, el deudor puede pagar la parte líquida.

ARTÍCULO 870.- Obligación con intereses. Si la obligación es de dar una suma de dinero con intereses, el pago sólo es íntegro si incluye el capital más los intereses.

(3) ARTÍCULO 957.- Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir las acciones jurídicas patrimoniales.

ARTÍCULO 958.- Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

ARTÍCULO 959.- Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

De manera tal, las críticas vertidas a las normas en examen, a mi juicio, carecen de sustento, y además no contemplan que, en general, se trata de un Código en el cual lo importante es que define los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, y esa es la proposición metodológica central del Código, que además regula la obligación de decidir de los jueces —conforme con la tradición de nuestro Código Civil—, agregando que la decisión debe ser razonablemente fundada, de manera que cualquier interpretación debe ajustarse, en principio, a la casuística que surge de la doctrina y jurisprudencia constitucional de la arbitrariedad de sentencias, lo cual viene a asegurar, también, la justicia de las decisiones.

---

ARTÍCULO 960.- Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

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.

ARTÍCULO 962.- Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.

ARTÍCULO 963.- Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación:

- a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código;
- b) normas particulares del contrato;
- c) normas supletorias de la ley especial;
- d) normas supletorias de este Código.

ARTÍCULO 964.- Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con:

- a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas;
- b) las normas supletorias;
- c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

ARTÍCULO 965.- Derecho de propiedad. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante.

---

# Índice Temático

## A

- ABUSO DEL DERECHO P. 80, 82
- ACCIONES DE RESPONSABILIDAD P. 39,  
42, 43, 44, 61, 62
- acción civil P. 39, 40, 42, 43, 44, 46, 47,  
48, 49, 50, 52, 53, 60, 61
- acción civil en el marco del proceso  
penal P. 44, 46, 47, 48
- acción penal P. 40, 43, 48, 49, 50,  
54, 58
- ALIMENTOS P. 1, 2,  
3, 4, 5, 6, 7
- alimentos entre padres e hijos P. 1
- alimentos entre parientes P. 1, 3
- cuota alimentaria P. 3
- deber alimentario P. 3, 4, 5, 6, 7

## C

- CÓDIGO CIVIL DE LA NACIÓN P. 1,  
5, 34, 40, 42, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 57, 58, 62, 63, 64, 66,  
67, 69, 71, 72, 81, 97, 109, 112
- CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA  
NACIÓN P. 1, 34, 40, 42, 49,  
53, 62, 63, 71, 81, 109
- Anteproyecto P. 63, 64, 65,  
66, 67, 69, 70, 109
- CÓDIGO UNIFICADO *véase* CÓDIGO  
CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
- COMUNIDAD INDÍGENA *véase* PUE-  
BLOS ORIGINARIOS
- CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 52,  
65, 78
- Reforma Constitucional de 1994 P. 52, 64

## D

- DAÑO A LA PERSONA P. 9, 18, 19,  
20, 21, 22, 25, 26, 31, 32, 33, 34, 36
- daño al bienestar P. 18, 22, 24, 25, 26, 27
- daño biológico P. 18, 22, 23, 24, 25, 27
- daño al proyecto de vida P. 9, 10, 11, 12,  
13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32,  
33, 34, 36
- daño moral P. 19, 20, 23, 24, 32
- DAÑOS Y PERJUICIOS P. 108
- daño emergente P. 17, 20, 25, 27, 32
- lucro cesante P. 17, 20, 25,  
27, 32
- DERECHO DE DAÑOS *véase* RESPON-  
SABILIDAD CIVIL
- DERECHO DE PROPIEDAD P. 69, 71, 75,  
76, 80, 82, 91
- derecho de dominio P. 80, 90, 91
- prioridad en el uso P. 81,  
87, 98, 99, 107
- propiedad horizontal P. 73
- uso regular de la propiedad P. 81, 87,  
97, 98, 107

## L

- LIBERTAD P. 9, 10,  
11, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 29, 30, 31, 33, 34, 36, 56, 89, 111

## O

- OBLIGACIONES P. 99, 110, 111
- obligaciones de dar P. 110, 111
- obligaciones en moneda extranjera P. 109

## P

PUEBLOS ORIGINARIOS P. 64, 65, 66,  
69, 70, 71  
propiedad comunitaria indígena P. 63,  
64, 65, 67, 68, 69, 70, 71

## R

RÉGIMEN DE LOS ALIMENTOS *véase*  
ALIMENTOS

RESPONSABILIDAD CIVIL P. 9, 10, 20,  
27, 31, 39, 43, 47, 59, 62, 80  
responsabilidad objetiva P. 81, 95  
factor de atribución P. 53, 61, 78,  
79, 80, 81, 82, 95

RESPONSABILIDAD PENAL P. 40, 42,  
43, 46, 57, 59

RESTRICCIONES AL DOMINIO P. 67,  
73, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 84, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 97,  
99, 100, 104, 105, 106

acción de cesación de las molestias P. 81,  
88, 92, 96, 107

exceso en la normal tolerancia entre ve-  
cinos P. 73, 78, 79, 80, 81, 82, 85, 86, 87, 92, 93, 96, 106

inmisiones P. 67, 73, 75, 76,

77, 78, 79, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 94, 96, 99,  
100, 101, 102, 104, 105, 106, 107, 108

perturbaciones de vecindad P. 84, 90

## V

RELACIONES DE VECINDAD *véase*  
RESTRICCIONES AL DOMINIO