

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 47 - número 105 - 2022-II

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

# Perspectivas actuales del Derecho Civil

.....  
**Carlos M. Clerc**

Coordinador



**ABELEDOPERROT**



**ABELEDOPERROT**



**Revista Jurídica de Buenos Aires - año 47 - número 105 - 2022-II**

---

**Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires**

---

**Departamento de Publicaciones**

# **Perspectivas actuales del Derecho Civil**

---

**Carlos M. Clerc**

Coordinador



Revista Jurídica de Buenos Aires - año 47 - número 105 - 2022-II

---

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

---

Departamento de Publicaciones

# Perspectivas actuales del Derecho Civil

---

**Carlos M. Clerc**

Coordinador



**ABELEDOPERROT**

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2022  
© de esta edición, Thomson Reuters, 2022  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida  
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio  
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación  
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación  
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

All rights reserved

No part of this work may be reproduced  
or transmitted in any form or by any means,  
electronic or mechanical, including photocopying and recording  
or by any information storage or retrieval system,  
without permission in writing from the Publisher and the author.

ISSN 0326-7431



## **REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES**

### **FACULTAD DE DERECHO, UBA**

*Director:*

Pedro Aberastury

*Subdirector:*

Pablo Luis Manili

*Secretaria de Redacción:*

Paula Suárez

#### **MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL**

Griselda Capaldo (UBA/CONICET)

Carlos Mario Clerc (UBA)

Alberto Dalla Via (UBA)

Pablo Gallegos Fedriani (UBA)

M. Susana Najurieta (UBA)

Silvia Nonna (UBA)

Mónica Pinto (UBA)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA)

María Elsa Uzal (UBA)

Leandro Vergara (UBA)

#### **COMITÉ EVALUADOR EXTERNO**

Javier Barnes (Universidad de Huelva, España)

Daniel Bonilla (Universidad de los Andes, Colombia)

Jean Philippe Dérosier (Université de Lille, Francia)

Olivier De Frouville (París II, Francia)

Diego Fernández Arroyo (Sciences-Po, Paris, Francia)

Ricardo García Macho (Universidad Jaume I, Castellón, España)

Carla Huerta (UNAM, México)

Ricardo Perlingeiro (Universidade Federal Fluminense, Brasil)

Alberto Puppo (ITAM, México)

Karl-Peter Sommermann (Universidad de Ciencias Administrativas, Speyer, Alemania)

Sébastien Touzé (Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, Francia)

#### **Colaboradores del Consejo Editorial**

Carlos Mariano Liszczyński y Meneca Djedjean

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

*Decano:* Alberto J. Bueres

*Vicedecano:* Marcelo Gebhardt

### **CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO**

#### **CLAUSTRO DE PROFESORES**

*Consejeros Titulares:* Oscar Ameal / Ernesto Alberto Marcer / Leila Devia / Germán Gonzalo Alvarez / Luis Mariano Genovesi / Luis Fernando Niño / Daniel Roque Vítolo / Alfredo Mauricio Vítolo

*Consejeros Suplentes:* Marcelo Gebhardt / Mary Beloff / Raúl Gustavo Ferreyra / Juan Pablo Mugnolo / Carlos Mario Clerc / Silvina Sandra González Napolitano / Graciela Medina/ Alejandro Norberto Argento

#### **CLAUSTRO DE GRADUADOS**

*Consejeros Titulares:* Leandro Abel Martínez / Silvia Lorelay Bianco / Pablo Andrés Yannibelli / Fernando José Muriel

*Consejeros Suplentes:* Elisa Graciela Romano / Gisela María Candarle / Aldo Claudio Gallotti / Lisandro Mariano Teszkiewicz

#### **CLAUSTRO DE ESTUDIANTES**

*Consejeros Titulares:* Joaquín Rodrigo Santos / Catalina Cancela Echegaray / Víctor Francisco Dekker / Juan Alfonsín

*Consejeros Suplentes:* Facundo Corrado / Silvia Alejandra Bordón / Eliana Malena Gramajo / Juan Francisco Petrillo

#### **SECRETARIOS**

*Secretaria Académica:* Silvia C. Nonna

*Secretario de Administración:* Carlos A. Bedini

*Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil:* Oscar M. Zoppi

*Secretario de Investigación:* Daniel Pastor

*Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales:* Marcelo Haissiner

#### **SUBSECRETARIOS**

*Subsecretario Académico:* Lucas G. Bettendorff

*Subsecretario de Administración:* Rodrigo Masini

*Subsecretario de Investigación:* Emiliano J. Buis

*Subsecretario Técnico en Administración:* Daniel Díaz

*Subsecretaria de Planeamiento Educativo:* Noemí Goldsztern de Rempel

#### **DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES**

*Directora:* Mary Beloff

*Subdirector:* Luis R. J. Sáenz

*Secretario:* Jonathan M. Brodsky

**ÍNDICE**  
*REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES*  
**AÑO 47, NÚMERO 105, 2022-II, BUENOS AIRES**

**PRESENTACIÓN**

CARLOS M. CLERC .....	3
-----------------------	---

**DOCTRINA**

MARIANO YZQUIERDO TOLSADA: Experiencias hispanoargentinas .....	11
CARLOS M. CLERC y GONZALO PÉREZ PEJCIC: La función ecológica del derecho real de servidumbre .....	27
STEFANO TROIANO: Sobre la (discutida) relevancia de los impedimentos de hecho en el curso de la prescripción. La experiencia italiana en el derecho de daños.....	51
MARCELO A. PEPE y GONZALO PÉREZ PEJCIC: Estudios sobre acción reivindicatori.....	83
WALTER D. PELLE: Capacidad progresiva, directivas médicas anticipadas y sentido común.....	129
JORGE C. BERBERE DELGADO: A dos años de la sanción de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Persistencia de los dilemas bioéticos y jurídicos .....	141
RICARDO S. DANUZZO: La suspensión de cumplimiento contractual en el marco de la emergencia sanitaria.....	175

**RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS**

SANTIAGO DOCAMPO MIÑO: Lidia M. R. Garrido Cordobera y Gonzalo Pérez Pejcic (Dirs.): <i>Derechos de incidencia colectiva. Estudios desde el código civil y comercial, ciudad de Buenos Aires</i> , Aldina, 2017. ISBN 978-987-456259-6-0.....	193
GONZALO A. MENDIZÁBAL: Federico chiesá, <i>La asamblea en el derecho de propiedad horizontal</i> , Hammurabi José Luis Depalma, 1ra. Ed., Buenos Aires, 2017. ISBN 978-950-741-807-5 .....	197



**INDEX**  
*REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES*  
**YEAR 47, NUMBER 105, 2022-II, BUENOS AIRES**

**PRESENTATION**

CARLOS M. CLERCK .....	3
------------------------	---

**DOCTRINE**

MARIANO YZQUIERDO TOLSADA: Hispano-argentine experiences .....	11
CARLOS M. CLERC y GONZALO PÉREZ PEJCIC: The ecological function of the right of easement.....	27
STEFANO TROIANO: The (debated) relevance of factual impediments to the running of the statute of limitations in italian tort law .....	51
MARCELO A. PEPE y GONZALO PÉREZ PEJCIC: Studies on vindicatory claim.....	83
WALTER D. PELLE: Progressive capacity, advance medical directives and common sense.....	129
JORGE C. BERBERE DELGADO: Two years after the enactment of the law on voluntary termination of pregnancy - the persistence of bioethical and legal dilemmas.....	141
RICARDO S. DANUZZO: The suspension of contractual compliance in the framework of the health emergency .....	175

**BOOK REVIEWS**

SANTIAGO DOCAMPO MIÑO: Lidia M.R. Garrido Cordobera y Gonzalo Perez Pej- jic. Rights of collective incidence. Studies from the Civil and Commercial Code, Ciudad de Buenos Aires, Aldina, 2017 .....	193
GONZALO A. MENDIZÁBAL: The assembly in the horizontal property right of the author, Federico Chiesa. 1st Edition, Buenos Aires, 2017.....	197



# PRESENTACIÓN





## PRESENTACIÓN

El presente número de la *Revista Jurídica de Buenos Aires* se centra en el derecho civil, aunque a primera vista parezca que se compone de artículos independientes. Es que todos abordan cuestiones que representan los temas que hoy giran alrededor de aquella rama del derecho. Así, los tópicos trabajados lucen particularidades que se corresponden con la aparición de nuevos sujetos de derechos, con la vida de las personas humanas, con los impedimentos de hecho en el curso de la prescripción y con la vigencia de los contratos en el marco de la última pandemia. Se trata, entonces, de un conjunto de artículos que emprenden el análisis de asuntos que buscan encontrar o consolidar un espacio dentro de la agenda civilista.

Antes de adentrarme en la reflexión detenida de cada uno de los artículos mencionados, no quiero dejar pasar la oportunidad de subrayar que en el número participan el catedrático español Mariano Yzquierdo Tolsada; el profesor Stefano Troiano, quien es uno de los más importantes juristas de la actualidad de Italia; y sobresalientes profesores argentinos de ascendente y notable carrera académica. Me refiero a Ricardo S. Danuzzo, Marcelo A. Pepe, Gonzalo Pérez Pejic, Walter D. Pelle, Jorge C. Berbere Delgado, Gonzalo A. Mendizábal y Santiago Docampo Miño.

El primer artículo, *Experiencias hispanoamericanas*, es la disertación pronunciada por el doctor Mariano Yzquierdo Tolsada en su acto de investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Buenos Aires. Comienza con un abordaje de la responsabilidad civil, por lo que ha significado Argentina en dicho tema. Sin embargo, rápidamente cambia de cuestión y aborda –con un tono llamativo– el tema de los derechos de los animales, alineándose con quienes defienden que sigan siendo objetos materiales a disposición del ser humano. Para justificar su postura, emplea interrogantes como qué haríamos con los perros personificados, si el gorila tendría derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto, el babuino derecho a la libertad de asociación o si el mandril poseería libertad de cátedra. A su vez, una pregunta repetida es si resulta necesario crear nuevos sujetos de derechos, dado que para él alcanza con que esos “objetos de derechos que son animales dotados de sensibilidad se les apliquen normas especiales”. Cabe decir que tanto sus interrogantes como sus argumentos son contestados y refutados, respectivamente, en el siguiente artículo de esta revista.

*La función ecológica del derecho real de servidumbre* es el título del trabajo que he elaborado junto con el profesor Gonzalo Pérez Pejcic. En esta oportunidad, abordamos las denominadas servidumbres ambientales, ecológicas o de conservación, aquellas que otorgan al titular del inmueble dominante utilidades sobre la heredad sirviente ajena vinculadas con la conservación de ecosistemas naturales, atributos ecológicos, bellezas escénicas o paisajes. Observamos que en esta clase de servidumbres no se toman en cuenta los intereses de los animales silvestres que habitan en los predios. Por ello, proponemos servidumbres constituidas con una perspectiva no antropocéntrica y antiespecista. A los fines de alcanzar nuestro objetivo, brindamos los motivos que justifican la consideración moral de los animales que sean sintientes y su reconocimiento como sujetos de derechos. En particular, trabajamos el derecho a la soberanía que le corresponden a los animales silvestres que viven en sus propias comunidades con base territorial. Concluimos pensando que la servidumbre es una buena forma de introducir ese derecho en el campo legal.

En el artículo titulado *Sobre la (discutida) relevancia de los impedimentos de hecho en el curso de la prescripción. La experiencia italiana en el derecho de daños*, su autor Stefano Troiano analiza en el actual Derecho italiano, la importancia de los impedimentos de hecho para la prescripción. Particularmente, centra su atención en el derecho a la indemnización por daños y perjuicios más la relevancia del conocimiento por parte de la víctima de los componentes del ilícito. De esta forma, analiza de manera crítica la jurisprudencia que admite la mencionada relevancia a la luz de la corriente clásica de pensamiento que en materia de prescripción asegura que ella se encuentra fundada en la necesidad de seguridad de las relaciones jurídicas. Con otras palabras, la novedosa orientación jurisprudencial admite aquella relevancia, en oposición a la lectura tradicional sobre la prescripción que privilegia esta figura para favorecer la seguridad jurídica.

*Estudios sobre acción reivindicatoria* es el primer artículo que elaboran en coautoría los profesores Marcelo A. Pepe y Gonzalo Pérez Pejcic. Ambos trabajan la acción reivindicatoria por su gran relevancia, dado que faculta al legitimado a recuperar la cosa objeto del derecho real en caso de una lesión grave como lo es la desposesión. Su investigación incluye la finalidad de la acción, la lesión que la habilita, el objeto, las medidas cautelares, la sentencia, entre otras cuestiones. Sin embargo, quiero resaltar que uno de los puntos más destacados es el exhaustivo análisis de la legitimación activa. Allí, se adentran en el espinoso tema de la naturaleza jurídica del boleto de compraventa y de la relación de poder que adquiere el titular de un boleto al que se le ha hecho tradición de la cosa. Sobre ello concluyen que el boleto es el contrato definitivo de compraventa, y aunque se lo considere un contrato preliminar, la conexidad negocial genética y funcional entre este y el definitivo, los mueve a pensar en la cesión implícita de la reivindicación. A su vez, defienden que el titular del

boleto adquiere la posesión legítima que constituye el ejercicio de un derecho personal, válidamente constituido conforme las disposiciones legales, con independencia del cumplimiento pendiente de la escritura pública. Acerca de esto, aclaran que el boleto no es título suficiente a los efectos de la constitución o transmisión de derechos reales, pero que eso no obsta a la cesibilidad implícita de la acción reivindicatoria, la cual opera en el plano de los derechos personales.

Walter D. Pelle presenta su trabajo *Capacidad progresiva, directivas médicas anticipadas y sentido común*. En el análisis propuesto, observa que el Código Civil y Comercial de la Nación determina la necesidad de contar con diferentes edades mínimas para ejercer actos de disposición del propio cuerpo en materia de salud, y para la disposición de Directivas Médicas Anticipadas (16 y 18 años, respectivamente). Por ende, se pregunta si ello tiene alguna justificación razonable, o si se impone una reforma legislativa para otorgar coherencia al sistema. Al respecto, concluye que “si se considera adulto a un sujeto desde los dieciséis años para el cuidado de su cuerpo, conforme el art. 26 del CCC (a pesar de no ser “plenamente capaz”), debería reconocerse que desde la misma edad la persona tiene derecho a determinar Directivas Médicas Anticipadas. Ello, porque carece de sentido permitir que alguien tenga poder de decisión sobre su cuerpo y su salud para el presente, y no para el futuro”. De ahí que se imponga la necesidad de una reforma legislativa que legitime a toda persona competente mayor de dieciséis años a otorgar Directivas Médicas Anticipadas.

*A dos años de la sanción de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Persistencia de los dilemas bioéticos y jurídicos* es el título elegido por Jorge C. Berbere Delgado para trabajar uno de los dilemas bióticos más controvertidos. Afirma que el aborto es un hecho individual que se mediatiza socialmente, donde se planteaba y plantea aún hoy, pese a la legalización de la práctica voluntaria, la omisión del Estado en la materialización de políticas públicas concretas, pese a la existencia de leyes de educación y salud sexual, y reproducción responsable, puede observarse que aún hoy son deficientes tales políticas sanitarias y educacionales, sin lograr regulaciones específicas capaces de prevenir el embarazo no deseado, lo que evitaría las prácticas abortivas en todos los niveles o estratos sociales. Su trabajo constituye un examen crítico de los diferentes argumentos y aspectos para tener en cuenta los dilemas que aún subsisten. A tal fin, aborda las teorías sobre la determinación del comienzo de la existencia del ser humano, desde las diversas posturas del análisis biológico para desde allí fijar la consideración arbitraria del comienzo de la persona humana en el campo del Derecho.

El séptimo artículo lleva por título *La suspensión de cumplimiento contractual en el marco de la emergencia sanitaria* y en él, Ricardo S. Danuzzo explora tres figuras jurídicas de vital utilidad para la solución de los inconvenientes provocados por la pandemia en las relaciones jurídicas: 1) la sus-

pensión de cumplimiento contractual; 2) la tutela preventiva del contrato; y 3) el principio de prevención del daño y la renegociación. De este modo, estudia su regulación y los coloca dentro de la teoría general del contrato, especialmente en la categoría de la suspensión de sus efectos, suspensión del contrato frente al incumplimiento total o parcial. Luego, examina la tutela preventiva y su finalidad práctica, subrayando que se trata de una figura que tiene por objetivo “mantener la relación de nexo de interdependencia de las obligaciones surgidas de un contrato bilateral y asimismo realizar a través de la misma el deber genérico de prevención del daño”. En último lugar, se dedica a reflexionar acerca de la utilidad de las figuras legales analizadas en tiempos de emergencia sanitaria y desarrolla el deber de renegociar como una clase del deber general de negociación.

El número concluye con dos reseñas bibliográficas. En la primera, Santiago Docampo Miño se ocupa de la obra *Derechos de incidencia colectiva. Estudios desde el Código Civil y Comercial*, dirigido por Lidia M. R. Garrido Cordobera y Gonzalo Pérez Pejcic. Así, subraya que hace varios años se escucha hablar de los derechos de incidencia colectiva. Es que, con la evolución en el tiempo, se advirtió que existen bienes que son indivisibles y muchas veces de uso común, que no pertenecen a la esfera individual sino a toda la sociedad, por lo que el bien afectado es colectivo y no individual. Bajo esa línea de pensamiento, entiende que la aludida obra busca acercarnos a ese reconocimiento legal que se introdujo en nuestro ordenamiento, dentro del ámbito del derecho privado y más allá de los principios introducidos en la última reforma a la Constitución Nacional. De este modo, la labor publicada reúne distintos estudios acerca de la convivencia entre derechos individuales y de incidencia colectiva. Y, según advierte el profesor Docampo Miño, su planificación está perfectamente equilibrada, pues se encuentra dividida en dos partes: un análisis general y otro especial, lo que permite introducir al lector en el aspecto universal del conocimiento del tema y el desarrollo particular de los contenidos centrales.

Por último, Gonzalo A. Mendizábal lleva a cabo la recensión de la obra *La asamblea en el derecho de propiedad horizontal* del autor Federico Chiesa. Lo primero que destaca es que el libro ofrece un análisis normativo histórico y actual sobre la asamblea en el sistema de propiedad horizontal. El estudio se hace desde tres ángulos: como *órgano consorcial*, *acto jurídico* y *reunión de personas*. Luego, subraya que uno de los temas iniciales refiere a la discusión sobre si la asamblea es un órgano de mayor importancia que el administrador y enfatiza la relevancia de este último. Por otra parte, se presentan las facultades de la asamblea, órgano que es conceptualizado como una reunión de propietarios que tiene una serie de facultades y obligaciones. Después, se aborda de manera detallada sus diversas clases: la preliminar, primaria, ordinaria y extraordinaria. A su vez, aparece el funcionamiento del órgano asambleario, mayorías, quorum, la acción de nulidad de

la asamblea y la “nueva asamblea judicial”. Pero, según Mendizábal, una de las miradas críticas se centra en la figura de la *autoconvocatoria*, porque, en opinión de Chiesa, ella “conspira contra el derecho que posee cada uno de los titulares de unidades funcionales de conocer con antelación los temas, así como el lugar y fecha exacta de la reunión”. La reseña se cierra destacando que la obra posee un lado práctico y útil para los profesionales que deban trabajar con los distintos problemas del régimen asambleario.

CARLOS M. CLERC \*

\* Doctor en Derecho en el área de Derecho Civil (FD-UBA). Abogado especializado en Derecho de los Recursos Naturales (FD-UBA). Profesor Titular Consulto (UBA). Profesor titular de la asignatura Derechos Reales (FD-UBA y Museo Social Argentino). Director del Departamento de Derecho Privado II (FD-UBA). Exrector de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.



## DOCTRINA





## EXPERIENCIAS HISPANOARGENTINAS \*

Por MARIANO YZQUIERDO TOLSADA \*\*

### **Resumen:**

*Este trabajo fue expuesto resumidamente en la lección de investidura del autor como doctor honoris causa de la Universidad de Buenos Aires el 29 de junio de 2022. Junto al agradecimiento a personas e instituciones (particularmente, al decano, Doctor Alberto Bueres y al director del Departamento de Derecho Privado, Doctor Carlos Clerc), el trabajo tiene una primera parte en la que, recordando el autor sus orígenes en el mundo de la Responsabilidad civil, pone de manifiesto lo que Argentina y la doctrina civilista argentina ha significado para él a lo largo de su vida académica. Son éstas la primera parte de lo Yzquierdo llama «experiencias hispanoargentinas».*

*La segunda parte del trabajo es una crítica a la «nueva modernidad». En la opinión del profesor, es preciso que se proteja a los animales, y es necesario que se evite el maltrato animal en cualquiera de sus modalidades. Y es preciso también que el Derecho civil se ocupe de tratar a los animales como seres necesitados de una especial protección, y no como una cosa mueble más. Lo que en cambio resulta intolerable es que se pueda hablar de los animales como «personas», y de los deberes que las personas tenemos con ellos como si los mismos fueran correlativos a unos inexistentes «derechos de los animales». Son comparables las experiencias vividas en Argentina y en España.*

### **Palabras clave:**

*Responsabilidad civil contractual, responsabilidad civil extracontractual, unificación de regímenes, derechos de los animales*

\* *Lectio* pronunciada por el doctor Mariano Yzquierdo en el acto de investidura como Doctor honoris causa por la Universidad de Buenos Aires el 29 de junio de 2022.

\*\* Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid. Consejero Académico de Cuatrecasas.

## HISPANO-ARGENTINE EXPERIENCES

### **Abstract:**

*This work was briefly exposed in the lecture of the author's investiture as an honorary doctor of the University of Buenos Aires on June 29, 2022. Together with the gratitude to people and institutions (particularly, the Dean, Doctor Alberto Bueres and the Director of the Department of Private Law, Doctor Carlos Clerc), the work has a first part in which, recalling the author's origins in the world of Civil Responsibility, he shows what Argentina and the Argentine civil law doctrine have meant to him throughout of his academic life. These are the first part of what Yzquierdo calls "Hispanic-Argentine experiences."*

*The second part of this work is a critique of the «new modernity». In the professor's opinion, animals must be protected, and animal abuse in any of its forms must be avoided. And it is also necessary that civil law deals with treating animals as beings in need of special protection, and not as another piece of furniture. However, what is intolerable is that animals can be considered as «people», and the duties that people have with them as if they were correlative to non-existent «animal rights». The absurd experiences lived in Argentina and Spain are perfectly comparable.*

### **Key words:**

*Civil contractual liability, civil non-contractual liability, unification of regimes, animal rights.*

## AGRADECIMIENTO

Recibir una distinción como la que me otorga esta Universidad me llena de orgullo y satisfacción, pero al tiempo, me abruma la idea de no ser capaz de expresarles el tamaño de mi gratitud. Ha sido más de media vida de relación estrecha, académica y personal, con ilustres maestros de esta casa de estudios. Aprovecho para mostrar aquí mi memoria agradecida a Atilio A. Alterini, que fuera Decano de esta Facultad entre los años 2002 y 2010 y sobre todo mi recuerdo especial hacia el profesor Roberto M. López Cabana, que nos dejara tan prematuramente en el año 2000. Pero debo poner mi atención, siquiera sea durante unos minutos, en tanto como he aprendido durante más de media vida leyendo trabajos de responsabilidad civil de ambos y de otros profesores de la Universidad de Buenos Aires (y no me olvido, desde luego, de Mendoza, ni de Rosario, de Santa Fe, de Mar del Plata o de Córdoba).

Como sería difícil enumerar a todos y también sería descortés dejarme a alguno de ellos, permitan que mi atención la sitúe en quien para mí en este acto los representa a todos. A quienes nos dejaron ya y a quienes continúan felizmente entre nosotros. Me refiero, naturalmente, al Decano Alberto Jesús Bueres, uno de los más grandes tratadistas de Derecho de obligaciones de His-

panoamérica. Porteño, sí, pero de sangre orgullosamente gallega y asturiana. Cómo celebro, Alberto, que hayas querido ser tú quien asumiera esta *laudatio*, que yo sospechaba iba a ser emotiva, aunque no esperaba que fuera también tan exagerada. Solo la amistad justifica tus excesos. Ya han pasado treinta y cinco años desde que fui a conocerte con enorme ilusión y algunos nervios a tu despacho en Tribunales, aquel invierno de 1987, previo consejo y recomendación de nuestro común amigo José María Castán, consejo y recomendación que no dejo de agradecer. Desde entonces, les aseguro que mi admiración hacia el profesor Bueres no ha dejado de crecer, y de hacerlo de manera exponencial, como tampoco ha dejado de crecer mi deuda de gratitud, salpicada siempre de experiencias, no solo en esta ciudad para mí tan querida sino también en tierras españolas como Madrid, Cáceres, Oviedo, Lugo, Santiago, León o Toledo. Gracias, muchas gracias. Y gracias también al profesor Carlos Clerc, amigo también de muchos años y que tanto hizo valer la propuesta para mi nombramiento.

## 1. ARGENTINA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Debo decir que mis cerca de 20.000 páginas publicadas ya en materia de responsabilidad civil encuentran su anclaje en la doctrina de este querido país. Fue, en efecto, en 1987, cuando yo terminaba de redactar mi Tesis Doctoral –por tanto, mientras yo comenzaba a formarme como civilista– cuando comenzó mi relación con Argentina y los argentinos. Aquel año los civilistas discutían con entusiasmo un proyecto de Código civil que terminó aprobándose en la Cámara de Diputados el 15 de julio de 1987, pero que finalmente se frustró por causa de un veto presidencial bastante sorprendente. Y una de las materias que suscitó mayor acuerdo era la conveniencia de aproximar los regímenes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

La idea que latía en el ambiente del Derecho argentino de obligaciones era muy seductora: quien sufre un daño injustificadamente causado por otro, debe encontrar un resarcimiento integral del mismo, con independencia de que entre las partes existiera previamente un contrato o relación obligatoria previa (cuyo incumplimiento o mal cumplimiento es precisamente lo que originó el daño) o de que tal relación previa no existiera. Como decía mi maestro Ferrandis, las partes, en este segundo escenario, «se conocen» el día del daño, y no antes. El daño es el mismo, y el tratamiento debe entonces ser el mismo, así como la reparación. Esa era, en fin, la línea de pensamiento.

La tendencia a aproximar las regulaciones –que no es lo mismo que unificar del todo– se conocía ya en el Código de las Obligaciones suizo <sup>1</sup> o en los Có-

<sup>1</sup> En el artículo 99.3° del Código suizo de las Obligaciones se declaran aplicables a la responsabilidad contractual las reglas relativas a la responsabilidad derivada de actos ilícitos. Vid. WIDMER, WINIGER y DURET, «The borderlines of tortlaw in Switzerland», en Martin Casals (ed.), *The Borderlines of Tort Law. Interactions with Contract Law*, Intersentia, Cambridge, 2019,

digos civiles austríaco <sup>2</sup> o polaco <sup>3</sup>. Pero no de manera tan visible como sucedía en el Proyecto argentino de 1987. Se podía leer en la doctrina francesa o en la italiana que las razones que siempre se han dado en favor de la diversificación se pueden encontrar en el hecho de que quien se obliga voluntariamente está en situación de calcular el riesgo que asume en el caso específico de incumplimiento, mientras que, en general, fuera de una específica obligación, es menos verosímil la posibilidad de calcular los innumerables riesgos de resarcimiento por daños causados a terceros como consecuencia de nuestro actuar.

Pero hay que hacer ver que hoy día, la proliferación de los contratos de adhesión, contratos-tipo, contratos normativos, y tantas formas de contratación masiva que poco o nada se parecen al modelo romano (o lo que es lo mismo, al que Vélez Sarsfield, Andrés Bello o Manuel Alonso Martínez tenían presente a lo largo de los procesos codificadores), acerca considerablemente la esfera de la contratación al contexto de la responsabilidad extracontractual o aquiliana (sin llegar nunca a confundirse con ella).

Es decir, que cuando los contratantes tienen la ocasión de pactar, de asumir los riesgos conscientemente, de «verse las caras», en una palabra, la regulación por ellos querida desplazará a las normas extracontractuales; y allí sí es lógico seguir manteniendo la dualidad de sistemas (aunque no, desde luego, con tantas y tan abrumadoras diferencias como las que a diario se pueden constatar). En un contrato «a la romana» cada cual tiene el deudor que buscó y quiso, y el factor de atribución presentará matices que no presenta la responsabilidad extracontractual. No es lo mismo que la norma fundamentadora de la responsabilidad se encuentre en un previo contrato que cuando de lo que hablamos es del genérico deber de no dañar al prójimo. Pero tanto más nos alejemos del modelo de la autonomía contractual, tanto más recomendable será acercar las dos esferas,

p. 572. El precepto apela para ello a la analogía, aunque a mi juicio las cosas son de otro modo: las normas que dicen qué consecuencias tiene el incumplimiento del deber de no dañar a «otro» constituyen una suerte de norma general de la cual es Derecho especial cuanto suceda cuando ese «otro» es un concreto acreedor con el que existía vínculo contractual preestablecido: aquí el «*naeminem laedere*» pasa a ser no dañar al comprador, al comodatario, al arrendatario, al cliente.

<sup>2</sup> En Austria, el § 1295.1 ABGB presenta un escenario en el que todo el que sufre un daño tiene derecho a exigir la reparación, y «*el daño puede haber sido causado por la violación de una obligación contractual o al margen de una relación contractual*». (al respecto, puede KARNER Y KOCH, «The borderlines of tortlaw in Austria», en Martín Casals (ed.), *The Borderlines...*, cit., pp. 13 y ss., que enseñan cómo también hay diferencias en cuanto a la responsabilidad por el hecho ajeno y la carga de la prueba).

<sup>3</sup> El Derecho común polaco de la responsabilidad civil procede del Código de las Obligaciones de 1933, hoy ya integrado en el Libro III del vigente Código civil de 1964, sobre lo que SPUZAR explicaba en los años sesenta del siglo pasado: «esta estructura parece apoyarse sobre la idea de una unidad, al menos en cuanto a la reglamentación de sus efectos, de las dos formas de responsabilidad civil». SPUZAR, «*La place de la responsabilité civile en droit polonais*», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1967, pp. y ss. Sin embargo, hay reglas comunes (aunque separadas en diferentes Títulos del Libro 3), y la separación de regímenes está presente en las concretas reglas. Véase Bagińska, «The borderlines of tortlaw in Poland», en Martín Casals (ed.), *The Borderlines...*, cit., pp. 419 y ss.

no ya solo desde el punto de vista metodológico, sino también en orden a las consecuencias prácticas.

Así por ejemplo, cuando se trata de una actividad profesional, las posibilidades de efectuar ese cálculo de riesgos parecen las mismas, haya o no haya contrato entre el profesional y el favorecido por sus servicios. Tratar como desconocidos al paciente y al médico del cuadro o elenco de la aseguradora de asistencia sanitaria cuando llevan viéndose en consulta muchos años, será lo que hoy por hoy quiere el sistema español <sup>4</sup>, pero en términos de justicia material no tiene ni pies ni cabeza, y el sufrido paciente no lo entiende ni lo entenderá nunca. Y por otro lado, al paciente muchas veces le corresponderá ser tratado no precisamente por el médico en quien más confía, sino por aquel a quien corresponda en función de un dato de adscripción territorial o corporativa. «No vemos por qué en caso de faltas profesionales la prescripción, la evaluación de los daños y los demás elementos del régimen de la acción no deban ser los mismos en todos los casos», decía Tunc hace más de cuarenta años <sup>5</sup>. El contenido de las obligaciones debe venir impuesto por cada tipo de actividad, sin que sea relevante la existencia o no de contrato. Y aún antes decía Lambert-Faivre que la existencia de dos prescripciones para faltas profesionales idénticas carece de fundamento <sup>6</sup>.

También en Italia Barcellona habló en 1973 de la evolución de la materia de la responsabilidad hacia la uniformidad, como exigencia propia de los problemas reales originados por el modelo de la sociedad postindustrial <sup>7</sup>. Fíjense qué imaginación han tenido que desplegar en aquel país para esquivar las dificultades, cuando admiten a cargo del médico que es dependiente de un hospital una responsabilidad también contractual en relación con el perjudicado (Cas. 589, 22 enero 1999), o implicando al profesor en la responsabilidad contractual frente al alumno lesionado en la escuela (Cas. 9346, 27 junio 2002) e incluso entendiendo que la responsabilidad de la Administración por la adopción de actos ilegítimos es también contractual merced a una suerte de roussoniano «contacto social» (Consejo de Estado 6 agosto 2001, 20 enero 2003, y 2 septiembre 2005) <sup>8</sup>. Ya Lipari, hace bastante más de medio siglo y acaso con talante en exceso unificador había dejado dicho: «La disciplina, en suma, ya no mira

<sup>4</sup> Por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo español de 17 de julio de 2012, que califica la relación entre ambos como extracontractual y la declara sometida por ello al plazo anual establecido en el artículo 1968 del Código civil.

<sup>5</sup> TUNC, *La responsabilité civile*, ed. Economica, Paris, 1981, p. 41.

<sup>6</sup> LAMBERT-FAIVRE, *Assurances des entreprises et des professions*, Paris, 1979, pp. 619 y ss.

<sup>7</sup> BARCELLONA, «Scopo della norma violata. Interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana», *Rivista di Diritto Civile*, 1973, pp. 311 y ss.

<sup>8</sup> Se trata de curiosidades sobre las que llama la atención VISINTINI, *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual* (trad. M<sup>a</sup> T. Cerullare), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 23).

a la cualificación en clave contractual o extracontractual de la responsabilidad. Lo que cuenta es la necesidad de asegurar la reparación de los daños sufridos por los consumidores, contratantes o terceros, prescindiendo, por un lado, de la fuente negocial o metanegocial del daño y definiendo, por otro lado, en cuanto posible, la medida del daño resarcible, las causas de exoneración y los términos de prescripción o de caducidad»<sup>9</sup>.

Ricardo de Ángel Yágüez, por lo demás, un maestro de la responsabilidad civil en España y en Argentina y que ya fue nombrado *doctor honoris causa* por esta Universidad en 2008 –para mí un modelo a seguir en tantas cosas–, dice que la distinción «se funda sobre bases muy frágiles y se encuentra hoy, además, sometida a profunda revisión, si no en abierta crisis»<sup>10</sup>. «Sería desastroso –apunta Géneviève Viney– que, por respetar una simple clasificación abstracta y teórica, que no está prevista siquiera en los textos ni impuesta por indiscutibles imperativos lógicos, se sacrificasen los verdaderos intereses en juego (que consisten en asegurar correctamente la reparación de los daños y en prevenir los comportamientos antisociales)»<sup>11</sup>.

Aquel mes de agosto de 1987 utilizaba yo en las Jornadas de Derecho Civil organizadas en Buenos Aires el ejemplo del caballo, que fue, ciertamente, muy rentable en términos retóricos. El caballo de carreras que muere porque el veterinario al que contraté se confundió de vacuna puede ser el mismo caballo que muere porque un camión irrumpe en el campo y le atropella mientras yo entrenaba con él. Y los profesores Alterini y López Cabana celebraban el ejemplo del caballo: «se nos ha retirado Guillermo Vilas y Juan Manuel Fangio ya falleció, pero un gallego nos viene a decir que el argentino va a ser el Código civil más avanzado del mundo».

Era cautivadora la idea, sí, pero fue el doctor Bueres quien me hizo ver que el daño puede ser el mismo, aunque a la culpa o negligencia habrá que tratarla con sus matizaciones. Él mismo ha dicho, a propósito del que ya terminó siendo nuevo Código civil y comercial<sup>12</sup>, que se trata más de un acercamiento o aproximación que de una completa unificación, pues en sede de valoración de la conducta, el art. 1725 toma en cuenta «*la condición especial, o la facultad intelectual*» cuando se trata de «*contratos que suponen una confianza especial entre las partes*». Ello es tanto como decir que, al menos en los contratos celebrados en los escenarios clásicos de plena autonomía de la voluntad, cada uno tiene el

<sup>9</sup> LIPARI, *Las categorías del Derecho civil* (trad. española del original italiano de 1955 a cargo de Luna Serrano), ed. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 228 y 229.

<sup>10</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «La responsabilidad civil. Cuestiones previas de delimitación», en Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 14.

<sup>11</sup> VINEY, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, en GHESTIN, *Traité de Droit civil*, t. IV, L.G.D.J., Paris, 1982, p. 299.

<sup>12</sup> BUERES, «El futuro de la responsabilidad civil: ¿hacia dónde vamos?», en Herrador Guardia (coord.), *Derecho de daños*, ed. Sepin, Las Rozas, 2011, p. 818.

deudor que quiere tener, y la evaluación de la culpa obliga a pensar en el concreto veterinario de la concreta obligación que tiene que velar por los intereses confiados por el concreto acreedor, dueño del concreto caballo.

## 2. SANDRA, COWI Y LOS DERECHOS DE LOS ANIMALES

Estos primeros minutos, en fin, tenían forzosamente que ver con la responsabilidad civil y con lo que para mí ha significado Argentina en materia de responsabilidad civil. Pero permitan ahora una licencia que me tomo. Salimos en el mundo de una pandemia con consecuencias durísimas, y una de las secuelas de la misma ha sido la visible fatiga social provocada...

Por ello he preferido utilizar otro tono para mi intervención y hasta otro género. No voy a hablarles de la hipoteca testamentaria ni del retracto de comuneros, ni del fideicomiso de residuo. Permitan, ya que estaba hablando del caballo, que comience con dos supuestos prácticos reales. Uno, de Argentina. El otro, de España. No son ejemplos de caballos, pero no importa.

Sandra era una mezcla de orangutana de Sumatra y orangutana de Borneo. Era, pues, una mestiza, y vivía en el Ecoparque de Buenos Aires. Se hizo conocida en el mundo entero cuando el 21 de octubre de 2015 la justicia había reconocido sus derechos como «*persona no humana*». La Fiscalía recurrió y el titular del Juzgado número 15 de lo Penal, Gustavo Letner, consideró “extinta” la reclamación a favor de Sandra. Pero la Sala Tercera de lo Penal, integrada por tres magistrados, resolvió el 12 de diciembre de 2016 que Letner no había respetado los derechos de los demandantes (la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales), y consideró que «nada obsta a considerar a este tipo de animales como sujetos de derecho no humanos». Sandra quedó reconocida como persona no humana, y se le concedió un recurso de *habeas corpus*, el procedimiento por el que cualquier detenido puede exigir comparecer ante el juez para que este determine sobre la legalidad de su privación de libertad y sobre el derecho de Sandra a no ser arrestada de modo arbitrario.

Aquella señora inglesa se presentó, acompañada de su perro Cowi, en una Notaría de las Islas Baleares para hacer testamento: «¿a que a ti te gusta más vivir en Formentera que en Inglaterra?», parece ser que preguntó al animal, que (perdón, quiero decir «quien») contestó con un ladrido que fue traducido por su dueña como respuesta afirmativa, por lo que entonces la disposición testamentaria pretendía ser «quiero que Cowi herede una parte de mi dinero y viva en mi casa de Formentera hasta su muerte». Así lo cuenta el Notario González Granado<sup>13</sup>. Y cuenta también el fedatario cómo tuvo que explicar explicó a la extravagante británica que eso no puede ser, y que los perros pueden ser hereda-

<sup>13</sup> Puede verse su simpático relato en <http://tallerdederechos.com/los-animales-ya-no-son-cosas-y-los-robots-pronto-dejaran-de-serlo-1a-derecho-anim/>

dos, pero no pueden ser herederos. Se podrá proteger al perro en el testamento imponiendo al heredero la carga de, por ejemplo, dedicar una suma anual para el cuidado del animal, que es lo que los civilistas conocemos como modo testamentario. O se podrá crear una fundación cuyo objeto sea el bienestar de Cowi. Pero eso es todo.

De lo contrario, figúrense lo que sucedería en aquellos ordenamientos en los que existe plena libertad de testar y la ley no tiene reservado ningún mínimo para los descendientes u otros legitimarios. Así ocurren en el Reino Unido o, ya en mi país, en la Comunidad Foral de Navarra. Yo, que estoy casado con una navarra, observo con cierta cautela las querencias que ella tiene hacia Lola, nuestra cariñosa galga.

Mis preguntas las dirijo, tanto a la jueza Elena Liberatori y resto de los jueces intervinientes en el asunto de la orangutana Sandra como al legislador español –pues acaso en mi país estamos llegando más lejos, por lo que les voy a contar–. Son preguntas muy simples, aunque estoy dispuesto a reconocer que acaso las respuestas no lo sean tanto: ¿es necesario reconocer a un animal la condición de titular de derechos? ¿Sujeto de derechos? ¿No bastaría con seguir tratándolo como objeto de derechos, aunque necesitado, eso sí, de un *status* jurídico especial? ¿Hacia falta que Sandra fuese llamada persona para que el Gobierno de la ciudad de Buenos Aires le garantizara –leo la sentencia– «las condiciones naturales del hábitat y las actividades necesarias para preservar sus habilidades cognitivas»?

De hecho, en mi país ha habido una reciente reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 17/2021, de 15 de diciembre) que, acompañada de las que ya se habían producido en el Código penal y en otras leyes, es sensata, en términos generales. Lo malo es que ya en 2022 se nos amenaza en España con algunas novedades que hielan la sangre.

Comenzando por la parte sensata, diré que hace unos años publiqué en prensa un artículo sobre una curiosa sentencia. Entre las estipulaciones acordadas en aquel convenio regulador para regular la crisis matrimonial se establecía textualmente que «Doña F. se adjudica el perro raza Golden Retriever, que es de su propiedad, pudiéndolo visitar el Sr. S. siempre que quiera, previo acuerdo con Doña F.». Pero como las crisis conyugales a veces no dejan títere con cabeza, doña F. no tardó en negar a su exmarido las visitas al perro, y éste demandó la ejecución forzosa del pacto. El Juzgado de Primera Instancia de Granollers mantuvo la vigencia del acuerdo y la obligación de que se cumpliera en sus propios términos. La dueña del animal recurrió el auto, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de abril de 2006 se ocupó a fondo. Partió de la base de que «las características típicas de esta raza de perros certificadas por la Federación Canológica Internacional, ponen de relieve su enorme valor económico, y el inestimable aprecio que generan a sus poseedores, por sus cualidades de lazarillo, de acompañante de personas que viven solas, de auxiliador en catástrofes, de colaborador en la caza o en las tareas agrícolas y ganaderas».



Y apuntó que «la conflictividad se produce, en todo caso, en el terreno especulativo, y los precedentes en el derecho comparado, pertenecen más al mundo de la literatura periodística, o a las excentricidades que se atribuyen a determinados personajes, que a la realidad mucho más penosa de los graves conflictos personales o económicos de las crisis familiares».

Pero que no es un asunto periodístico ni especulativo lo demuestra la propia sentencia cuando aprovechaba para recordar que «no es insólito que en algunos litigios relativos a la liquidación de patrimonios comunes, por causa hereditaria o por crisis matrimonial se haya de decidir sobre derechos de propiedad, goce o usufructo sobre semovientes».

Todo comenzó en mi país con una Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario de Ciudadanos <sup>14</sup>. En muchos aspectos hay poco que objetar, como sucede cuando se trata de que la legislación procesal salga al paso de situaciones en las que los animales de compañía «puedan ser embargados y ejecutados por los acreedores, subastados para liquidar una comunidad de gananciales o introducidos en lotes y sorteados en supuestos hereditarios, obviándose en todo caso la especial relación afectiva que existe entre la mascota y sus dueños». Tampoco hay nada que objetar a que la iniciativa abogara por mecanismos que pongan fin a la cría ilegal de animales de compañía o al abandono, o que se prohíba la mutilación y el maltrato, así como el sacrificio de los animales abandonados salvo en situaciones de emergencia.

Son cosas de una lógica incontestable. De hecho, la reciente reforma del Código civil a que me he referido reconoce todo esto, y partió, una vez frustrada la Proposición referida, de sendas nuevas iniciativas de otros Grupos Parlamentarios distintos. El sentir unánime ha sido llamativo. Casi parecía que se trataba de ver quién se apuntaba el tanto. En octubre de 2017, el Grupo Parlamentario Popular presentó una Proposición de Ley (122/134) que decayó con la disolución de las Cortes y el final de la XII Legislatura. Ha sido en la Legislatura XIV, actualmente en curso, cuando los dos grupos parlamentarios más representativos –Popular y Socialista– presentaron dos iniciativas legislativas muy similares <sup>15</sup>.

Pero el problema es cuando se va más allá. Y es que lo que pretendía Ciudadanos era instar al Gobierno «a que promueva las reformas legales necesarias para crear una categoría especial en el Código civil que ubique a los animales de compañía fuera de la masa patrimonial a todos los efectos legales, de forma

<sup>14</sup> Es la Proposición 162/000200 [https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_iniciativas\\_mode=mostrarDetalle&\\_iniciativas\\_legislatura=XII&\\_iniciativas\\_id=162/000200](https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XII&_iniciativas_id=162/000200)

<sup>15</sup> La Proposición de Ley 122/68 fue la del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, y la PL122/134, del Grupo Parlamentario Socialista es la que terminó prosperando. Resulta sorprendente que una normativa en la que todos los grupos políticos pensaban básicamente del mismo modo, haya necesitado cuatro años de elaboración.

que resulten inembargables, absolutamente indivisibles en situaciones de comunidad e intransferibles en negocios onerosos».

Y de ahí a que se pretenda que un animal sea calificado como algo que está «fuera de la masa patrimonial a todos los efectos legales» y que por lo tanto, no se pueda vender, o que se prohíba el regalo de animales como recompensa o premio, va un abismo. ¿Que no voy a poder comprar un caballo para montar los fines de semana y contarle mis historias? ¿Que no le voy a poder comprar a mi hijo un perrito blanco como premio por sus buenas notas o por su cumpleaños? En cambio, le puedo regalar el perro, pero no comprado en un comercio sino previamente adoptado. Eso sí.

Como entremos en esa dinámica, pronto veremos reguladas, en los testamentos o en los convenios reguladores que rigen la separación, el divorcio y sus efectos, las disposiciones «en favor de perros, gatos u otros semovientes dignos de especial afecto por quienes los han cuidado y han disfrutado de su compañía», como también decía la sentencia referida, que además recordaba que están en auge «los hoteles para perros y gatos, las secciones de gourmet alimentario en supermercados para esta clientela, o cementerios para ilustres finados de este género animal».

Lo que el Código Civil español necesita es, entre otras muchas cosas, una reforma de las legítimas sucesorias, del contrato de obra y de servicios, una regulación integral de la asunción de deuda –también la cumulativa–, de la edificación realizada en terreno ajeno, de las construcciones extralimitadas, del usufructo de fondos de inversión, de las servidumbres de oleoducto y gaseoducto, de las inmisiones y molestias vecinales, de la prescripción extintiva, de la usucapición, de la responsabilidad civil.

Y después, o al mismo tiempo, podrán acometerse reformas exóticas, curiosas o extravagantes, y, eso sí, siempre sin necesidad de colocar a los animales bajo la condición de *sujetos* de derechos. Mejor que sigan siendo *objeto* de derechos, aunque con un especial tratamiento y protección que estimule el espíritu cívico de todos. Y es que, de lo contrario, volveríamos a ver cómo entra en el Parlamento aquel *Decálogo de Derechos de los Grandes Simios*, que explicaba que «pueden aprender, comunicar y transmitir lenguajes como el de los sordomudos, tienen conciencia reflexiva de sí mismos, y establecen relaciones de parentesco», abogaba por una ampliación del concepto de ciudadanía y de comunidad moral «incluyendo a todos los seres vivos», pretendía que olvidemos «la jerarquización excluyente entre los seres vivos» y clamaba por el reconocimiento de los derechos fundamentales «de chimpancés, gorilas, orangutanes y bonobos». Eso sí, decía el pintoresco Decálogo que tales derechos fundamentales deberían poderse «hacer valer ante la ley», si bien no se atrevían a que los hicieran valer los propios afectados, no sea que un día viéramos los juzgados repletos de platirrinos ejercitando su derecho a la tutela judicial efectiva.

Pero vayamos en serio. ¿Qué haríamos con perros personificados? Como no tendrían capacidad de obrar, habría que nombrar un tutor, y graduar en el

nombramiento la tutela según la mayor o menor capacidad del animal para celebrar contratos, otorgar testamentos o matricularse en una escuela canina. Vuelta al punto de partida, pues. Y, como los animales no se podrán embargar (eso también dice ahora la Ley de Enjuiciamiento Civil en España), podría un deudor escapar de la persecución de sus acreedores criando caballos de carreras de alta gama y concentrando en su cuadra lo más mollar de su patrimonio. Y, al socaire de la libertad de testar, podría un testador navarro dejar toda su herencia a su periquito. Y así sucesivamente...

Un Diputado español relataba el caso del perro abandonado en el descampado, a quien se le ocurrió volver él solo a casa, loco de contento por el regreso, pero el dueño respondió atropellándole con su auto repetidamente para darle muerte <sup>16</sup>. Es insuficiente el tenebroso relato. Según esa moda, no se trata de que los hombres tengamos el deber de no maltratar a los animales, sino de que se reconozca a éstos su condición de persona y su derecho a no ser maltratado, como correlativo a aquel deber. No basta con que la ley castigue a quien contamina el río, sino que hay que reconocer el derecho del río a no ser contaminado, y por eso se convierte el río en persona jurídica (ya pasó en Nueva Zelanda <sup>17</sup>), como personas jurídicas son Iberdrola, el Real Madrid, el River Plate, el Boca Juniors, el Ayuntamiento de Murcia o la Municipalidad de Rosario.

Toni Cantó, actor y Diputado en el Congreso durante varios años, defendió en 2013 algo tan elemental como que el Derecho no es una cualidad innata en todos los seres vivos, sino un proceso racional del que los animales carecen <sup>18</sup>. Si el Derecho se compone de principios y normas que regulan las relaciones humanas como expresivos de una idea de justicia y de orden, ello conduce, no a que los hombres debamos respetar los derechos de los animales, sino nuestra propia condición humana. Es nuestra dignidad como personas la que nos exige cumplir el deber de no maltratar a los animales. Los animales ni tienen derechos ni pueden ejercerlos, y por eso tampoco una gacela puede exigir del león en la sabana que respete su derecho a la vida. El lector interesado puede comprobar algunas de las reacciones de los internautas, que resumo en una de ellas: «Basura especista. No has aportado ningún dato que demuestre que las personas somos superiores al resto de los animales. Un perro, un grillo, tú y yo tenemos el mismo derecho a vivir y ser libres». Y entonces yo ahora les pregunto: ¿qué hago con los *sprays* de insecticida que compré ayer? ¿Tengo que mirar al suelo cuando hago *footing* para no pisar hormigas? ¿Dejo que la cucaracha corra a sus anchas por el pasillo?

<sup>16</sup> La tremenda historia se cuenta por Díaz Gómez, del Grupo Ciudadanos, y puede leerse en <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/7536-animales-y-cosas>

<sup>17</sup> [http://internacional.elpais.com/internacional/2017/03/16/actualidad/1489685532\\_492954.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2017/03/16/actualidad/1489685532_492954.html)

<sup>18</sup> <https://unrespetoalascanas.com/2013/02/14/los-animales-no-tienen-derechos/>

Y otra pregunta. Yo tengo un hijo vegano y mi esposa tiene otro. ¿Se puede ser vegano sin ser idiota? Rotundamente, sí, pero depende. Si el vegano lo es por razones de salud o como señal de protesta hacia la lamentable manera de tratar a los pollos en determinadas granjas o a los peces en ciertas piscifactorías, pues entonces, un aplauso al vegano, que muestra su rechazo a que las especies animales sean hinchadas de antibióticos para engordarlas en tres días, sin importar que por ello se estén creando bacterias que van a ser imposibles de combatir y que en 2050 van a matar diez veces más personas que el cáncer <sup>19</sup>.

Pero es que a veces el vegano lo es porque quiere dar la razón a la dueña del restaurante que expulsó a la madre que quería dar el biberón al bebé y que, cuando ésta se quejaba de haber sido humillada, le respondieron que «las madres verdaderamente humilladas son aquellas violadas durante toda su vida para tener bebés que son robados y descuartizados para que los humanos les arrebatemos la leche que era para ellos: estas madres son las vacas, ovejas y cabras, víctimas del biberón de su hijo» <sup>20</sup>. A veces el vegano lo es para combatir el denominado «lenguaje especista», ese que proclama sin rubor que no se puede decir «hijo de perra», ni «eres un burro», ni «has engordado, estás un poco foca». Pero no porque con ello se insulte a la persona, sino porque con ello se degrada a las perras, a los burros o a las focas a la condición de insulto. Y éstos otros no son veganos, sino idiotas.

Por todo ello, me estremece que los políticos no tengan otras cosas de qué preocuparse y en las que ocuparse. Hay códigos civiles que necesitan más bien, y entre otras muchas cosas, y que necesitan, como ha pasado en Argentina, que el legislador escuche a los juristas. Pero en nuestro Congreso de los Diputados prefieren dedicarse a otros menesteres.

Está bien que se diga que si «todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles», hay que completar la norma diciendo que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad, lo que no excluye que en determinados aspectos se aplique supletoriamente el régimen jurídico de los bienes o cosas <sup>21</sup>.

Y está bien, desde esta premisa:

(i) que se adecúen, entre otras, las tradicionales nociones de ocupación, frutos naturales, hallazgo, responsabilidad por daños y vicios ocultos;

(ii) que se introduzcan en las normas relativas a las crisis matrimoniales varios preceptos destinados a concretar el régimen de convivencia y cuidado de los animales, de compañía, cuestión que, como dije antes, ya ha sido objeto de controversia en los tribunales;

<sup>19</sup> <http://www.elmundo.es/cronica/2017/01/16/58791338268e3ec6258b4619.html>

<sup>20</sup> <http://www.elmundo.es/f5/comparte/2017/03/28/58da277a46163fd5778b457b.html>

<sup>21</sup> Artículo 333 del Código civil español, en redacción dada por Ley 17/2021, de 15 de diciembre

(iii) que se contemplen los pactos sobre los animales domésticos y se establezcan los criterios que los tribunales deben considerar para decidir a quién entregar el cuidado del animal, atendiendo a su bienestar;

(iv) que se incorporen disposiciones en materia de sucesiones, relativas al destino de los animales en caso de fallecimiento de su propietario, que, en ausencia de voluntad expresa del causahabiente, también deberán articular previsiones en base al criterio de bienestar de los animales;

(v) que, atendiendo al vínculo existente y la concurrencia entre los malos tratos a animales y la violencia doméstica y de género y el maltrato y abuso sexual infantil, se contemplen limitaciones a la guarda y custodia en casos de antecedentes por maltrato animal ejercido como forma de violencia o maltrato psicológico contra aquellos.

Hasta aquí, muy bien. Pero es que lo que ahora tenemos es otro Proyecto de ley, de Protección y Derechos de los Animales. Ya se la conoce como «la Ley Animal». Como los animales no son bienes y son por ello indivisibles e inembargables, ahora se sigue diciendo que tampoco se pueden vender en comercios, y se continuará llamándoles personas con derechos humanos porque ya está bien de tanto antropocentrismo. De momento, en el Proyecto de ley no exigen superar un curso para tener un hijo, pero sí para tener un perro. Se conoce que con eso se garantizará que el dueño de estos animales está capacitado para hacerse cargo de ellos.

La llamada Ley Animal contendrá una relación de prohibiciones bastante lógicas, otras que puede que no lo sean tanto y también alguna soberana estupidez:

(i) El sacrificio de animales de compañía, exceptuando razones sanitarias o eutanásicas; solamente se procederá a la eutanasia o el sacrificio de animales de forma justificada bajo criterio y control veterinario con el único fin de evitar su sufrimiento, en casos de enfermedad o heridas incurables, o por motivos de sanidad animal, de seguridad de las personas o animales o de existencia de riesgo para la salud pública o medioambientales debidamente motivados normativa o científicamente. Además, se prohíbe expresamente el sacrificio por cuestiones económicas, de sobrepoblación, carencia de plazas, imposibilidad de hallar adoptante en un plazo determinado, abandono del responsable legal, vejez o enfermedad o lesión con posibilidad de tratamiento, ni por problemas de comportamiento que puedan ser reconducidos por un educador.

(ii) También se prohibirá la utilización de los animales en espectáculos y otras actividades cuando éstas puedan ocasionar sufrimiento o en las que puedan ser objeto de tratamiento indigno, tales como el tiro al pichón, tiro a tubo o prácticas que puedan ocasionar la muerte de animales de compañía o domésticos. Queda excluida de esta prohibición el sacrificio de animales de producción y los utilizados en experimentación y otros fines científicos, incluida la docencia, que se regirá por su normativa específica.

(iii) Se prohibirá maltratar a los animales o agredirlos físicamente, así como someterlos a trato negligente o cualquier práctica que les pueda producir sufrimientos, daños físicos o psicológicos u ocasionar su muerte. Ello incluirá su abandono, así como todo tipo de mutilación o modificaciones corporales, como por ejemplo las que suelen hacerse a ciertas razas por motivos estéticos, exceptuándose las precisas por necesidad terapéutica para garantizar su salud o para limitar o anular su capacidad reproductiva, sin que pueda servir de justificación un motivo funcional o estético de cualquier tipo.

Y como no bastará con la genérica prohibición, la ley especificará que está prohibido llevar animales atados a vehículos a motor en marcha. O la puesta en libertad o introducción en el medio natural de ejemplares de cualquier animal doméstico también queda prohibida. O el uso de cualquier artilugio, mecanismo o utensilio destinado a limitar o impedir su movilidad salvo por prescripción veterinaria. Ignoro qué desarrollo reglamentario se hará con las especies caninas peligrosas.

(i) Se prohibirá utilizar animales en peleas o su adiestramiento en el desarrollo de esta práctica u otras similares, así como instigar la agresión a otros animales o personas. Pero tampoco se podrá comprar un animal en un comercio, y dejará de haber mascotas en los escaparates y vidrieras de los establecimientos.

(ii) La ley prohibirá utilizar animales en espectáculos públicos o actividades artísticas, turísticas o publicitarias, que les causen angustia, dolor o sufrimiento y, en todo caso, en atracciones mecánicas o carruseles de feria, así como el uso de animales pertenecientes a especies de fauna silvestre en espectáculos circenses.

(iii) También estará prohibido el uso de animales en exposiciones de belenes, cabalgatas o procesiones, en las que se mantenga al animal de forma antinatural conforme a las características propias de su especie, o inmovilizado durante la duración del evento. Habrá que ver las matizaciones reglamentarias de esta prohibición, ciertamente.

(iv) Se prohibirá utilizar animales de forma ambulante como reclamo o ejercer la mendicidad valiéndose de ellos. También someterlos a trabajos inadecuados o excesivos en tiempo o intensidad respecto a las características y estado de salud de los animales.

(v) Estará prohibido usar pinchos, correas, collares y otros similares que ahorquen o aparatos eléctricos que causen daños y sufrimientos a los animales sin perjuicio de las excepciones que se establezcan reglamentariamente.

(vi) Se prohibirá emplear animales de compañía para el consumo humano o animal. Se restringirá la alimentación de animales con vísceras, cadáveres y otros despojos procedentes de animales que no hayan superado los oportunos controles sanitarios.

(vii) La ley prohibirá específicamente el silvestrismo (práctica que implica la captura y cuidados en cautividad de ciertos pájaros de campo con el objeto de su adiestramiento al canto), especialmente la captura de aves fringílicas.

(viii) Se prohibirá utilizar animales como objeto de recompensa, tómbola, premio, rifa o promoción.

(ix) Estará prohibida la eliminación de cadáveres de animales de compañía sin comprobar su identificación, cuando ésta sea obligatoria, y la no comunicación a la administración competente de la retirada del cadáver de un animal de compañía identificado.

Mi pregunta continúa en pie, y con ella voy terminando. Para cumplir tan elementales deberes cívicos de todos nosotros, ¿era necesario crear nuevos sujetos de derechos? ¿No bastaba con que a aquellos objetos de derechos que son animales dotados de sensibilidad se les apliquen normas especiales? Para que esté prohibido disparar contra La Piedad de Miguel Ángel o acuchillar Las Meninas de Velázquez ¿era necesario configurar derechos correlativos a los deberes o prohibiciones? ¿Tiene David derecho a no ser ametrallado o tengo yo el deber de no ametrallarlo?

Repasemos, en fin, la tabla de derechos fundamentales: ¿tendrá el mono araña derecho al honor y a la intimidad familiar? El tití común ¿podrá reivindicar que se le trate, para ser consecuentes con el principio de igualdad, con los mismos derechos que al tití emperador? ¿Se predicará del gorila la libertad ideológica, religiosa y de culto –debe tenerse en cuenta que ‘gorila’ significa ‘persona peluda’–? ¿Habrá libertad de asociación para el babuino? Y por supuesto, ni pregunto ya por la libertad de cátedra del mandril, del macaco o del mono aullador. Y si esos derechos fundamentales se deberían hacer valer ante ley, ¿estarán aforados también los querellados, o solo los que tengan bien separadas las fosas nasales por un tabique membranoso suficientemente ancho?

Sinceramente, creo que si los profesores de Derecho permanecemos en silencio ante tanta majadería, no nos lo podrán perdonar las generaciones venideras. ¿Nadie es capaz de percibir a dónde nos podría conducir el reconocimiento de los animales como sujetos de derechos? Por último –¡y hasta ahí podríamos llegar!– se acabará sin poder decirle al legislador que está como una cabra. Todo esto, en fin, merecería que sea él condenado al ridículo perpetuo, y que pasase a ocupar la jaula él mismo.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAGIŃSKA, «The borderlines of tortlaw in Poland», en Martín Casals (ed.), *The Borderlines of Tort Law. Interactions with Contract Law*, Intersentia, Cambridge, 2019.
- BARCELLONA, «Scopo della norma violata. Interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana», *Rivista di Diritto Civile*, 1973.
- BUERES, «El futuro de la responsabilidad civil: ¿hacia dónde vamos?», en Herrador Guardia (coord.), *Derecho de daños*, ed. Sepin, Las Rozas, 2011.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «La responsabilidad civil. Cuestiones previas de delimitación», en Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2008.

- DÍAZ GÓMEZ, en <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/7536-animales-y-cosas>
- KARNER y KOCH, «The borderlines of tortlaw in Austria», en Martín Casals (ed.), *The Borderlines of Tort Law. Interactions with Contract Law*, Intersentia, Cambridge, 2019.
- LAMBERT-FAIVRE, *Assurances des entreprises et des professions*, Paris, 1979.
- LIPARI, *Las categorías del Derecho civil* (trad. española del original italiano de 1955 a cargo de Luna Serrano), ed. Dykinson, Madrid, 2016.
- SPUZNAR, «La place de la responsabilité civile en droit polonais», en *Revue International de Droit Comparé*, 1967.
- TUNC, *La responsabilité civile*, ed. Economica, Paris, 1981.
- VINEY, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, en Ghestin, *Traité de Droit civil*, t. IV, L.G.D.J., Paris, 1982, pp. 299.
- VISINTINI, *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual* (trad. M<sup>a</sup> T. Cerullare), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- WIDMER, WINIGER y DURET, «The borderlines of tortlaw in Switzerland», en Martín Casals (ed.), *The Borderlines of Tort Law. Interactions with Contract Law*, Intersentia, Cambridge, 2019.
- <http://tallerdederechos.com/los-animales-ya-no-son-cosas-y-los-robots-pronto-dejaran-de-serlo-la-derecho-animal/>
- [https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_iniciativas\\_mode=mostrarDetalle&\\_iniciativas\\_legislatura=XII&\\_iniciativas\\_id=162/000200](https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XII&_iniciativas_id=162/000200)
- [http://internacional.elpais.com/internacional/2017/03/16/actualidad/1489685532\\_492954.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2017/03/16/actualidad/1489685532_492954.html)
- <https://unrespetoalascanas.com/2013/02/14/los-animales-no-tienen-derechos/>
- <http://www.elmundo.es/cronica/2017/01/16/58791338268e3ec6258b4619.html>



## LA FUNCIÓN ECOLÓGICA DEL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE

Por CARLOS M. CLERC \* y GONZALO PÉREZ PEJCIC \*\*

### **Resumen:**

*El principio de atipicidad en materia de servidumbres ha permitido el desarrollo de las denominadas servidumbres ambientales, ecológicas o de conservación, aquellas que conceden al titular del inmueble dominante utilidades sobre el inmueble sirviente ajeno relacionadas con la preservación de ecosistemas naturales, atributos ecológicos, bellezas escénicas o paisajes. Sin embargo, defendemos que esta clase de servidumbres deben repensarse desde perspectivas no antropocéntricas y antiespecistas con el fin de considerar los intereses de los animales silvestres que habitan en los predios.*

### **Palabras clave:**

*Derecho real de servidumbre, servidumbre de conservación, función ambiental, ética animal, derechos de los animales.*

## THE ECOLOGICAL FUNCTION OF THE RIGHT OF EASEMENT

### **Abstract:**

*The legal principle which provides for the creation of easements irrespective of their being statutorily provided has allowed the development of the so-called environmental, ecological or conservation easements, namely those that grant the owner of the dominant*

\* Doctor en Derecho en el área de Derecho Civil (FD-UBA). Abogado especializado en Derecho de los Recursos Naturales (FD-UBA). Profesor Titular Consulto (UBA). Profesor titular de la asignatura Derechos Reales (FD-UBA y Museo Social Argentino). Director del Departamento de Derecho Privado II (FD-UBA). Exrector de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Mail: clerccarlosmario@gmail.com

\*\* Magíster en Filosofía del Derecho (FD-UBA). Doctorando en el área de Filosofía del Derecho (FD-UBA). Abogado con orientación en Derecho Privado, Notarial, Inmobiliario y Registral (FD-UBA). Profesor para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (FD-UBA). Profesor a cargo de la asignatura Animales como sujetos (FD-UBA). Adjunto interino de la asignatura Derechos Reales (FD-UBA). Director del Instituto de Derecho Animal, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Martín (Buenos Aires, Argentina). Mail: gonzalopezpejcic@gmail.com

*tenement benefits over the servient estate related to the preservation of natural ecosystems, ecological attributes, scenic beauties, or landscapes. However, we defend that this kind of easements must be rethought from non-anthropocentric and anti-speciesist perspectives to consider the interests of the wild animals that inhabit the properties.*

**Key words:**

*Real right of easement, conservation easement, environmental function, animal ethics, animal rights.*

## INTRODUCCIÓN

Dalmacio Vélez Sarsfield enseña en la nota al art. 2971 del Código Civil que el vocablo servidumbre indica “una restricción de la libertad” que “[a]plicada a las cosas corporales significa que la propiedad de estas cosas está sujeta a ciertas restricciones que tienen por efecto *disminuir la libertad ilimitada, que es de la naturaleza de la propiedad*” (el destacado nos pertenece).

La restricción puede ser de lo más diversa dependiendo de las necesidades de los fundos. Ello se traduce en el *principio de atipicidad* de las servidumbres y figura en la definición legal del art. 2162 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante: CCCN) cuando dispone que “[I]a servidumbre es el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante *determinada utilidad* sobre el inmueble sirviente ajeno. *La utilidad puede ser de mero recreo*” (el destacado nos pertenece). Quien lee podrá apreciar que es sumamente amplio el catálogo de utilidades que puede brindar el derecho real de servidumbre, siempre que se respete su estructura de *orden público*<sup>1</sup>. En este sentido, Raymundo M. Salvat señala que la creación y las formas que pueden asumir las servidumbres “dependen exclusivamente de las condiciones económicas de la propiedad inmueble: son estas condiciones y las necesidades que ellas hacen surgir las causas que dan lugar al nacimiento y al desarrollo de determinada clase de servidumbres, variables de una época a otra y de un lugar a otro. El principio es, pues, el de la libertad de las partes, para

<sup>1</sup> ARRAGA PENIDO, Mario O., “Servidumbres atípicas”, LL-1985-C-200; Los derechos reales están regidos principalmente por *normas imperativas* y tal preponderancia “se funda en la gravitación social y económica de la titularidad, explotación, circulación y extinción de la riqueza, por cuya razón el reconocimiento y protección legal comprende al titular del derecho real y lo trasciende, proyectándose así sobre intereses supra individuales”. PEPE, Marcelo A. y MENDIZÁBAL, Gonzalo A., “El orden público y la rigidez o flexibilidad en los derechos reales”, LL, 2009-D-871; Carlos M. Clerc advierte que la noción de orden público presenta un carácter difuso, ambiguo y no acotado, pero que ostenta “un extraño poder de invocación, una suerte de *deus ex machina* [“dios desde la máquina”, expresión utilizada para los casos en que se recurre a un artificio externo con el fin de resolver una cuestión determinada] con la que se corona todo decisorio judicial cuando la protección de los bienes comunes o el conglomerado social en su conjunto pudiera verse amenazado por el avance de una voluntad personal o de un grupo de interés” CLERC, Carlos M., *Teoría General de los Derechos Reales*, Argentina, Erreius, 2021, p. 183.

establecer todas las servidumbres que crean convenientes para sus propiedades, con tal que ellas reúnan los caracteres y las condiciones que la ley exige para esta clase de derechos”<sup>2</sup>.

Dicha atipicidad ha dado lugar a las denominadas servidumbres ambientales, ecológicas o de conservación, aquellas que conceden al titular del inmueble dominante utilidades sobre el inmueble sirviente ajeno relacionadas con la preservación de ecosistemas naturales, atributos ecológicos, bellezas escénicas o paisajes. Entonces, ellas son herramientas legales para la conservación del entorno, principalmente en tierras privadas, con miras a la satisfacción de intereses humanos. Se observa, en consecuencia, que han sido pensadas desde miradas ambientalistas que de manera más o menos explícita asumen como válido el antropocentrismo. Por eso proponemos darles un sentido moral alternativo. A tal fin, dividimos el desarrollo del trabajo en cuatro partes. En la primera sintetizaremos algunos significados que circulan en relación con esas clases de servidumbres y ciertos casos emblemáticos en los que han tenido espacio. Luego, en la segunda, las revisaremos a la luz de la ética animal. En la tercera sección exhibiremos las razones de mayor peso a la hora de considerar a los demás animales como sujetos de derechos con el objetivo de arribar al derecho que en particular tienen los animales silvestres a estar en sus territorios. Después, en el cuarto apartado, reflexionaremos respecto de cómo las servidumbres pueden ayudar al reconocimiento legal de aquel derecho. A modo de conclusión, reflexionaremos sobre la necesidad de incluirlas en el CCCN como servidumbres forzosas.

## 1. SERVIDUMBRES ECOLÓGICAS

La literatura experta nos ofrece diversos conceptos de servidumbres ambientales, ecológicas o de conservación. Ofrecemos algunas definiciones sin desconocer que existen otras igual de valiosas<sup>3</sup>.

Así, por ejemplo, Carlos M. Chacón las define como “un gravamen real sobre un bien inmueble (fundo sirviente) que limita la realización de ciertas actividades de desarrollo en dicho bien, con el fin de mantener los servicios ambientales que este brinda a otro bien inmueble (fundo dominante)”<sup>4</sup>. Sebastián Castro Figueroa observa que son “un gravamen impuesto, de manera voluntaria, sobre un predio denominado sirviente, constituido a favor de otro,

<sup>2</sup> Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos Reales*, cuarta edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Manuel J. Argañaras, Buenos Aires, TEA, 1959, T. III, p. 435.

<sup>3</sup> Para un mayor desarrollo: PEREZ PEJCIC, Gonzalo, “Segundo ensayo sobre la función ecológica de la propiedad”, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.R. y PEREZ PEJCIC, Gonzalo (dirs.), *Derechos de incidencia colectiva. Estudios desde el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Aldina editorial, 2018, pp. 215-292.

<sup>4</sup> CHACÓN, Carlos M., *Las disposiciones legales costarricenses sobre las servidumbres ecológicas*, Costa Rica, Cedarena Conservación de Tierras, 2002, p. 3.

de diferente dueño, denominado dominante; el cual limita o planifica las actividades de desarrollo llevadas a cabo en el primero, a beneficio de la conservación de los servicios ambientales, biodiversidad, recursos naturales, valores escénicos, especies endémicas, patrimonio cultural, arquitectónico o arqueológico, que pueda poseer el predio gravado”<sup>5</sup>. Otros las definen como “el acuerdo voluntario de dos propietarios para imponer gravámenes o limitaciones de uso sobre una parte o la totalidad de su predio, con el propósito de garantizar la provisión de un servicio ambiental o ecológico en beneficio de otro predio, y con ello contribuir a la conservación, protección, restauración, mejoramiento y manejo adecuado de los recursos naturales y de los valores ambientales existentes en este”<sup>6</sup>. Mientras que algunos agregan que se trata de “un acuerdo legal en el que el propietario de un inmueble planifica el tipo de intensidad de uso futuro que puede darse sobre su propiedad, con el fin de preservar los atributos naturales, las bellezas escénicas, los aspectos históricos, arqueológicos o culturales de ese bien”<sup>7</sup>. Por último, Ágnes Sibileau y Leila Devia manifiestan que es el “acuerdo de voluntades por el cual un propietario restringe algunos de sus derechos de propiedad con el objeto de que la conservación de los recursos naturales identificados en ella quede garantizada”<sup>8</sup>.

Luis Castelli expresa que este tipo de servidumbres podrían aplicarse “en el caso de propietarios vecinos de corredores biológicos, o ubicados sucesivamente en una región de riqueza en biodiversidad, constituyéndose servidumbres entre fundos dominantes y sirvientes recíproca o sucesivamente”. A su vez, advierte que “podría resultar beneficioso cuando se buscara mantener la cobertura forestal de un área con especial riqueza en biodiversidad. En este caso, las distintas servidumbres se brindarían beneficios recíprocos [...]. Otra posibilidad sería si, entre vecinos, se utilizara para obtener beneficios tales como el mantenimiento de un parque sin cortar los árboles”<sup>9</sup>. Por su parte, Sibileau y Devia enseñan que el beneficio que un inmueble le proporciona a otro es “la permanencia de ciertos atributos ecológicos presentes en el fundo sirviente en beneficio del fundo dominante, por motivos diversos, entre otros, la preservación del paisaje que se

<sup>5</sup> CASTRO FIGUEROA, Sebastián, *La servidumbre ambiental o ecológica en el sistema jurídico ecuatoriano*, Ecuador, Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Facultad de Derecho, Universidad de las Américas, 2015, p. 71.

<sup>6</sup> CAPELLA, José L., CERDÁN, Miriam y SOLANO, Pedro, *Manual de instrumentos legales para la conservación privada en el Perú*, Perú, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2007, p. 31.

<sup>7</sup> AGUILAR SCHRAMM, Alejandra, JIMÉNEZ ROJAS, María S. y CRUZ ÁLVAREZ, Mariela, *Manual de regulaciones jurídicas para la gestión del recurso hídrico en Costa Rica*, Costa Rica, CEDARENA, 2001, p. 66.

<sup>8</sup> SIBILEAU, Agnés y DEVIA, Leila, “Libro Cuarto, Título XI: La servidumbre”, en Devia, Leila (dir.) – Sibileau, Agnés (coord.) y Ulloa, María C. (ed.), *Avances del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en los Aspectos Ambientales*, Buenos Aires, Albremitica, 2015, p. 216.

<sup>9</sup> CASTELLI, Luis, PÉREZ CASTELLÓN, Ariel y RECIO, María E. (colab.), *Conservación de la naturaleza en tierras de propiedad privada*, Buenos Aires, Arca, Farn, 2001, p. 36.

disfruta de un inmueble a otro, de fuentes o cursos de agua comunes cuya calidad se requiere prístina; el mantenimiento de micro ecosistemas compartidos, la prevención de procesos de desertificación o erosión, el mantenimiento de hábitats de especies diversas, etc.”<sup>10</sup>. También se ha sostenido que las servidumbres en estudio sirven para “rescatar áreas de valor natural, cultural o agrícola”, siendo una herramienta útil para “conservar propiedades a perpetuidad sin el pesado costo de adquisición por el Gobierno” y para “apoyar las políticas de desarrollo sustentable [...]”<sup>11</sup>. Chacón afirma que podrían “limitar el derecho de cortar el bosque existente en todo o ciertas áreas del fundo sirviente, con el fin de que este siga brindando variados servicios ambientales al fundo dominante, tales como el mantenimiento de la fauna silvestre que habita y migra en ambos fundos y la belleza escénica que uno brinda al otro”<sup>12</sup>. De igual modo, podrían emplearse para “impedir la caza de animales o el uso de plaguicidas o para limitar la construcción de edificios a una determinada altura a fin de aprovechar recursos naturales como el sol”<sup>13</sup>. Además, pueden ser valiosas a la hora de conectar tierras privadas situadas dentro de áreas protegidas o que se encuentren en su periferia, constituyéndose dichos predios privados en inmuebles sirvientes.

Habrà advertido el lector que en las primeras definiciones se hace referencia al *servicio ambiental* que el fundo sirviente le proporciona al predio dominante. La teoría de los “servicios ambientales” sostiene que el ecosistema natural es fuente de una serie de utilidades que le brinda a la sociedad humana para que pueda cubrir sus necesidades. Así, se ha dicho que “[l]os ecosistemas y la diversidad biológica que los mismos contienen proveen un flujo continuo de bienes y servicios esenciales para la prosperidad económica y otros aspectos del bienestar humano. En un sentido amplio, los servicios del ecosistema se refieren al conjunto de condiciones y procesos a través de los *cuales los ecosistemas naturales y las especies que estos albergan contribuyen a sustentar la vida humana*” (el destacado nos pertenece)<sup>14</sup>. Sin embargo, el término “servicio” no debe ser confundido con un “hacer”, pues el contenido de las servidumbres sólo puede consistir en un dejar hacer (*patiendo*) o en un no hacer (*non faciendo*), como se desprende del art. 2164 del CCCN<sup>15</sup>. Aclarado el punto, la teoría del

<sup>10</sup> SIBILEAU y DEVIA, *op. cit.*, p. 216; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Biodiversidad y propiedad”, en *Revista de Derecho Ambiental*, núm.47, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, julio-septiembre de 2016, p. 105.

<sup>11</sup> Ley 183/2001 de “Servidumbres de conservación de Puerto Rico”.

<sup>12</sup> CHACÓN, *op. cit.*, p. 3.

<sup>13</sup> LASAGNA, Lidia, D., “El derecho real de servidumbre: una estrategia que contribuye a preservar el medioambiente”, en *Revista de la Facultad. Universidad Nacional de Córdoba*, vol. VII, núm. 2, Córdoba, 2016, p. 157.

<sup>14</sup> PENNA, Julio y CRISTECHE, Estela, *La valoración de servicios ambientales: diferentes paradigmas*, Buenos Aires, Publicaciones Nacionales Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria, 2008, p. 6.

<sup>15</sup> Recuerda Gonzalo Perez Pejic que esta advertencia fue motivo de una enriquecedora charla que mantuvo con la profesora Marina Mariani de Vidal, quien le aconsejara que puntualice

servicio ambiental se conecta con la atipicidad propia del derecho real de servidumbre, desde que la segunda implica pluralidad de utilidades a brindar, y la primera especifica cuáles podrían ser ellas. De esta forma, las utilidades de la servidumbre variarán conforme a los servicios ambientales que un fundo (o ambos) sea capaz de aportarle al otro.

Párrafo aparte merece captar que algunas definiciones hacen referencia a que las servidumbres en estudio constituyen un gravamen real, cuyo contenido puede consistir en la conservación del *patrimonio cultural, arquitectónico, arqueológico o histórico*. Es por esto por lo que se ha propuesto distinguir las servidumbres ambientales o ecológicas de las que brindan aquella clase de beneficios. Así, se ha denominado *servidumbres de conservación cultural* al derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno, relacionada con las necesidades que se requieran para la protección del *ecosistema urbano*, por ejemplo, la tutela de los aspectos patrimoniales enunciados <sup>16</sup>.

Comprendidos sus significados habituales y las utilidades que pueden brindar, pasamos a sintetizar los casos de mayor trascendencia en los que se han aplicado. Lo primero a decir es que las servidumbres de conservación se originaron en Estados Unidos bajo la denominación *conservation easement*, cuya noción actual se le atribuye al periodista William Whyte, ya en la década de 1950. A su vez, si bien se ha señalado que su expansión en el territorio estadounidense comenzó a partir de 1980, la:

“[...] Venta de servidumbres para fomentar la conservación comenzó en 1930 cuando el gobierno federal realizó considerables esfuerzos para proteger como espacio abierto las zonas cercanas a los parques Blue Ridge y Avenida Natchez. Posteriormente, el Estado de Wisconsin compró servidumbres alrededor del Great River Road en el año 1950. También en ese año, se comienza a usar la compra de servidumbres para proteger la biodiversidad y el patrimonio ecológico cuando el Servicio norteamericano de Pesca y Vida Salvaje adquiere un terreno de 526 mil hectáreas aproximadamente para prevenir el vaciado de pantanos. El Estado de California hace lo mismo para salvaguardar las tierras costeras del Gran Parque Estatal del Sur Pfeiffer. Los Estados pioneros en esta materia fueron Maryland, Massachusetts y Connecticut” <sup>17</sup>.

---

que la palabra “servicio” no aludía a un “hacer”, sino que la voz se empleaba en un sentido técnico referido a la utilidad que el ecosistema natural le brinda al humano. PEREZ PEJICIC, “Segundo ensayo...”, *op. cit.*, p. 265.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 262.

<sup>17</sup> CABEZA GALINDO, Isabel, *El derecho real de conservación y sus desafíos. Aplicación en Chile, en especial al sector eléctrico y minero*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales desarrollada en el marco del proyecto FONDECYT de Iniciación: “Instrumentos para la elaboración de una política energética sustentable”, Chile, 2014, p. 8.

La servidumbre de conservación luego es adoptada por otros países. En América Latina es Costa Rica quien la utiliza por primera vez en 1992 y en ese caso fue denominada “Robert Charles Wells Berryman y Margarita Downey Saborío”. Abarca una superficie cercana a las dos hectáreas en total y, según se señala, el área se encontraba degradada y fue recuperada gracias a la aplicación de la figura en análisis, conteniendo hoy en día un área boscosa: “[l]a servidumbre fue interpuesta a perpetuidad y para la realización de la misma el terreno fue dividido en dos propiedades, una con el 20% del terreno que fue destinada a casas de alquiler y otra del 80% en el cual se sitúa una casa y una zona denominada agroforestal, la servidumbre impide la reducción de la cobertura boscosa en menos de un 50% de la extensión de la propiedad y cualquier actividad que pueda dañar la biodiversidad biológica que alberga el terreno, la servidumbre permite que el dueño del predio sirviente corte, hasta cuatro árboles por año, pero sujeto a la condición de reponerlos”.<sup>18</sup> Se subraya que el inmueble objeto de la servidumbre no era especialmente rico en biodiversidad o reconocido por su aptitud ecológica; sin embargo, aquel derecho posibilitó su rehabilitación. Otro ejemplo histórico tiene como protagonista a Ecuador en donde se crea la primera servidumbre ecológica en Sudamérica en el año 1999. El derecho real en cuestión se constituyó entre la ONG *Jatun Sacha* y la Fundación *Health and Habitat*, mientras que formaban el objeto del derecho real terrenos de la amazonia ecuatoriana en la Provincia de Napo:

“[...] la ONG *Jatun Sacha* posee una extensión de 162 hectáreas y el predio sirviente, propiedad de la ONG *Health & Habitat* cuenta con una extensión de 60 hectáreas. La provincia de Napo ostenta una variación de altitudes que va desde los 400 a 5.700 msnm, la provincia pasa por los páramos andinos de los Andes, bajando hacia los bosques nublados, para finalmente llegar a las zonas bajas de la amazonia, esta zona al igual que gran parte de la amazonia alberga una gran cantidad de biodiversidad, lamentablemente los intereses económicos han hecho que la provincia se vea amenazada por actividades de tala y extracción de petróleo. Debido a la situación de amenaza que contempla la zona es que las ONG’s detalladas deciden celebrar una servidumbre ecológica para resguardar el predio de 60 hectáreas [...]”.<sup>19</sup>

La servidumbre descrita prohibía la tala de árboles existentes en los predios, pudiendo ser reforestados con métodos que no provocaran efectos negativos a la biodiversidad del lugar. A su vez, se imponía la obligación de proteger los manantiales, quebradas y ríos de los terrenos forestales adyacentes, flora, fauna y especies en extinción. Concluyendo que tampoco se podía matar o cazar animales silvestres nativos, salvo por razones científicas o educativas y sujeto a

<sup>18</sup> CASTRO FIGUEROA, *op. cit.*, p. 81.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 114.

la condición de que no ponga en peligro la sobrevivencia de una o más especies de flora o fauna que se hallen en la extensión de los terrenos en cuestión.

Por último, traemos a colación la primera servidumbre ambiental constituida en la Argentina, la cual se concretó en la Provincia de Neuquén en el año 2001, donde se la constituyó a favor de la “Fundación Neuquén” sobre las Lagunas de Epulafquen. Para la constitución de la servidumbre se utilizó “una propiedad de 50 hectáreas situadas dentro de la Reserva Provincial Turístico Forestal única propiedad privada dentro de la reserva donde se encuentra parte del bosque andino patagónico (fundo sirviente). Además, una propiedad de 144 hectáreas lindera a la reserva, formada por una extensión plana de bañados y humedades surcado por un curso de agua que nace y muere en la propiedad y une dos lagos de origen glaciario (fundo dominante)”<sup>20</sup>. Lidia D. Lasagna transcribe algunas de las cláusulas del acto, donde puede leerse:

“Cláusula primera (causa): la causa fin de este negocio jurídico es la preservación a perpetuidad de las ventajas ecológicas, escénicas y estéticas que en la actualidad el fundo sirviente proporciona al fundo dominante. Su cumplimiento se realizará a través de la *conservación sustentable a perpetuidad de los recursos suelo, minerales, aire, paisaje, agua -en todos sus estados- y las distintas formas de energía existentes en el fundo sirviente*. Asimismo, y por estar ligados en forma inescindible con los mencionados en primer término, se incluye la *conservación de los recursos flora y fauna*. Cláusula segunda (objeto): Teniendo en cuenta que, en el fundo sirviente, en época estival, se desarrollan actividades ganaderas bovinas, las restricciones de uso que gravarán la propiedad persiguen el propósito de *compatibilizar la conservación del potencial natural del fundo sirviente con una explotación rural que se sujete a pautas de producción sustentable [...]*” (el destacado nos pertenece)<sup>21</sup>.

## 2. REVISIONES DESDE LA ÉTICA ANIMAL<sup>22</sup>

Es turno de indagar la cuestión ética detrás de las servidumbres en estudio. Lo primero a señalar es que la protección que otorgan no alcanza a los animales silvestres que moran en los predios, puesto que sus intereses básicos son frustrados

<sup>20</sup> LASAGNA, *op. cit.*, p. 158.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>22</sup> La explicación que realiza Perez Pejcic en este apartado puede encontrarse en: PEREZ PEJCIC, Gonzalo “Materiales para defender los derechos de los animales liminales” en *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, año VII, vol. II, diciembre de 2020, pp. 22-84; PEREZ PEJCIC, Gonzalo, “Animales, plantas, naturaleza y generaciones futuras ¿Quiénes son capaces de tener derechos?”, en PEREZ PEJCIC, Gonzalo (dir.). *Solidaridad entre generaciones. Aportes animalistas y ambientalistas para su estudio*, Didot, 2023 (título tentativo, en prensa); PEREZ PEJCIC, Gonzalo, *Crítica al trato legal que reciben los demás animales*, Tesis de Maestría en Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2019.



a raíz de distintas prácticas humanas. Al mismo tiempo, en algunos casos esas mismas actividades quebrantan intereses de otras clases de animales, como los domesticados. Un ejemplo de lo último se observa en la ya transcrita cláusula segunda del contrato constitutivo de la primera servidumbre ambiental establecida en Argentina. Surge allí que en el predio sirviente se desarrolla ganadería bovina, por lo cual debía compatibilizarse la “conservación del potencial natural del fundo sirviente con una explotación rural que se sujete a pautas de producción sustentable”.

Lo dicho hasta aquí muestra que las servidumbres ambientales o ecológicas se constituyen para beneficiar exclusivamente a los seres humanos. Se establecen, entonces, bajo una *ética antropocéntrica*. Para Micaela Anzoátegui el *antropocentrismo* es una “construcción de sentido, un modo posible de dotar de significado el mundo y habitarlo” y se conforma por narrativas de lo humano que generen ese sentido<sup>23</sup>. Estos relatos (y meta relatos) ubican al ser humano en el centro del mundo y como medida de todo aquello que lo rodea. La razón se debe a que presenta un conjunto de características que, al no estar presentes en otros seres, lo hacen único (ej.: racionalidad, lenguaje, agencia, autonomía, libertad, alma, espíritu, cultura, etc.). Así, la ética antropocéntrica, según Gonzalo Perez Pejicic, se compone de todas las teorías que defienden la relevancia moral de esos rasgos, provocando que sea justificable que solo los intereses humanos sean tenidos en cuenta o al menos que siempre sean satisfechos en primer lugar. Sin embargo, a simple vista parece que las servidumbres ambientales o ecológicas son una herramienta legal para proteger entidades distintas a los miembros de la especie *homo sapiens*, a saber: ecosistemas naturales, atributos ecológicos, bellezas escénicas o paisajes. El punto es por qué entendemos que ellas son objeto de consideración moral y, en consecuencia, de tutela jurídica. El interrogante nos conduce hacia la *ética ambiental*.

Perez Pejicic explica que la ética ambiental se forma con varias corrientes de pensamiento, entre las cuales están el *ambientalismo antropocéntrico* y los *holismos*. La primera asume que el dominio de la naturaleza es inevitable, de ahí que no tenga sentido exigir que se prohíba su alteración en lo más mínimo o que se renuncie a su sometimiento racional. Entonces, la conservación de los elementos del entorno se justifica debido a ser necesario para satisfacer distintos intereses humanos (económicos, científicos, de salud, recreación, calidad de vida, etc.) de las generaciones actuales y, para algunas teorías, los que tendrán las generaciones futuras. Lo afirmado significa que el valor de aquellas partes es instrumental, por eso se las llama “recursos naturales”. En cambio, otras posiciones al interior de la ética ambiental les otorgan trascendencia moral a entidades supraindividuales producto de asumir el holismo filosófico. Así, en principio, estas posturas avalan toda medida que favorezca la preservación

<sup>23</sup> ANZOÁTEGUI, Micaela, “Lo que sea que pase con la biosfera nos pasará con nosotros: una lectura post-antropocéntrica de las generaciones futuras”, en PEREZ PEJICIC, Gonzalo (dir.). *Solidaridad entre generaciones. Aportes animalistas y ambientalistas para su estudio*, Argentina, ediciones Didot, 2023. (título tentativo, en prensa).

(incluido el restablecimiento) de ecosistemas, comunidades bióticas, poblaciones, especies, cuencas o la biosfera, por ser todas moralmente considerables. Por ejemplo, una de las posturas holistas más conocidas es el *ecocentrismo*, cuyo principal objeto de preocupación moral son los ecosistemas, porque serían los que tienen un bien propio que los hacen valiosos por sí mismos. No obstante, al margen de los distintos matices que puedan tener los diferentes holismos ambientales, casi todos se subordinan al antropocentrismo. Es que en última instancia la protección que reciben ecosistemas naturales, grupos biológicos, la biosfera, etc., es en la medida en que nos beneficien y siempre que tal tutela no contradiga nuestros intereses.

Perez Pejic explica que la ética ambiental se forma con varias corrientes de pensamiento, entre las cuales están el *ambientalismo antropocéntrico* y los *holismos*. La primera asume que el dominio de la naturaleza es inevitable, de ahí que no tenga sentido exigir que se prohíba su alteración en lo más mínimo o que se renuncie a su sometimiento racional. Entonces, la conservación de los elementos del entorno se justifica debido a ser necesario para satisfacer distintos intereses humanos (económicos, científicos, de salud, recreación, calidad de vida, etc.) de las generaciones actuales y, para algunas teorías, los que tendrán las generaciones futuras. Lo afirmado significa que el valor de aquellas partes es instrumental, por eso se las llama “recursos naturales”. En cambio, otras posiciones al interior de la ética ambiental les otorgan trascendencia moral a entidades supraindividuales producto de asumir el holismo filosófico. Así, en principio, estas posturas avalan toda medida que favorezca la preservación (incluido el restablecimiento) de ecosistemas, comunidades bióticas, poblaciones, especies, cuencas o la biosfera, por ser todas moralmente considerables. Por ejemplo, una de las posturas holistas más conocidas es el *ecocentrismo*, cuyo principal objeto de preocupación moral son los ecosistemas, porque serían los que tienen un bien propio que los hacen valiosos por sí mismos. No obstante, al margen de los distintos matices que puedan tener los diferentes holismos ambientales, casi todos se subordinan al antropocentrismo. Es que en última instancia la protección que reciben ecosistemas naturales, grupos biológicos, la biosfera, etc., es en la medida en que nos beneficien y que no contradiga nuestros intereses.

Lo expuesto informa por qué algunas definiciones de servidumbre ambiental o ecológica giran en torno al concepto de servicio ambiental que el fundo sirviente le proporciona al predio dominante. A más, la teoría de los servicios ambientales sostiene, en las ya citadas palabras de Julio Penna y Estela Cristeche, que “los *ecosistemas naturales* y las *especies que estos albergan contribuyen a sustentar la vida humana*” (el destacado nos pertenece)<sup>24</sup>. En sintonía, la servidumbre constituida en Ecuador entre la ONG Jatun Sacha y la Fundación Health and Habitat, impedía matar o cazar animales silvestres nativos, *salvo por razones científicas o educativas y sujeto a la condición de que no ponga en*

<sup>24</sup> PENNA y CRISTECHE, *op. cit.*, p. 6.

*peligro la sobrevivencia de una o más especies* de flora o fauna que se hallaren dentro de los terrenos comprendidos. Sin embargo, esto es problemático por varias razones a la luz de la ética animal.

Observa Perez Pejic que la *ética animal* se compone de distintos enfoques que comparten: el rechazo del especismo y la sintiencia, en mayor o menor medida, como rasgo moralmente relevante. A los fines de comprender ambos puntos explica que una entidad para ser objeto de consideración moral primero debe portar intereses básicos (ej.: evitar dolor, no morir, querer placer, libertad). Para esto tendrá que contar con alguna característica que los origine, esa propiedad es la *sintiencia*: la capacidad de tener experiencias subjetivas positivas o negativas<sup>25</sup>. Segundo, también deberá cumplir con algún criterio que justifique el respeto de esos intereses. Este criterio tendrá que ser moralmente relevante, es decir, poseer relación directa con los resultados que se deriven de la decisión que lo involucre. Así, si las consecuencias consisten en que esa entidad reciba un beneficio o un daño, el criterio moralmente relevante es la capacidad de disfrutar o sufrir. Por ejemplo, respetar el interés en no sufrir de alguien descansa en que sufre, y si ese interés es frustrado, entonces, se le estará provocando un daño. La sintiencia, en pocas palabras, permite que el individuo sea capaz de ser *favorecido o perjudicado*. Otros criterios, como la racionalidad, la agencia o el lenguaje, carecen de importancia moral y configuran supuestos de *especismo*: discriminación de un individuo en virtud de la especie a la cual pertenece. A modo ilustrativo, y continuando con el ejemplo anterior, sostener que un ser sintiente necesita las habilidades cognitivas complejas de un ser humano adulto promedio para que su interés en no sufrir sea tenido en cuenta es una exigencia arbitraria, por ende, especista.

Ahora bien, Perez Pejic advierte que resta enfrentarnos a la pregunta relacionada con saber qué seres son sintientes. Sobre el tema enseña que se han propuesto en la literatura experta tres indicadores cuya función es asistirnos a la hora de pensar si tal o cual ser posee experiencias conscientes. Los indicadores en cuestión son la *conducta* (observación y comparación de la respuesta que despliegan distintos animales a estímulos que sabemos que para los humanos son positivos o negativos), la *anatomía/fisiología* (análisis del sistema nervioso de los animales, puesto que esta estructura biológica es la que genera la consciencia) y la *lógica evolutiva* (estudio de la consciencia en tanto instrumento seleccionado en la historia por su utilidad para sortear los distintos obstáculos impuestos por el entorno). Teniendo a la vista los indicadores aludidos se llega

<sup>25</sup> La sintiencia no debe confundirse con el mero hecho de *estar vivo*. Un ser vivo para ser sintiente debe poseer *consciencia*, lo que hace que *tenga una vida*. Esto significa que no todos los seres vivos son sintientes (ej.: las plantas, hongos, microorganismos). A su vez, sintiencia y sensibilidad no son sinónimos. Las plantas, un termómetro y hasta el motor de una máquina son sensibles, por ejemplo, responden al calor o el frío, pero carecen de la consciencia exigida para traducir los estímulos que reciben como experiencias subjetivas. Para un mayor desarrollo, remitimos la bibliografía detallada en la nota 22.

a concluir que *todos los animales vertebrados* poseen la consciencia requerida para decir que son sintientes. Respecto de los invertebrados el tema es más complejo, puesto que hoy en día carecemos de una respuesta que reúna a todas las especies y subespecies. No obstante, existen evidencias de sintiencia en algunos (ej.: moluscos cefalópodos) pero hay otros que directamente no son sintientes (ej.: poríferos). Sin perjuicio, esta dificultad no puede desviar la consideración que deben tener los animales cuya sintiencia ha sido suficientemente demostrada.

Con lo dicho, las servidumbres ambientales o ecológicas fueron hasta el momento diseñadas bajo el antropocentrismo que asumen las corrientes de ética ambiental tratadas. Por ende, incurren en situaciones de especismo al permitir que se trunquen los intereses elementales de los seres sintientes que habitan en los predios (ej.: habilitar su muerte para caza, pesca, experimentación). La sola idea del servicio ambiental que proveen a favor de los humanos da cuenta de lo afirmado.

### 3. ANIMALES COMO SUJETOS DE DERECHOS <sup>26</sup>

Recuerda Perez Pejic que es extensa la bibliografía que gira en torno al interrogante acerca de lo que significa tener un derecho subjetivo. Las posibles respuestas fueron propiciadas por dos grandes familias de teorías: la teoría de la *voluntad* y la del *interés*. Para la primera, el derecho subjetivo es “poder atribuido a una voluntad”, una potestad en donde dentro de ciertos límites domina la voluntad de quien lo titulariza. Esa voluntad se manifiesta en la capacidad de poder elegir entre hacer cumplir o renunciar el derecho que se tiene. Así, para poseer un derecho es *preciso* lucir *capacidades cognitivas complejas* que den lugar al control del deber correlativo. En cambio, para la segunda los derechos son beneficios: la protección normativa de ciertos aspectos que hacen al bienestar de su titular. De esta manera, para tener un derecho es *necesario* contar con *intereses*.

Continúa el nombrado exponiendo que hoy en día parece haber cierto consenso en que la doctrina del interés explica mejor eso a lo que llamamos derecho subjetivo. En especial los derechos más importantes que hay, aquellos que protegen nuestra integridad psicofísica, vida y libertad (ej.: derechos relativos a no ser objeto de propiedad, torturado, asesinado, privado de la libertad, separado de la familia, etc.). Se debe esto a que los derechos sirven para tutelar el bienestar de su titular, dado que lo primordial es proteger sus intereses de las amenazas básicas que puedan presentársele. Por lo tanto, la racionalidad, el intelecto, el tener la facultad de contraer obligaciones o poder responder de los propios actos no son cualidades relevantes a la hora de ser alguien apto para portar derechos

<sup>26</sup> La bibliografía básica utilizada en este apartado es la misma que la detallada en la nota 22.

fundamentales. Si fuera así muchos seres humanos no podrían ostentar esa clase de derechos (ej.: menores o avanzados de edad, personas que no alcanzan refinadas capacidades cognitivas). Lo dicho, asegura Perez Pejic, permite sostener que, si los intereses son la condición de posibilidad de los derechos, entonces ellos se predicán con sentido respecto de los seres con sintiencia. A mayor profundidad, trae a colación las palabras de Silvina Pezzetta, quien expresa que el “valor más importante de los derechos es que sirven de barrera protectora de la vulnerabilidad que nos caracteriza como seres sintientes”<sup>27</sup>. La conclusión no descarta que para tener cierto tipo de derechos y para tomar obligaciones sea forzoso contar con habilidades cognitivas sofisticadas (ej.: pensemos en el derecho al voto, los derechos derivados de un contrato de compraventa, el derecho a testar). Entonces, a la luz de lo dicho, los animales vertebrados y algunos invertebrados, poseen intereses básicos, cumpliendo con la condición para ser portador de derechos subjetivos.

Pero el tema no se agota ahí. Observa Perez Pejic que ahora debemos indagar en qué clase de derechos les debemos a esos seres. Sobre el punto él adhiere a la propuesta formulada por Sue Donaldson y Will Kymlicka en *Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights*<sup>28</sup> (2011). Estos autores canadienses advierten que tradicionalmente la teoría de los derechos de los animales ubicó su atención en los *derechos negativos* (correspondientes con los deberes negativos de no maleficencia y no interferencia) de carácter universal por ser aplicables de forma genérica a todos los que cumplen con el hecho de ser sintientes, descuidando sus *derechos positivos* (enlazados con deberes de hacer). Así, defienden la necesidad de reconocerles a los demás animales derechos positivos de cara a completar y ampliar aquella teoría clásica. La novedad es que esta última clase de derechos no se deben a todos los animales por igual, sino que los distribuyen dependiendo de si los son domesticados, liminales o silvestres, según las clases de relaciones que ellos entablan con nosotros y nuestras comunidades políticas. Esos distintos vínculos tienen relevancia moral y, en consecuencia, originan diversas clases de deberes positivos (en materia de salud, alimentación, cuidado, hospitalidad, socialización, vivienda, movilidad, uso del espacio público, propiedad, etc.) que no estamos constreñidos a cumplir por igual, en virtud de no interactuar con todos aquellos animales de la misma manera. Ahora bien, con el objetivo de ordenar esta trama de interacciones ya existentes e identificar los reclamos legítimos que tendrían ciertos animales hacia nosotros y los tipos específicos de injusticia que les infligimos, Donaldson y Kymlicka emplean las *categorías* de la *teoría de la ciudadanía*: ciudadanos, residentes, soberanos, etc.

<sup>27</sup> PEZZETTA, Silvina, “Derechos fundamentales para los demás animales. Especismo, igualdad y justicia interespecies” en *Lecciones y ensayos*, núm.100, 2018, p. 100.

<sup>28</sup> DONALDSON, Sue y KYMLICKA, Will, *Zoopolis. Una teoría política para los derechos de los animales*, Trad. Silvina Pezzetta, Buenos Aires, Ad Hoc, 2018.

En lo que es de nuestro especial interés, y por razones de brevedad, nos centramos en los animales *silvestres*, los que viven en sus propios hábitats y evitan el contacto con nosotros, manteniendo así en la medida de lo posible una existencia separada e independiente. A pesar de intentar ese distanciamiento, son vulnerables a raíz de tres grandes categorías de impacto negativo: *violencia directa* que se da en los casos de caza, pesca, secuestro para utilización en circos, zoológicos, satisfacer demandas de “mascotas exóticas”, matanza como parte de programas de manejo de la vida silvestre, experimentación, etc.; *perdida de hábitat* producto de la expansión de las comunidades humanas o para la extracción de recursos naturales, privando a los animales silvestres de los medios que requieren para sobrevivir; y *daños secundarios* derivados de las infraestructuras y actividades humanas que imponen riesgos como contaminación, cambio climático, etc.

Donaldson y Kymlicka proponen en relación con este grupo de animales verlos como *ciudadanos de sus propias comunidades* que ejercen *soberanía* sobre sus territorios. Para entender el enfoque ofrecido es preciso recordar que la soberanía no es un premio a comunidades preexistentes que logran alguna clase de cooperación institucional, sino que es un derecho y como todo derecho protege intereses. Así, la soberanía tutela los intereses relacionados con el mantenimiento de formas valiosas de organización social vinculadas a un territorio determinado contra la amenaza de la conquista, la colonización, el desplazamiento y el dominio extranjero. Entonces, el reconocer que una comunidad con base territorial es soberana significa advertir que quienes habitan ese espacio tienen el derecho de estar ahí y la habilidad para armar su vida comunal. Los animales silvestres lucen un interés común en la protección de las regiones territoriales en las que viven de las amenazas externas, porque si bien pueden entablar entre sí relaciones antagónicas (predador-presa) *todos*, en definitiva, *dependen del mismo hábitat*. Por lo tanto, la soberanía acarrea que no tenemos derecho a gobernar a los animales silvestres, ni tomar decisiones unilaterales como si fuéramos sus administradores y/o tutores. Ergo, cuando arribamos a sus territorios no lo hacemos bajo esas figuras, sino como visitantes de tierras extranjeras. Avisan Donaldson y Kymlicka que la idea puede ser considerada como una analogía forzada, pero es posible trazar importantes comparaciones entre las injusticias que padecen los animales silvestres y las que han sufrido (sufren) muchas comunidades humanas, cuya soberanía les es denegada. Las dinámicas en ambos supuestos son similares.

En síntesis, Pérez Pejic asevera que los derechos de los demás animales no se apoyan en ideas extrañas ni exigen “reformas exóticas, curiosas o extravagantes” como un jurista ha sostenido, sino que son coherentes con lo que habitualmente entendemos por derechos subjetivos<sup>29</sup>. A su vez, no alcanza con

<sup>29</sup> El mismo catedrático defiende que los demás animales “sigan siendo objeto de derechos, aunque con un especial tratamiento y protección que estimule el espíritu cívico de todos” y en el marco de ello, entre otras cosas, se pregunta: “¿Qué haríamos con perros personificados? Como no tendrían capacidad de obrar, habría que nombrar un tutor, y graduar en el nombramiento la

reconocerles derechos negativos, sino que se necesita una teoría que abarque derechos positivos. En el caso de los animales silvestres un modelo adecuado para pensar sus derechos es el de la soberanía.

#### 4. SERVIDUMBRES DESDE UN ENFOQUE NO ANTROPOCÉNTRICO Y ANTIESPECISTA

Lo desarrollado en los apartados anteriores nos obliga a repensar las servidumbres ambientales desde una mirada *no antropocéntrica* (que no esté centrada en lo humano) y *antiespecista* (que no distinga arbitrariamente individuos por la especie a la cual pertenecen)<sup>30</sup>. Ella, puntualiza Carlos M. Clerc, exige que los animales silvestres no sean vistos como accesorios de los inmuebles, es decir, objetos unidos a los predios. Suma Perez Pejic que también demanda considerarlos *habitantes* de sus territorios, pues ello supone reconocer su condición de sujetos y, además, porque es el término que emplea la Constitución Nacional al establecer el principio de igualdad (art. 16). Así, las servidumbres bajo este ángulo pueden ser una buena vía legal para alcanzar la propuesta de Donaldson y Kymlicka respecto de aquellos animales. De hecho, como ya hemos visto, una de las utilidades de las actuales servidumbres ambientales es el mantenimiento de los hábitats de especies diversas. El problema es que tal utilidad se liga con fines subordinados en última instancia al antropocentrismo. Lo que estamos defendiendo, por el contrario, es que la utilidad de conservación de los

tutela según la mayor o menor capacidad del animal para celebrar contratos, otorgar testamentos o matricularse en una escuela canina” A más, “¿tendrá el mono araña derecho al honor y a la intimidad familiar? El tití común ¿podrá reivindicar que se le trate, para ser consecuentes con el principio de igualdad, con los mismos derechos que al tití emperador? ¿Se predicará del gorila la libertad ideológica, religiosa y de culto [...]? ¿Habrá libertad de asociación para el babuino? Y por supuesto, ni pregunto ya por la libertad de cátedra del mandril, del macaco o del mono aullador”. (YZQUIERDO, Mariano, “Experiencias hispanoargentinas” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, núm. 104, en prensa). Cabe subrayar que los interrogantes citados no son originales, sino un cliché entre los defensores del antropocentrismo y tienen por fin reducir al absurdo los derechos de los animales. Sin embargo, esta pobre estrategia argumental muestra ausencia de lectura y nula comprensión del tema, puesto que ha sido refutada de manera constante por la literatura especializada (véase a modo ilustrativo: PEZZETTA, Silvina, “Aportes teóricos para la discusión sobre los animales no humanos como sujetos de derecho”, en *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, año IV, vol. II, diciembre del 2017, pp. 16-40; PEZZETTA, “Derechos fundamentales...”, *op. cit.*, pp. 69-104; SÚAREZ, Pablo, “Animales, incapaces y familias multi-especies”, en *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, año IV, vol. II, diciembre del 2017, pp. 58-84; HORTA, Óscar, “La cuestión de la personalidad legal más allá de la especie humana”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 34, México, abril del 2011, pp. 55-83; DONALDSON y KYMLICKA, *op. cit.*; y la bibliografía citada en la nota 22).

<sup>30</sup> En cuanto a la terminología, Perez Pejic ha llamado a las servidumbres que beneficiaban a los animales silvestres como “ecológicas”, puesto que permiten emparentar el término con los ecosistemas donde viven y no por un compromiso ético con el ecocentrismo (PEREZ PEJIC, “Segundo ensayo...”, *op. cit.*, p. 252). Sin embargo, motivado por nuevos pensamientos a raíz del presente trabajo, piensa que debería buscarse un nombre más apropiado que dé cuenta que la servidumbre se constituye para proteger los territorios donde los animales silvestres despliegan sus interacciones.

territorios –proporcionada por las servidumbres– sea un camino jurídico para comenzar a introducir en el ámbito legal la soberanía de los animales silvestres.

Uno de los beneficios de la mencionada utilidad es la satisfacción de la necesidad de movilidad de los animales silvestres que habitan en los predios dominante y sirviente. Chacón observa que todos los animales necesitamos ir de un lugar a otro para subsistir, por ejemplo, los humanos construimos carreteras o senderos para trasladarnos de un sitio a otro y así satisfacer necesidades alimentarias, laborales o de esparcimiento. En el caso de los animales silvestres esos caminos son, entre otros, bosques, sabanas, pampas, ríos, lagunas y constituyen los territorios en donde viven. Algunas especies de animales utilizan dichos lugares “viajando desde un hemisferio a otro, otras entre países, algunas van de una provincia a otra. Sin embargo, *al ir un nivel de detalle más específico, desde el punto de vista legal realmente se mueven de un fundo a otro*. En dichos fundos nacen, se alimentan, se reproducen, crecen y eventualmente morirán” (el destacado nos pertenece) <sup>31</sup>. Significa esto que su supervivencia depende del hecho de poder “continuar visitando, viviendo y alimentándose en los fundos que habitan y en todas las demás propiedades que visitan siguiendo sus patrones de comportamiento periódicos” <sup>32</sup>. Con otras palabras, “la protección del territorio en el cual realizan estas actividades está directamente relacionada con su propia supervivencia. O sea, si el hábitat que ocupan y en el cual se alimentan es destruido, se estará afectando su existencia en dicha propiedad, pero no sólo eso, sino también en las otras propiedades que visitan durante otras épocas del año” <sup>33</sup>.

Chacón bien denuncia que con el desarrollo de los asentamientos urbanos y de las actividades agrícolas, de manera paulatina se fragmentan los territorios donde habitan los animales silvestres. Incluso se eliminan, por ejemplo, cuando se tala completamente un bosque o se cortan partes “dejando otras secciones, que se constituyen prácticamente en ‘islas’ de bosques, sin comunicación entre sí, entre mares de campos agrícolas y desarrollo urbano” <sup>34</sup>. Por este motivo es que cobra importancia la conservación de los lugares donde despliegan sus vidas, mantener las “carreteras existentes” y “desarrollar más carreteras que vengán a unir dichos parches de hábitat natural remanentes” <sup>35</sup>. Es aquí donde juega su rol el derecho real de servidumbre, pues “[a] nivel macro hablamos de caminos o corredores biológicos, mientras que a nivel micro *se trata simplemente de fundos específicos*” (el destacado nos pertenece) <sup>36</sup>. De ahí que el autor subraye que es de vital importancia que cada propietario “en forma voluntaria tome la decisión de limitar el uso de su propiedad, *para el beneficio de otra propiedad*.”

<sup>31</sup> CHACÓN, *op. cit.*, p. 8.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 8.



He allí *el beneficio que brinda un fundo al otro*. Por la conservación del hábitat natural en un bien inmueble se pretende que las especies de vida silvestre que en él habitan se mantengan a través del tiempo e igualmente importante, así también se mantienen en otro predio (el fundo dominante)” (el destacado nos pertenece)<sup>37</sup>.

Nos detenemos en que el autor señala que es *el fundo* el que recibe el beneficio de esta clase de derecho real. El punto nos traslada a una de las clasificaciones más trascendentes de las que son susceptibles las servidumbres:

Servidumbre personal es la constituida en favor de persona determinada sin inherencia al inmueble dominante. Si se constituye a favor de una persona humana se presume vitalicia, si del título no resulta una duración menor.

Servidumbre real es la inherente al inmueble dominante. Se presume perpetua excepto pacto en contrario. La carga de la servidumbre real debe asegurar una ventaja real a la heredad dominante, y la situación de los predios debe permitir el ejercicio de ella sin ser indispensable que se toquen. La servidumbre real considerada activa y pasivamente es inherente al fundo dominante y al fundo sirviente, sigue con ellos a cualquier poder que pasen y no puede ser separada del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometida a gravamen alguno.

En caso de duda, la servidumbre se presume personal (art. 2165, CCCN).

De acuerdo con la norma, la *servidumbre real* es la que procura una ventaja real a la heredad dominante y que es inherente tanto a ella como a la heredad sirviente. Mientras que la *servidumbre personal* es la constituida en miras de las necesidades del titular dominante, sin que ello implique inherencia al inmueble dominante. Se observa que la servidumbre real se caracteriza por procurar una ventaja real a la heredad dominante, por su especial inherencia al fundo dominante y su tendencia a la perpetuidad. Profundizamos cada una de estas características:

(1) La *ventaja real* implica que la utilidad beneficia al fundo dominante con abstracción de quien tenga su propiedad o relación de poder. En otras palabras, toda persona que mantenga una relación jurídica o fáctica con la heredad dominante gozará de los provechos de la servidumbre real (aunque el inmueble se transmita por cualquier causa), porque el provecho es independiente del titular de la heredad dominante. Por ello, Clerc marca que “la ventaja no debe ser subjetiva o limitada a una persona, pues la servidumbre real debe significar una ventaja para el inmueble con prescindencia de su propietario”<sup>38</sup>.

(2) Las servidumbres reales son *inherentes al inmueble dominante*. Pero la afirmación es parcialmente correcta, pues la citada norma, en su segunda parte, dispone que “la servidumbre real considerada activa y pasivamente es inherente

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>38</sup> CLERC, Carlos M., *Derechos reales e intelectuales*, Buenos Aires Hammurabi, 2007, tomo 2, p. 764.

al fundo dominante y al fundo sirviente”. La servidumbre real, entonces, es inherente a los dos fundos, pero sólo la inherencia al fundo dominante constituye una cualidad distintiva, ya que la inherencia al fundo sirviente es un rasgo compartido con las servidumbres personales. Por eso, la inherencia determina que la servidumbre real sea un verdadero derecho real accesorio, pues accede a los fundos que enlaza en calidad de dominante y sirviente<sup>39</sup>. Clerc asevera que la servidumbre real es el único derecho real accesorio en función de la dependencia de la posesión de un inmueble<sup>40</sup>. Ello se vincula también con “el carácter *ambulatorio* de este tipo de servidumbres ya que, por efecto de su inherencia, siguen tanto al fundo dominante como al sirviente, independientemente de cualquier transmisión operada en los predios. En este sentido, las servidumbres reales resultan verdaderos derechos inherentes a la posesión y a la tenencia”<sup>41</sup>. En cuanto a los efectos legales que se derivan de la inherencia, el art. 2165 del CCCN establece que la servidumbre real sigue a las heredades sin importar “a cualquier poder que pasen y no puede ser separada del fundo”.

(3) Respecto a su duración, la servidumbre real se presume *perpetua*, excepto convención en contrario. Como explica Guillermo A. Borda, “tienen una tendencia a la perpetuidad, porque corresponden a una necesidad duradera del fundo dominante y, por consiguiente, a un interés permanente del propietario. Pero es sólo una tendencia; nada impide que en el acto constitutivo se establezca una servidumbre temporaria y tal estipulación es válida”<sup>42</sup>. Por otro lado, Edmundo Gatti advierte que la perpetuidad posee una doble connotación: la ilimitación en el tiempo y la inextinguibilidad por el no uso. Ambos sentidos aparecen en el derecho real de dominio, pero las servidumbres reales “son perpetuas en el primer sentido, por ser ilimitadas en el tiempo, pero no lo son en el segundo sentido, porque también ellas se extinguen por el no uso”<sup>43</sup>. Planiol y Ripert afirman que “[s]olamente las servidumbres son perpetuas de todos los derechos reales producidos por la desmembración de la propiedad. Su perpetuidad se deriva de su condición de accesorios, que los une a la propiedad de un predio; siendo necesarias para su uso, es natural que, como él, sean perpetuas. Sin embargo, esa perpetuidad no es esencial: solamente forma parte de su naturaleza”<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> PEREZ PEJICIC, Gonzalo, “*El derecho real de servidumbre*”, en CLERC Carlos M., *Derechos Reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Erreius, 2019, p. 415.

<sup>40</sup> CLERC, *Teoría General...* *op. cit.*, p. 109.

<sup>41</sup> PEREZ PEJICIC, Gonzalo, “*El derecho real...*”, *op. cit.*, p. 416; El art. 1932 del CCCN en su primera parte dispone que “[e]l poseedor y el tenedor tienen derecho a ejercer las servidumbres reales que corresponden a la cosa que constituye su objeto”.

<sup>42</sup> BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Derechos reales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, tomo II, p. 125.

<sup>43</sup> GATTI, Edmundo, *Propiedad y dominio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 81.

<sup>44</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Los bienes con el concurso de Mauricio Picard*, Habana, editor Juan Buxo, 1930, tomo tercero, p. 746.

Volvemos a lo expresado por Chacón párrafos atrás en cuanto a que es el *fundo* el que recibe los beneficios de la servidumbre ambiental. Con su afirmación, según lo que hemos desarrollado, está dando por sentado el carácter *real* de ese tipo de servidumbre. Sobre el tema se ha dicho que cuando se constituye la servidumbre como real –y sin plazo que la limite en el tiempo– cumple de mejor manera con su función ambiental, pues la protección que brinda perdurará independientemente de quien ostente el poder físico o jurídico de los fundos y de la cantidad de años que transcurran<sup>45</sup>. Ello es coherente con la solución brindada en el laudo arbitral dictado en ocasión de un conflicto relativo a la primera servidumbre ambiental constituida en la Argentina a la que hemos hecho referencia en el primer apartado. Justamente el pleito tuvo lugar porque la adquirente del fundo sirviente interpuso una demanda arbitral contra la “Fundación Neuquén para la Conservación de la Naturaleza” solicitando que se declare la servidumbre *personal* inoponible y extinta. Pero el Tribunal de Arbitraje General señaló que no había duda en que esa servidumbre era *real*, dado que en todo momento se hablaba de fundo dominante y fundo sirviente. Además, agregó que “esta Servidumbre Atípica [...] se rige por el Derecho Privado, pero también por el Derecho Público pues, en el caso de que *esté en juego el Derecho Ambiental, el interés que se resguarda es general y no particular*, es decir que *no se resguarda el derecho del titular dominial del Fundo Sirviente, sino algo más importante, como es el interés público*. En este tipo particular de Servidumbres, el interés público juega un papel primordial” (el destacado nos pertenece)<sup>46</sup>. Debido a ello, los miembros del Tribunal declararon que “la Servidumbre Ambiental que relaciona a los fundos (campos) es de carácter real y, a perpetuidad. Por lo tanto, no se haya extinguida por la transmisión dominial perpetrada y continúa con independencia de la identidad de los titulares dominiales, ya sea del fundo sirviente o del fundo dominante”<sup>47</sup>.

Podemos extender la reflexión precedente para las servidumbres constituidas teniendo en miras los intereses de los animales silvestres. Es que las ventajas que procuran las servidumbres reales otorgan mayores garantías a la hora de conservar el territorio de aquellos seres. Sin embargo, al decir que la servidumbre real “beneficia al fundo” la expresión no es más que una metáfora, puesto que los beneficiarios son los animales que habitan en las heredades dominantes y sirvientes. Lo que se pretende indicar con la mencionada alegoría es que todo ser humano que tenga un contacto físico con alguno de los fundos o un derecho legal sobre ellos, está obligado a respetar la servidumbre. Beatriz Aréan comenta:

Va de suyo que *siempre será una persona la que se beneficiará con la utilidad que brinda la servidumbre*. Lo que sucede es que no interesa quién es ese titular, porque, sea quien fuere, es la relación real o posesoria que tenga con el inmueble dominante lo que le permitirá

<sup>45</sup> PEREZ PEJICIC, “Segundo ensayo...”, *op. cit.*, p. 277.

<sup>46</sup> Disponible en <<https://app.box.com/s/vqs465oeyy8to83ghysq>> (consultado el 11/11/22).

<sup>47</sup> *Ibidem*.

aprovechar las ventajas que confiere la servidumbre. En realidad, en las servidumbres reales, es obvio que no se establece una relación jurídica entre un fundo y otro, ya que tales relaciones sólo se presentan entre personas. El derecho lo tiene el titular del fundo dominante y la carga grava al del fundo sirviente, *pero tanto el derecho como la carga están indisolublemente unidos a ambos predios* <sup>48</sup> (el destacado nos pertenece).

En resumen, las servidumbres con el enfoque no antropocéntrico y anti-especista propuesto se dirigen proteger el interés que en común tienen los animales silvestres a mantener las áreas territoriales que son asiento de las comunidades a las que pertenecen. Introducen así en la órbita legal su derecho a la soberanía. A su vez, permiten satisfacer múltiples necesidades, por ejemplo, facilitando el acceso al agua, alimentos, refugio, interacciones con individuos de igual o diferente especie, abriendo caminos, prohibiendo la tala de árboles, etc. También evitan que ellos puedan ser considerados servicios ambientales a favor de los seres humano (prohibiendo la caza, pesca, etc.).

## CONCLUSIÓN

A modo de cierre, Perez Pejicic piensa que las servidumbres que cumplen con una función no antropocéntrica y antiespecista deben ser *forzosas*, postura a la que adhiere Clerc.

El art. 2166 del CCCN indica que “nadie puede imponer la constitución de una servidumbre, excepto que la ley prevea expresamente la necesidad jurídica de hacerlo, caso en el cual se denomina forzosa”. Así, esta clase de servidumbre es la que surge por voluntad de las partes o del causante, pero en función a una *imposición legal* que exige la existencia de la servidumbre. Se remarca que tal exigencia no importa su constitución de pleno derecho o que su fuente es legal, ya que siempre se requiere de la autonomía de la voluntad para que nazca <sup>49</sup>. Biondo Biondi expresa que “no hay más que obligación legal de constituir una servidumbre ordinaria entre dos fundos que se hallan en la situación prevista por la ley. Una vez constituida por voluntad de las partes [...] la servidumbre no difiere en nada de cualquier servidumbre voluntaria [...]” <sup>50</sup>. Es más, Guillermo L. Allende puntualiza que las servidumbres forzosas son “las que pueden imponerse al titular del fundo sirviente, aun contra su voluntad” <sup>51</sup>. Significa esto

<sup>48</sup> ARÉAN, Beatriz A., *Derechos reales*, 6ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 760.

<sup>49</sup> PEREZ PEJICIC, “*El derecho real...*”, op. cit., p. 422.

<sup>50</sup> BIONDI, Biondo, *Las servidumbres*, traducción de la 2ª edición y anotaciones al derecho civil español común y foral por Juan M. González Porras, Granada, Comares, 2002, p. 1274.

<sup>51</sup> ALLENDE, Guillermo L., *Tratado de las servidumbres*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 374.

último que el titular del inmueble a gravar si se niega a establecer la servidumbre, puede ser condenado a constituirla a través de una sentencia, previo pago de indemnización <sup>52</sup>. Una cuestión clave es que las servidumbres forzosas reconocidas por el CCCN son *reales* (ej.: la servidumbre de tránsito a favor de un inmueble sin comunicación suficiente con la vía pública, la de acueducto cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante, o para la población). Ahora bien, la doctrina no ha explorado, al menos de una manera significativa, la/s razón/es por la cual el legislador elige el carácter real para las servidumbres forzosas. Creemos que el asunto se liga con el/los criterio/s para decir en qué casos existe la necesidad jurídica de constituir la servidumbre: motivos de interés general, utilidad pública, solidaridad social, etc. <sup>53</sup>. De este modo, las servidumbres reales por sus características (tendencia a la perpetuidad e inherencia a los fundos) resguardan de mejor manera aquello que fundamenta la imposición legal de la servidumbre.

En pocas palabras, si la ley impone el establecimiento de las servidumbres con el enfoque propuesto en el presente trabajo –aparte de ser ello coherente con la preferencia por su carácter real– estaría admitiendo la necesidad jurídica de reconocer el derecho de los animales silvestres a estar en sus propios territorios. Un paso más hacia su consideración como *sujetos*.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR SCHRAMM, Alejandra, JIMÉNEZ ROJAS, María S. y CRUZ ÁLVAREZ, Mariela, *Manual de regulaciones jurídicas para la gestión del recurso hídrico en Costa Rica*, Costa Rica, CEDARENA, 2001.
- ALLENDE, Guillermo L., *Tratado de las servidumbres*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- ANZOÁTEGUI, Micaela, “Lo que sea que pase con la biosfera nos pasará con nosotros: una lectura post-antropocéntrica de las generaciones futuras”, en PEREZ PEJIC, Gonzalo (dir.). *Solidaridad entre generaciones. Aportes animalistas y ambientalistas para su estudio*, Argentina, ediciones Didot, 2023 (título tentativo, en prensa).
- ARÉAN, Beatriz A., *Derechos reales*, 6ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.
- \_\_\_\_\_, Glosa al art. 3068, en LLAMBÍAS, JORGE J. y ARÉAN, BEATRIZ A., *Código civil anotado. Doctrina–Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, tomo IV-C, pp. 1924-1929.
- ARRAGA PENIDO, Mario O., “Servidumbres atípicas”, LL-1985-C-200.

<sup>52</sup> ARÉAN, Beatriz A., Glosa al art. 3068, en LLAMBÍAS, Jorge J. y ARÉAN, Beatriz A., *Código civil anotado. Doctrina–Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, tomo IV-C, p. 1925.

<sup>53</sup> BIONDI, op. cit., p. 1337; SALVAT, op. cit., p. 562; BORDA, op. cit., p. 188.

- BIONDI, Biondo, *Las servidumbres*, traducción de la 2ª edición y anotaciones al derecho civil español común y foral por Juan M. González Porras, Granada, Comares, 2002.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Derechos reales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II, 1978.
- CHACÓN, Carlos M., *Las disposiciones legales costarricenses sobre las servidumbres ecológicas*, Costa Rica, Cedarena Conservación de Tierras, 2002.
- CABEZA GALINDO, Isabel, *El derecho real de conservación y sus desafíos. Aplicación en Chile, en especial al sector eléctrico y minero*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales desarrollada en el marco del proyecto FONDECYT de Iniciación: “Instrumentos para la elaboración de una política energética sustentable”, Chile, 2014.
- CAPELLA, José L., CERDÁN, Miriam y SOLANO, Pedro, *Manual de instrumentos legales para la conservación privada en el Perú*, Perú, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2007.
- CASTELLI, Luis, PÉREZ CASTELLÓN, Ariel y RECIO, María E. (colab.), *Conservación de la naturaleza en tierras de propiedad privada*, Buenos Aires, Arca, Farn, 2001.
- CASTRO FIGUEROA, Sebastián, *La servidumbre ambiental o ecológica en el sistema jurídico ecuatoriano*, Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Facultad de Derecho, Universidad de las Américas, Ecuador, 2015.
- CLERC, Carlos M., *Derechos reales e intelectuales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- \_\_\_\_\_, *Teoría General de los Derechos Reales*, Argentina, Erreius, 2021.
- DONALDSON, Sue y KYMLICKA, Will, *Zoopolis. Una teoría política para los derechos de los animales*, Trad. Silvina PEZZETTA, Buenos Aires, Ad Hoc, 2018.
- GATTI, Edmundo, *Propiedad y dominio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- HORTA, Óscar, “La cuestión de la personalidad legal más allá de la especie humana”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 34, México, abril del 2011, pp. 55-83.
- LASAGNA, Lidia. D., “El derecho real de servidumbre: una estrategia que contribuye a preservar el medioambiente” en *Revista de la Facultad*. Universidad Nacional de Córdoba, vol. VII, núm. 2, Córdoba, 2016, pp. 147 –161.
- PENNA, Julio y CRISTECHE, Estela, *La valoración de servicios ambientales: diferentes paradigmas*, Buenos Aires, Publicaciones Nacionales Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria, 2008.
- PEPE, Marcelo A. y MENDIZÁBAL, Gonzalo A., “El orden público y la rigidez o flexibilidad en los derechos reales”, LL, 2009-D-871.

- PEREZ PEJICIC, Gonzalo, “El derecho real de servidumbre”, en CLERC CARLOS M., *Derechos Reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Erreius, 2019, pp. 407-458.
- \_\_\_\_\_, “Segundo ensayo sobre la función ecológica de la propiedad”, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.R. y PEREZ PEJICIC, Gonzalo (dirs.), *Derechos de incidencia colectiva. Estudios desde el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Aldina editorial, 2018, pp. 215-292.
- \_\_\_\_\_, *Crítica al trato legal que reciben los demás animales*, Tesis de Maestría en Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2019.
- \_\_\_\_\_, “Materiales para defender los derechos de los animales liminales” en *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, año VII, Vol. II, diciembre de 2020, pp. 22-84.
- \_\_\_\_\_, “Animales, plantas, naturaleza y generaciones futuras ¿Quiénes son capaces de tener derechos?”, en PEREZ PEJICIC, Gonzalo (dir.). *Solidaridad entre generaciones. Aportes animalistas y ambientalistas para su estudio*, Argentina, ediciones Didot, 2023 (título tentativo, en prensa).
- PEZZETTA, Silvina, “Aportes teóricos para la discusión sobre los animales no humanos como sujetos de derecho” en *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, año IV, vol. II, diciembre del 2017, pp. 16-40.
- \_\_\_\_\_, “Derechos fundamentales para los demás animales. Especismo, igualdad y justicia interespecies” en *Lecciones y ensayos*, núm. 100, 2018, pp. 69-104.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Los bienes con el concurso de Mauricio Picard, Habana, editor Juan Buxo, 1930, tomo tercero.
- PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Biodiversidad y propiedad”, en *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 47, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, julio-septiembre de 2016, pp. 87 – 109.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos Reales*, cuarta edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Manuel J. Argañaraz, Buenos Aires, TEA, 1959, tomo III.
- SIBILEAU, Agnés y DEVIA, Leila, “Libro Cuarto, Título XI: La servidumbre”, en Devia, Leila (dir.), Sibileau, Agnés (coord.) y Ulloa, María C. (ed.), *Avances del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en los Aspectos Ambientales*, Buenos Aires, Albremática, 2015, pp.215-226.
- SÚAREZ, Pablo, “Animales, incapaces y familias multi-especies” en *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, año IV, vol. II, diciembre del 2017, pp. 58-84.
- YZQUIERDO, Mariano, “Experiencias hispanoargentinas” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, núm. 104 (en prensa).





# SOBRE LA (DISCUTIDA) RELEVANCIA DE LOS IMPEDIMENTOS DE HECHO EN EL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN. LA EXPERIENCIA ITALIANA EN EL DERECHO DE DAÑOS \*

Por STEFANO TROIANO \*

## Resumen

*El artículo investiga la relevancia de los impedimentos de hecho para la prescripción en el Derecho italiano actual, con especial atención al derecho a la indemnización por daños y perjuicios y a la relevancia del conocimiento o la cognoscibilidad por la víctima de las premisas del ilícito. En este contexto, se examina críticamente la orientación jurisprudencial más reciente que admite tal relevancia, en contraste, sin embargo, con la lectura tradicional de la prescripción como fundada en la necesidad de seguridad de las relaciones jurídicas.*

*El artículo trata sobre la influencia de los hechos en el curso de la prescripción en el derecho italiano, con especial atención a la acción de daños y considerando particularmente el conocimiento por parte de la víctima de los elementos constitutivos del ilícito. En este contexto, se examina críticamente la orientación jurisprudencial más reciente que admite tal relevancia, en oposición a la lectura tradicional que privilegia la prescripción para favorecer la seguridad jurídica.*

## Palabras claves

*Derecho civil italiano, Inicio de la prescripción, Derecho de daños, Impedimentos de hecho.*

\* Una versión ampliada de este ensayo fue publicada originalmente en italiano en la Revista Ephemeres Iuris Canonici, 62 (2022) n. 1, p. 19 y ss. Esta publicación se realiza con la amable autorización del autor.

\*\* Profesor titular de Derecho privado de la Universidad de Verona, Italia, y Director (Decano) del Departamento de Ciencias Jurídicas de la misma universidad.

## THE (DEBATED) RELEVANCE OF FACTUAL IMPEDIMENTS TO THE RUNNING OF THE STATUTE OF LIMITATIONS IN ITALIAN TORT LAW

### Abstract

*The article investigates the relevance of de facto impediments to the running of the statute of limitations in current Italian law, with specific regard to the right to compensation for damages and the relevance of the victim's knowledge or cognizability of the premises of the tort. In this context, it critically examines the most recent jurisprudential orientation that admits such a relevance, in contrast, however, with the traditional reading of the statute of limitations as founded on the need for certainty of legal relations.*

### Keywords

*Italian private law, running of statute of limitations, starting point, right to compensation for damages, factual impediments*

## INTRODUCCIÓN

Según la lectura tradicional de las normas que perfilan la prescripción en el Derecho italiano, la necesidad de seguridad jurídica que subyace en ellas exige que se asuma que el transcurso del plazo de prescripción, en general y específicamente en lo que se refiere al derecho a la indemnización de los daños causados por un acto ilícito, no se vea obstaculizado por meros impedimentos fácticos, como el desconocimiento de la situación jurídica por parte del titular, al ejercicio del derecho.

Sin embargo, una evolución jurisprudencial que puede ya considerarse consolidada, sensible a la necesidad de protección efectiva del interés del titular, cuestiona esta postura en materia de indemnización de daños y perjuicios, y con especial referencia a los daños personales caracterizados por una larga latencia en el tiempo.

El dato normativo no inequívoco, sobre el que nos detendremos en primer lugar, ha contribuido ciertamente a este desarrollo hermenéutico.

### 1. EL *DIES A QUO* DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO

#### *1.1. La lectura restrictiva tradicional*

La base normativa de esta interpretación evolutiva está marcada por las sendas disposiciones contenidas, respectivamente, en los arts. 2935 y 2947, apartado 1, del Código Civil italiano.

La primera, al establecer que el plazo de prescripción corre a partir del día en que el derecho “puede hacerse valer”, y al excluir por tanto dicho plazo mientras exista un impedimento (cuya naturaleza la norma no precisa) para el ejercicio del derecho, parece enunciar un principio general, evocando la máxima *contra non valentem agere non currit prescriptio*<sup>1</sup>. El segundo establece, en cambio, en lo que se refiere exclusivamente al derecho a la indemnización de los daños derivados de un acto ilícito, que éste “prescribe en cinco años a partir del día en que se produjo el hecho” (“*il fatto*”).

El art. 2935 del Código Civil parece ser una norma de carácter general, tanto porque se aplica, al menos potencialmente, a todas las situaciones jurídicas subjetivas, sean relativas o reales<sup>2</sup>, como porque se refiere a un concepto indefinido, el de la “posibilidad” de hacer valer el derecho<sup>3</sup>. Precisamente por su indefinición, se prestaría, en abstracto, a interpretaciones que pudieran atribuir relevancia a efectos de la preclusión del plazo de prescripción a cualquier impedimento, ya sea de carácter jurídico o meramente fáctico. El segundo precepto, en cambio, parece ser claro al restringir el ámbito de los hechos relevantes para el inicio del cómputo del plazo de prescripción exclusivamente a la realización objetiva del hecho ilícito, excluyendo implícitamente que el inicio del plazo de prescripción pueda hacerse depender de hechos distintos a éste, que operen en el plano fáctico o jurídico. Desde esta perspectiva, dado que no puede decirse que la “*fattispecie*” del hecho ilícito sea perfecta hasta que se produzca el daño (habiéndose cumplido todos los demás requisitos), en última instancia solo debe vincularse a ese último momento el inicio del cómputo del plazo de prescripción<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> En cuanto a la validez de tal máxima en el ordenamiento jurídico italiano, véanse, sin embargo, las dudas de AZZARITI, Gaetano, y SCARPELLO, Gaetano, “Prescrizione e decadenza”, en *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, VI, *Tutela dei diritti*, art. 2910-2969, 2ª ed., Bologna-Roma, Zanichelli editore-II Foro italiano, 1977, p. 222, que la critican partiendo de la idea –que se discutirá enseguida– de que a efectos del inicio del plazo de prescripción el ordenamiento jurídico italiano asigna relevancia solo a los obstáculos jurídicos al ejercicio del derecho, frente a la irrelevancia de los meramente fácticos. Para más información, véase TESCARO, Mauro, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità. La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, Padova, CEDAM, 2006, *passim*; ID., “La rilevanza civilistica del principio *contra non valentem agere non currit praescriptio*”, en *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 253 y ss.

<sup>2</sup> Véase MURGO, Caterina, *Prescrizione dell'illecito contrattuale ed extracontrattuale*, en NAVARRETTA, Emanuela (ed.), *Codice della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 3049 y ss., y GUARNERI, Attilio, “L'*exordium praescriptionis*”, en *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 1135, quien critica la opción legislativa de no hacer distinciones entre situaciones objetivamente diferentes.

<sup>3</sup> MURGO, Caterina, *op. cit.*, p. 3050, señala a este respecto cómo las múltiples dificultades interpretativas y aplicativas que surgen al razonar sobre el *dies a quo* de la prescripción se generan precisamente por las “insuficiencias, al menos aparentes” de la norma.

<sup>4</sup> Como se reiterará en breve, esta solución parece coherente con la idea de que la posibilidad de hacer valer el derecho relevante a efectos del cómputo del plazo de prescripción es únicamente la legal: el acaecimiento del daño marca el momento en que la “*fattispecie*” de indemnización prevista por la norma se perfecciona, y con ella el derecho a la indemnización, con la consecuencia de que hasta ese momento el derecho a la indemnización no es jurídicamente ejercitable ya que ni si-

Sin embargo, el dúctil alcance del principio consagrado en el art. 2935 del Código Civil se ha visto reducido en gran medida, desde su entrada en vigor, por una interpretación restrictiva generalizada, que ha encontrado apoyo en la lectura predominante de la prescripción como dirigida a proteger el interés público en la certeza y estabilidad de las situaciones jurídicas <sup>5</sup>. Según esta lectura, tal justificación de la institución <sup>6</sup> exige restringir el ámbito de los hechos que pueden impedir el inicio del cómputo del plazo de prescripción a aquellos que solo representan un impedimento legal para el ejercicio del derecho, como la pendencia de una condición suspensiva o de un plazo inicial de eficacia <sup>7</sup>. Por tanto, la posibilidad a la que se referiría el art. 2935 del Código Civil sería,

quiera ha llegado a existir, mientras que después de ese momento el derecho ha nacido surgido y es, en términos jurídicos, plenamente ejercitable, sin que ningún impedimento posterior (como el desconocimiento de la existencia del derecho por parte del perjudicado) pueda adquirir importancia.

<sup>5</sup> Recordando el pensamiento magistral de Irti (IRTI, Natalino, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016), BARELA, Maria, “Danno lungolatente, *dies a quo* della prescrizione e “abuso” nell’illecito antitrust”, en *Danno e responsabilità*, 2020, p. 613 ss, p. 615, observa que “de la necesidad de certeza surge la figura de la prescripción, hija de la búsqueda de estabilidad y previsibilidad en el desarrollo de las relaciones jurídicas; necesidad que, de manera general, está efectivamente en el origen del derecho e impregna su función”. La referencia a la prescripción como instrumento para “poner fin a la incertidumbre de los derechos, consolidando con el paso del tiempo un estado de hecho contrario a la ley y haciéndolo él mismo legal” se encuentra ya en CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, Jovene, rist. 1980, p. 53 y ss., 61 y ss.

<sup>6</sup> PATTI, Salvatore, “Certeza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, p. 24, se refiere al sacrificio de las exigencias de justicia “impuestas” por las exigencias de certeza, precisamente en relación con la lectura prevaleciente del art. 2935 del Código Civil que solo da importancia a los impedimentos de carácter legal a los efectos del no inicio de la prescripción.

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, Corte de Casación, 28 de enero de 2004, n° 1547: “si es *ius receptum* que la *ratio* esencial de la prescripción debe encontrarse en la necesidad de certeza de las relaciones jurídicas, (...) la pretensión de hacer correr la prescripción no desde la fecha, cierta, en que se produjo el hecho dañoso, sino desde el momento, distinto y absolutamente incierto, en que el perjudicado pudo tener conocimiento del daño y de su derecho a hacerlo valer, contrasta irremediabilmente con esta necesidad”, de modo que “tanto en la hipótesis de la responsabilidad contractual como en la de la responsabilidad aquiliana, el derecho a la indemnización del daño empieza a correr siempre desde el día en que se produjo el incumplimiento o se cometió la conducta ilícita, aunque el acreedor lo haya descubierto, sin culpa alguna, en un momento posterior”. Véase también Corte de Casación, 10 de septiembre de 2007, n° 19012: “La disposición del art. 2935 del Código Civil (...) se refiere únicamente a la posibilidad legal de hacer valer el derecho en sí, es decir, a las causas generales de impedimento del ejercicio de un derecho, como una condición suspensiva aún no cumplida o un plazo aún no vencido. La imposibilidad fáctica de actuar en la que se encuentra el titular del derecho en caso de incertidumbre en la identificación del deudor no impide, por tanto, el transcurso del plazo de prescripción, en razón también de la protección del principio de certeza de las relaciones jurídicas”. Véanse, además, entre otras, Corte de Casación, 22 de junio de 1990, n° 6278; Corte de Casación, 28 de julio de 2004, n° 14249; Corte de Casación, 22 de junio de 2007, n° 14576; Corte de Casación, 7 de septiembre de 2017, n° 20907; Corte de Casación, 31 de julio de 2019, n° 20642. En la doctrina, véase VITUCCI, Paolo, “Le “disposizioni generali” sulla prescrizione”, en ROSELLI, Federico, y P. VITUCCI, Paolo, *La prescrizione e la decadenza, Trattato Rescigno*, 20, *Tutela dei diritti*, II, 2ª ed., Torino, 1998, p. 497.

únicamente, la posibilidad legal de ejercer el derecho, como también apoya la *Relazione al Re* (Informe al Rey) <sup>8</sup>.

Irrelevante sería, en particular, el desconocimiento por parte del titular de la existencia de la posición del derecho, o de sus hechos generadores o, también, de la identidad del sujeto pasivo sobre el que recaería <sup>9</sup>. El desconocimiento por parte del titular de la existencia de su derecho solo sería relevante en aquellos casos en los que la ley haga correr expresamente el plazo de prescripción del derecho desde el momento del conocimiento o la cognoscibilidad por parte del titular <sup>10</sup>, que deben considerarse, no obstante, como casos excepcionales y taxativos de relevancia de causas de imposibilidad fáctica <sup>11</sup>.

Sobre la base de una lectura de este tipo del art. 2935 del Código Civil, incluso la disposición específica relativa a la responsabilidad civil contenida en el art. 2947 del mismo Código se ha interpretado en sentido restrictivo, es decir, como una aplicación especial de la norma general, así también, inspirada en la necesidad de excluir la relevancia, a efectos del inicio del plazo de prescripción del derecho a la indemnización, de los obstáculos de mero hecho a su ejercicio <sup>12</sup>. El art. 2947 del Código Civil pondría una norma, por tanto, que, en consonancia con esta necesidad, se ocupa de seleccionar, de entre los muchos

<sup>8</sup> *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, n° 1198. En la doctrina véanse DE CUPIS, Adriano, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, Giuffrè, 1979, p. 277 y ss., GALLO, Paolo, “Prescrizione e decadenza”, en *Digesto Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Aggiornamento*, VIII, Torino, UTET, 2013, p. 511, observa cómo con el art. 2935 del Código Civil el legislador de 1942 había pretendido poner fin a las controversias que agitaban la doctrina bajo el código del Reino de Italia de 1865 (que guardaba silencio sobre el punto del *exordium praescriptionis*), adhiriéndose a la llamada teoría de la realización, en lugar de la teoría de la lesión, es decir, optando por hacer que el plazo de prescripción no comience a correr desde el momento en que se infringe el derecho, sino desde el momento en que el titular puede actuar para protegerlo. El autor recuerda también cómo el antiguo código no preveía, por el contrario, nada al respecto, lo que había alimentado un importante debate en la doctrina.

<sup>9</sup> Véanse, *ex multis*, AZZARITI, Gaetano, y G. SCARPELLO, Gaetano, “Prescrizione e decadenza”, cit., p. 221, GRASSO, Biagio, “Prescrizione”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 66, D’AVANZO, Walter, “Della prescrizione”, en *Commentario D’Amelio, Libro della Tutela dei Diritti*, Firenze, 1943, p. 954. Para una visión actualizada de las opiniones sobre el tema, véase BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile, 7, Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 566 y GUARNERI, Attilio, *op. cit.*, p. 1137.

<sup>10</sup> Un ejemplo emblemático es la sentencia de la Corte de Casación de 18 de septiembre de 2007, n° 19355, según la cual la imposibilidad de hacer valer el derecho correspondiente en virtud del art. 2935 del código civil “es solo la que deriva de causas legales que obstaculizan el ejercicio del derecho y no incluye también los impedimentos subjetivos o de mero hecho, como la ignorancia por parte del interesado de la etiología de la enfermedad y, por tanto, de su conexión con el entorno laboral”. En el mismo sentido, véase Corte de Casación, 8 de julio de 2009, n° 15991, Corte de Casación, 22 de junio de 2007, n° 14576 y la citada Corte de Casación, 28 de enero de 2004, n° 1547.

<sup>11</sup> Véase Corte de Casación, 22 de junio de 1990, n° 6278.

<sup>12</sup> De una simple aplicación del art. 2935 del Código Civil a un asunto concreto habla VITUCCI, Paolo, “La prescrizione”, en *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, t. I, Milano, Giuffrè, 1990, p. 95.

acontecimientos posibles de los que depende la posibilidad jurídica de ejercer el derecho, un único acontecimiento útil para marcar el *dies a quo* de la prescripción del derecho a la indemnización por daños y perjuicios, identificado en la realización del hecho ilícito, que debe entenderse, según una orientación ya consolidada <sup>13</sup>, como incluyente el acaecimiento del daño <sup>14</sup>, que es el momento a partir del cual – indudablemente – nace el derecho <sup>15</sup>. Es decir, la posibilidad jurídica de hacer valer el derecho se cristaliza, por esta norma, en el momento de su aparición en la esfera jurídica del perjudicado <sup>16</sup>, lo que hace irrelevante (salvo en los límites estrictos de los arts. 2941 y 2942 del Código Civil) el desconocimiento del hecho respecto a la existencia del derecho.

### 1.2. La crítica a la lectura tradicional

Posteriormente, sin embargo, se ha cuestionado la validez de este planteamiento, bien criticando la premisa básica (es decir, la propia finalidad de la prescripción como exigencia, de relevancia pública, de seguridad de las relaciones jurídicas) <sup>17</sup>, bien planteando la hipótesis de que la estabilidad de las situaciones

<sup>13</sup> En efecto, según un planteamiento ya consolidado en la jurisprudencia, la referencia al “hecho” contenida en el art. 2947 del Código Civil se refiere al hecho ilícito en cuanto caso generador (en virtud del art. 2043 del código civil) del derecho a la indemnización por daños y perjuicios, lo que exige la plenitud de todos los elementos constitutivos del hecho ilícito: no basta, pues, con la conducta lesiva, sino que es necesario que, además, se produzca el acontecimiento provocado por ella y las consecuencias dañosas que le son imputables (véase ya Corte de Casación, n° 3245 de 27 de noviembre de 1973). En cuanto a la doctrina, véase DEL SIGNORE, Giovanni, *Contributo alla teoria della prescrizione*, Padua, CEDAM, 2004, p. 53 y ss. De manera diferente, pero con una interpretación que no parece haber tenido éxito, ver: MONATERI, Pier Giuseppe, “*Le fonti delle obbligazioni*, 3, *La responsabilità civile*”, en *Trattato Sacco*, Torino, UTET, 1998, p. 375, “la ley no dice daño, sino (...) hecho” y “el daño no forma parte de la noción de hecho ilícito”, con la consecuencia de que “el plazo de prescripción no empieza a correr desde el momento en que se produce el daño, ni mucho menos desde el momento en que el daño se manifiesta a la víctima, sino desde el día en que se realizó la acción u omisión de la que surgió el daño”.

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, Corte de Casación, 10 de junio de 1999, n° 5701 (“El plazo de prescripción del derecho a la indemnización por daños y perjuicios comienza a correr desde el día en que se produjo el daño, y no desde el día en que se realizó el acto ilícito, a menos que el hecho dañoso sea una consecuencia inmediata del acto ilícito”); Corte de Casación, 13 de enero de 2003, n° 311 (“El punto de partida del plazo de prescripción del derecho a la indemnización por daños y perjuicios ha de identificarse en aquel en que, como consecuencia de la conducta de otros, se produce la lesión concreta [y no potencial] en la esfera jurídica del perjudicado”); en el mismo sentido ya Corte de Casación, 4 de enero de 1993, n° 13, y Corte de Casación, 24 de marzo de 1979, n° 1416.

<sup>15</sup> Hay que tener en cuenta que el momento en que se produce el daño (o se manifiesta en términos objetivos) también puede ser muy posterior al momento en que se produjo la conducta ilícita. Junto a los casos de daños instantáneos existen, y son bastante frecuentes y significativamente importantes, los casos de daños con un inicio o comienzo retardado, sobre los que nos detendremos en breve.

<sup>16</sup> Cf. IANACCONE, Attilio, “Art. 2947”, en VITUCCI, Paolo (ed.), *La prescrizione*, II, *Commentario Schlesinger*, artt. 2941-2963, Milano, 1999, p. 173.

<sup>17</sup> Véase TESCARO, Mauro, *op. cit.* (2006), p. 82 y ss., para quién el fundamento de la prescripción se encuentra no en exigencias genéricas de seguridad jurídica, sino en la necesidad

jurídicas debe conciliarse con otras exigencias, como, en primer lugar, la de proteger la posición del legitimado <sup>18</sup>, que sería sacrificada injustificadamente por el cierre tradicional hacia una relevancia general de los impedimentos de hecho. Se subraya que particularmente en algunos ámbitos, como el de los daños personales, caracterizados a menudo por la larga latencia del daño, que de hecho no es perceptible para la víctima durante mucho tiempo, el anclaje del *dies a quo* al momento de la ocurrencia del daño (naturalmente entendido), con la exclusión de la relevancia del conocimiento o conciencia concreta del mismo por parte de la víctima, imposibilita sustancialmente que ésta pueda ejercer su derecho en cualquier momento <sup>19</sup>, del que se ve de hecho privada.

Por otro lado, se ha señalado que las citadas hipótesis de situaciones jurídicas respecto de las cuales el ordenamiento jurídico adopta expresamente una regla de inicio del plazo de prescripción que vincula el *dies a quo* a circunstancias que constituyen impedimentos de hecho <sup>20</sup>, constituyen un número discreto de casos ya en el código civil, pero sobre todo han ido en constante aumento en las décadas siguientes, extendiéndose, especialmente en los tiempos más recientes, en los más diversos sectores del derecho privado. En tal contexto, parece cada vez menos justificado relegar tales hipótesis a una lista excepcional y taxativa y en cambio sería oportuno reconocer un principio más amplio <sup>21</sup>, como tal apto para iluminar con un sentido diferente la disposición sancionada en el art. 2935 del Código Civil, así como la del art. 2947 del Código Civil relativa al derecho a la indemnización por daños y perjuicios en materia extracontractual.

de una ponderación equilibrada de los intereses privados contrapuestos en el caso, teniendo en cuenta, por tanto, también el interés del titular del derecho amenazado de extinción. En este sentido, ANZANI, Gaetano, “L’irragionevole diversità dei termini prescrizionali nelle due specie di responsabilità civile”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 1361, observa que “el inicio del plazo prescriptivo desde el hecho en sentido material (...) no es un dogma inspirado en el orden público en función de la certeza de las relaciones jurídicas”. En consonancia con esta línea de pensamiento son las afirmaciones de Corte de Casación, 18 de enero de 2011, n° 1084, que consideró “inevitable dar la razón a los autores que –a pesar de la referencia explícita contenida en el Informe al código y de la autoría de la doctrina contraria alineada en defensa del carácter público de la institución– han captado con realismo, en la prescripción, fines más pragmáticos de protección de un interés sustancialmente privado, es decir, por un lado, del sujeto pasivo de una relación jurídica para considerarse libre de coacciones como consecuencia del transcurso del “tiempo establecido por la ley”, por otro lado, del sujeto activo portador de un derecho incompresible para impedir que se realice el efecto extintivo mediante una declaración/manifestación de voluntad inequívoca (cualquiera que sea) que demuestre la intención de ejercer su derecho”.

<sup>18</sup> Sobre la necesidad de realizar esta ponderación, véase de nuevo TESCARO, Mauro, *op. cit.* (2006), p. 82 y ss., quien, sin embargo, opina que solo una amplia reforma legislativa de la prescripción puede asumir tal ponderación, que debería referirse armónicamente a todas las situaciones jurídicas subjetivas, y no solo al derecho a la indemnización del daño (personal).

<sup>19</sup> MURGO, Caterina, *op. cit.*, p. 3058.

<sup>20</sup> Las recuerda, en particular, DELLE MONACHE, Stefano, “Profili dell’attuale normativa del codice civile tedesco in tema di prescrizione”, en *Rivista di diritto civile*, 2003, p. 190, nt. 55.

<sup>21</sup> ANZANI, Gaetano, *op. cit.*, p. 1368.

Entre los supuestos previstos en el Código Civil se encuentra, en particular, la acción de repudio de la paternidad, en cuya disciplina (también reformada en 2013) se reserva un amplio espacio al conocimiento por parte del legitimado del hecho del que deriva su interés en ejercer la acción (art. 244, apartados 2 y 3, Código Civil); la acción de impugnación de testamento por vicio del mismo, cuyo plazo de prescripción de cinco años no se cuenta desde la fecha de publicación, sino desde el día en que el demandante tuvo conocimiento del error, el fraude o la violencia (art. 624, apartado 3, Código Civil); la acción de anulación de un contrato por vicio del consentimiento, en la que el plazo de prescripción se cuenta a partir del día en que cesó la violencia o se descubrió el error o el fraude (art. 1442 del Código Civil) y la acción de revocación de una donación por ingratitud, que prescribe a partir del día en que el donante tuvo conocimiento del hecho que permite la revocación (art. 802 del Código Civil).

A éstas se sumaron posteriormente otras disposiciones importantes, como, por ejemplo <sup>22</sup>, la indemnización por daños y perjuicios dependientes de accidentes nucleares <sup>23</sup>; los daños y perjuicios derivados de una violación del derecho de la competencia <sup>24</sup> (sobre la jurisprudencia nacional desarrollada sobre las normas antes de la transposición, véase el apartado 7 más abajo) o, también, a la respon-

<sup>22</sup> Para un estudio más detallado, véase, de nuevo, ANZANI, Gaetano, *op. cit.*, p. 1369 ss.

<sup>23</sup> En particular, el art. 23, apartados 1 y 2, de la *Legge* n° 1860 de 31 de diciembre de 1962, modificada por el *Decreto del Presidente della Repubblica* n° 519 de 10 de mayo de 1975 y, más recientemente, por la *Legge* n° 97 de 23 de julio de 2020, preveía, antes de esta última reforma, que (apartado 1) “las acciones de indemnización por daños a los bienes y a las personas causados por accidentes nucleares prescribirán en el plazo de tres años a partir del día en que el perjudicado tuvo o debió razonablemente tener conocimiento de los daños y de la identidad del explotador responsable”, sin perjuicio de que la acción no pueda ejercitarse después de diez años (apartado 2). Con la reforma, el primero de los dos términos pasó a ser un plazo de “*decadenza*” (caducidad, institución del Derecho italiano similar a la prescripción, pero regulada de forma parcialmente diferente), pero que sigue corriendo desde el conocimiento o la conciencia del hecho relevante (apartado 1: “las acciones de indemnización por daños nucleares dependientes de accidentes nucleares deben ejercitarse en el plazo de tres años a partir del momento en que la persona perjudicada tuvo o debió razonablemente tener conocimiento de los daños nucleares y del operador responsable”), mientras que el segundo plazo, ampliado a treinta años, fue calificado como “prescripción” (véase el actual apartado 2).

<sup>24</sup> De conformidad con el art. 8, el *Decreto legislativo* n° 3 de 9 de enero de 2017, el plazo de prescripción de cinco años para el derecho a la indemnización por daños y perjuicios derivada de una infracción del derecho de la competencia “no comenzará a correr antes de que la infracción del derecho de la competencia haya cesado y antes de que el demandante tenga conocimiento, o pueda presumirse razonablemente que tiene conocimiento, de todo lo siguiente: a) la conducta y el hecho de que dicha conducta constituye una infracción del derecho de la competencia; b) el hecho de que la infracción del derecho de la competencia le ha causado un perjuicio; c) la identidad del infractor”. El apartado también establece que “el plazo de prescripción se suspenderá cuando la autoridad de la competencia inicie una investigación o indagación sobre la infracción del derecho de la competencia a la que se refiere la acción por daños y perjuicios”. La suspensión continuará durante un periodo de un año después de que la decisión sobre la infracción del derecho de la competencia sea definitiva o después de que el procedimiento se haya cerrado de otro modo”.



sabilidad por productos defectuosos <sup>25</sup> o folletos informativos <sup>26</sup>. Una situación diferente se plantea, pero con una formulación legal que también podría tener por objeto no tanto precisar una norma general como apartarse de ella, la disciplina relativa a la indemnización por daños y perjuicios por no transposición de las directivas de la UE, contenida en la Ley de 12 de noviembre de 2011 n° 183 <sup>27</sup>.

## 2. LA EVOLUCIÓN DEL ÁMBITO EUROPEO PARA LA PRESCRIPCIÓN

Los impulsos de la evolución en el ámbito europeo también han contribuido a reforzar la tendencia a reconocer una mayor flexibilidad en la propia institución de la prescripción.

En este sentido, resultan especialmente interesantes las reformas que han tenido lugar en Alemania y Francia en las dos últimas décadas, así como algunos de los proyectos académicos dedicados, en el mismo periodo de tiempo, a la normalización del Derecho privado europeo, con especial atención, aunque solo sea por la mayor resonancia que ha tenido, al Proyecto de Marco Común

<sup>25</sup> El art. 125 del Código del Consumidor (*Decreto legislativo* n° 206 de 6 de septiembre de 2005) establece que (apartado 1) “el derecho a la indemnización prescribe en tres años a partir del día en que el perjudicado tuvo o debió tener conocimiento del daño, del vicio y de la identidad de la persona responsable” y que, además, (apartado 2) “en caso de agravación del daño, el plazo de prescripción no comienza a correr antes del día en que el perjudicado tuvo o debió tener conocimiento de un daño de gravedad suficiente para justificar la interposición de una acción judicial”.

<sup>26</sup> El apartado 9 del art. 94 del Texto ordenado de la Ley de Finanzas (*Decreto legislativo* n° 58 de 24 de febrero de 1998) establece que las acciones por daños y perjuicios sufridos por un inversor que haya confiado razonablemente en la veracidad y exhaustividad de la información contenida en el prospecto en el caso de una oferta pública de valores “se interpondrán en el plazo de cinco años a partir de la publicación del prospecto, a menos que el inversor demuestre que ha descubierto la falsedad de la información o las omisiones en los dos años anteriores a la interposición de la acción”.

<sup>27</sup> En virtud del art. 4, apartado 43, de la *Legge* n° 183, de 12 de noviembre de 2011, “el plazo de prescripción del derecho a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la no incorporación al ordenamiento jurídico nacional de las directivas u otras medidas comunitarias obligatorias se somete, en todo caso, a las reglas establecidas en el art. 2947 del Código Civil y se cuenta a partir de la fecha en que se produjo efectivamente el hecho del que se habrían derivado los derechos si la directiva se hubiera incorporado oportunamente”. La adición del adverbio “realmente” parece implicar la intención del legislador de apartarse de la redacción del art. 2947 del Código Civil, en el sentido de restringir el punto de partida de la prescripción al acaecimiento del daño en sentido natural (así, en efecto, TESCARO, Mauro, “L’incertezza della prescrizione: l’esempio del danno da mancato recepimento di direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012”, en *Rivista di diritto privato*, 2012, p. 202, para quien éste es el único sentido plausible de la letra de la ley, dado que, frente a varias opciones de significado, el intérprete debe preferir la que permita atribuirle algún sentido, antes que lo contrario). El resultado no sería, por tanto, una negación sino, por el contrario, una confirmación de que la disposición del apartado 1 de este artículo, cuando se refiere al momento en que se produce el daño, puede entenderse referida al momento en que el perjudicado tiene conocimiento o conciencia del mismo. Así, sustancialmente, también ANZANI, Gaetano, *op. cit.*, p. 1370.

de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*)<sup>28</sup>. En todos estos modelos, aunque con opciones no idénticas, se tiende a atribuir importancia a efectos de limitación al conocimiento o la conciencia de la existencia del derecho (u otras circunstancias de hecho que influyen en su exigibilidad) por parte de su titular. En este sentido, es emblemática la norma general contenida en el párrafo 199, apartado 1, del BGB, en su versión modificada en el marco de la amplia reforma del Derecho de las Obligaciones (*Schuldrechtsmodernisierungsreform* de 2001), que identifica el punto de partida del plazo de prescripción ordinario de las reclamaciones “con el final del año en el que 1. se haya originado la reclamación y 2. el acreedor tenga conocimiento de las circunstancias en las que se basa la reclamación y de la persona del deudor o deba tenerlo sin negligencia grave”<sup>29</sup>.

Análogamente, el art. 2224 *Code Civil*, actualizado por la *Loi* n° 2008-561 del 17 giugno 2008 di *Réforme de la prescription en matière civile*, establece, siguiendo el modelo ya esbozado por el *Avant-projet “Catala”* de 2006)<sup>30</sup>, que “las acciones personales o mobiliarias prescriben en cinco años a partir del día en que el titular de un derecho conoció o debió conocer los hechos que le permitían ejercerlo”<sup>31</sup>.

El Proyecto de Marco Común de Referencia (*DCFR*), por lo tanto, en su Art. III. 7:301 *Suspensión en caso de desconocimiento*<sup>32</sup>, establece que “el cómputo del plazo de prescripción se suspende mientras el acreedor no conozca, ni pueda razonablemente esperarse que conozca (a) la identidad del deudor;

<sup>28</sup> VON BAR, Christian, y CLIVE, Eric (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

<sup>29</sup> Con respecto a la relevancia del conocimiento y la cognoscibilidad (sin negligencia grave) por parte del acreedor en el nuevo derecho de prescripción tras la reforma, véase RIEDHAMMER, Markus, *Kenntnis, Grobe Fahrlässigkeit und Verjährung*, Berlin, Peter Lang, 2004. Para ilustrar los principales efectos de la reforma en el derecho de la prescripción, véase CANARIS, Claus-Wilhelm, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padua, CEDAM, 2003, 88 y ss; DELLE MONACHE, Stefano, *op. cit.*, p. 179; CAPONI, Remo, “La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana”, en *Corriere giuridico*, 2006, p. 1321.

<sup>30</sup> CATALA, Pierre(ed.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française 2006, Livre Troisième – Titre XX, De la prescription et de la possession (art. 2234 à 2281), avec un exposé des motifs de P. Malaurie. Véase, en particular, el art. 2264 del *Avant-projet*. Sobre la reforma francesa véase también CALZOLAIO, Ermanno, “La riforma della prescrizione nella prospettiva del diritto privato europeo”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, p. 1087 ss.

<sup>31</sup> En consonancia con este planteamiento está también la nueva regulación de los motivos de suspensión, que ahora incluye también la fuerza mayor. Véase el art. 2234 *Code civil*: «la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure».

<sup>32</sup> Sobre el cual véanse MURGO, Caterina, *op. cit.*, p. 116 ss. y ANZANI, Gaetano, *op. cit.*, p. 1365.

o (b) los hechos que dan lugar al derecho, incluyendo, en el caso de un derecho de indemnización, el tipo de daño”<sup>33</sup>.

Sin embargo, se ha señalado oportunamente<sup>34</sup> que, en todos estos casos, la mayor flexibilidad en la identificación concreta del momento de inicio del cómputo del plazo de prescripción dependiente de su anclaje al elemento cambiante del conocimiento o de la cognoscibilidad, se compensa con la previsión de plazos máximos (mucho más largos) más allá de cuyo vencimiento ya no puede ejercerse el derecho y que corren a partir de circunstancias objetivas<sup>35</sup>. De este modo, se establece un equilibrio, con las medidas apropiadas, entre “la salvaguarda del derechohabiente que ha permanecido inactivo sin culpa, por un lado, y [la] salvaguarda de instancias (si no de seguridad jurídica, al menos) de estabilización progresiva de las relaciones jurídicas, por otro”<sup>36</sup>.

Las razones para revisar la tradicional interpretación rígida de la disciplina del inicio de la prescripción, con especial atención al derecho a la indemnización por daños y perjuicios, sobre todo cuando se trata de daños personales, también pueden extraerse, por último, de la jurisprudencia de los tribunales europeos.

Se pueden encontrar indicaciones significativas, en primer lugar, en las orientaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en general aborda la cuestión de los plazos de prescripción de los derechos identificando la necesidad de un equilibrio entre el derecho de toda persona a un juicio, es decir, “a que su causa sea oída”, consagrado en el art. 6 del CEDH, y la necesidad de seguridad jurídica, y esto también específicamente con respecto al punto de partida del plazo de prescripción. El TEDH confirmó así que los plazos de prescripción responden a una exigencia primaria de seguridad jurídica, que constituye un principio general del Derecho de los Estados adherentes<sup>37</sup>, pero también reconoció que, en determinadas condiciones, el derecho a un juicio

<sup>33</sup> El modelo para esta disposición es el art. 17:105 de los PECL.

<sup>34</sup> ANZANI, Gaetano, *op. cit.*, p. 1371. Véase también TESCARO, Mauro, *op. cit.* (2009), p. 253 y ss., quien señala, por otra parte, la insuficiencia del actual derecho italiano de la prescripción, en el que las exigencias de equidad han llevado a la jurisprudencia a alejarse de la lectura tradicional de la institución, con soluciones que, sin embargo, en la medida en que se desprenden de una revisión sistemática global, han generado desarmonía y multiplicado, en lugar de reducir, la incertidumbre.

<sup>35</sup> Ejemplos de ello son el párrafo 199 del *BGB*, el art. 2232 *Code civil*, y también el mencionado art. III. 7:307, Libro Tercero, Capítulo 7, del *DCFR*.

<sup>36</sup> Véase, de nuevo, ANZANI, Gaetano, *op. cit.*, p. 1371, quien también señala cómo la previsión de plazos prescriptivos más cortos pero, podríamos decir, “móviles”, porque su inicio está ligado a factores subjetivos, va acompañada no solo de la previsión de plazos máximos más largos pero “rígidos” en su inicio, sino también de “una amplia derogación del régimen jurídico a través de la negociación”, lo que, observa, “denota un profundo replanteamiento de la institución”.

<sup>37</sup> Véase TEDH, 13 de febrero de 2020, Demanda n° 25137/16, Sanofi-Pasteurc.Francia, en los motivos: (§ 50) “los plazos legales de caducidad o de prescripción, que forman parte de las restricciones legítimas del derecho a un tribunal, tienen varias finalidades importantes: garantizar la seguridad jurídica fijando el fin de las acciones”; y (§ 52) “el principio de seguridad jurídica, que tiende en particular a garantizar una cierta estabilidad de las situaciones jurídicas y a favorecer la confianza de los ciudadanos en la justicia, constituye uno de los elementos fundamentales

puede prevalecer <sup>38</sup> sobre la mencionada exigencia de seguridad <sup>39</sup>, especialmente cuando se trata del derecho a la indemnización por daños personales <sup>40</sup>.

No se puede omitir entonces la copiosa y continua jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que ha venido a situar la eficacia de las protecciones en la base del derecho (no solo procesal sino también sustantivo) de la Unión, como un principio general que se impone también en los ordenamientos de los Estados miembros <sup>41</sup>. En efecto, la protección de la víctima de un acto ilícito podría pasar también por una aplicación no excesivamente rígida y formalista de las normas sobre la prescripción del derecho a la indemnización, en particular en los casos en que el inexorable transcurso del plazo de prescripción desestima totalmente la posibilidad concreta y efectiva de la persona legitimada para hacer valer el derecho, en la medida en que desconoce la existencia misma del derecho o de sus requisitos constitutivos.

del Estado de Derecho (véase, por ejemplo, la sentencia *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Rumanía* [GC], nº 76943/11, § 116, 29 de noviembre de 2016)”.

<sup>38</sup> De nuevo, TEDH, 13 de febrero de 2020, Demanda nº 25137/16, *Sanofi-Pasteur c. Francia*. Este punto yafuesubrayado por BONA, Marco, “Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e CEDU in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della “ragionevolezza””, en *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, p. 1709. Más recientemente, véase el estudio de MURGO, Caterina, *Il tempo e i diritti. Criticità dell’istituto della prescrizione tra norme interne e fonti europee*, Torino, Giappichelli, 2015, *passim*.

<sup>39</sup> En particular, en la citada ponderación de intereses, según TEDH, 13 de febrero de 2020, Demanda nº 25137/16, *Sanofi-Pasteur c. France*, es necesario reconocer (§ 57) “un importante margen de apreciación para el Estado”, y, sin embargo, “con especial referencia al equilibrio que debe alcanzarse en el contexto de la prescripción de la indemnización entre el derecho de la víctima a acceder a la justicia y el derecho del demandado a la seguridad jurídica, (...) al aplicar las normas procesales pertinentes, los tribunales nacionales debían evitar tanto un formalismo excesivo, que socavaría la equidad procesal, como una flexibilidad excesiva, que daría lugar a la supresión de los requisitos procesales establecidos por las leyes”. A este respecto, el Tribunal recuerda su propio precedente en el asunto *Eşim c. Turquie* (TEDH, 17 de septiembre de 2013, Demanda nº 59601/09), que se refería al caso de una víctima que había recibido un disparo en 1990, pero respecto de la cual los médicos no habían descubierto la bala en su cabeza hasta diecisiete años más tarde (en 2007), y los tribunales internos habían resuelto que su demanda de indemnización había prescrito porque se había presentado después de la expiración del plazo de cinco años previsto por el Derecho interno, que había comenzado a correr a partir de la fecha de la comisión del acto lesivo. En ese precedente, el Tribunal había considerado que no se podía exigir razonablemente al demandante que presentara su demanda dentro de ese plazo, ya que no tenía conocimiento de que se le había alojado una bala en la cabeza en el momento de su vencimiento.

<sup>40</sup> En la sentencia TEDH, 13 de febrero de 2020, Demanda nº 25137/16, *Sanofi-Pasteur c. France*, § 53, se dice expresamente que, al referirse a la orientación establecida, “el Tribunal de Justicia también consideró que, en los casos de indemnización a las víctimas de lesiones físicas, éstas debían tener derecho a demandar cuando estuvieran realmente en condiciones de evaluar el daño sufrido, y que considerar que un plazo de prescripción había expirado antes de la fecha en que se evaluó el daño podía perjudicar su derecho a un tribunal”.

<sup>41</sup> Véase VETTORI, Giuseppe, “Effettività delle tutele (diritto civile)”, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 381 ss.

### 3. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL *DIES A QUO* DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR UN ILÍCITO, CON ESPECIAL ATENCIÓN AL CASO DE LOS DAÑOS (A LA PERSONA) CARACTERIZADOS POR UNA LARGA LATENCIA

Las consideraciones que pueden extraerse de la evolución del contexto jurídico nacional y europeo, junto con valoraciones más generales de carácter equitativo y de política del derecho, han encontrado un terreno fértil sobre todo en la jurisprudencia que se ha desarrollado en Italia en el ámbito de la indemnización por daños y perjuicios, respecto de la cual hemos asistido, a partir de algunos casos relevantes, a un progresivo abandono de las rigideces más conspicuas atribuibles a la tesis tradicional. Aunque generalmente se refiere a las acciones por daños y perjuicios, esta tendencia está más arraigada, por razones comprensibles de equidad, en el ámbito de los daños personales, empezando especialmente por los daños a la salud <sup>42</sup>.

La orientación en cuestión adquiere una importancia preeminente en relación, sobre todo, con el fenómeno del llamado “*danno lungolatente*”. Esta expresión se utiliza para indicar los daños caracterizados por una larga latencia en el tiempo, es decir, un “desfase entre el hecho y el daño”, un “período de tiempo -de duración incierta (y, desgraciadamente, imprevisible)- en el que el acontecimiento ominoso o bien no se ha producido todavía, o bien se ha producido, pero aún no ha sido percibido (por el perjudicado) como ‘daño’, o como consecuencia de un ‘acto ilícito’ capaz de generar ‘responsabilidad’” <sup>43</sup>.

<sup>42</sup> La especial importancia que han adquirido los impedimentos de hecho en la jurisprudencia sobre daños personales es destacada, entre otros, por BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile*, 7, cit., p. 567 s.

<sup>43</sup> BARELA, Maria, *op. cit.*, p. 617, que señala que “la larga latencia de los daños es ciertamente insidiosa para el perjudicado, que no se da cuenta en poco tiempo de que ha sufrido un daño, pero quizás aún más para el dañador, que queda expuesto al riesgo de una acción judicial –a veces muy onerosa– durante un período de tiempo prácticamente indefinido, anulando casi los efectos de la prescripción”. El mismo autor, y otros autores, también hicieron la observación de cómo “la larga latencia puede tener un efecto transversal sobre los daños causados tanto por el ilícito contractual como por el extracontractual: condiciona el inicio de la prescripción o, como se ha dicho, el “tiempo legal” dejando intacta la separación (mejor dicho hoy, la mezcla) entre uno y otro título de responsabilidad”. De hecho, como se aclarará en el texto, se ha afirmado su relevancia, a efectos del desplazamiento del *dies a quo* del plazo de prescripción, tanto en referencia a los casos de responsabilidad contractual (por ejemplo, la responsabilidad notarial), como en los casos de responsabilidad civil y, además, en materia de responsabilidad sanitaria con independencia del móvil contractual o extracontractual de la misma. Véase también MURGO, Caterina, (2021) *op. cit.*, p. 3061, en cuya opinión hay que distinguir entre el daño de larga latencia (cuando el daño se produce inmediatamente pero no se manifiesta hasta mucho tiempo después) y el daño de aparición oculta. Ambos casos, señala el autor, se caracterizan por “una acentuada discordancia temporal entre el momento del acaecimiento natural y el momento en que se evidencian las consecuencias dañosas: el espacio de tiempo entre ambos momentos impide o puede impedir al perjudicado reconstruir la secuencia de hechos útil para definir todos los presupuestos útiles de la acción, (...) con la consecuencia adicional para el perjudicado de asistir al transcurso del plazo prescriptivo en el contexto de una conducta inerte que (...) parece casi obligatoria”.

Sin embargo, hay que señalar en este punto que, aunque la jurisprudencia en cuestión es a estas alturas copiosa y sin duda capaz de esbozar un planteamiento generalmente consolidado, no parece posible extraer de ella la afirmación de que los tribunales italianos hayan llegado a afirmar una relevancia general en nuestro sistema de los impedimentos fácticos al transcurso del plazo de prescripción, y a superar así radicalmente el planteamiento clásicamente aceptado. El planteamiento en cuestión no solo coexiste con sentencias que, en ámbitos distintos al de la indemnización por daños y perjuicios, siguen excluyendo la relevancia a los citados efectos de la ignorancia irreprochable del derechohabiente, sino que, sobre todo, dentro de la misma pauta, la misma jurisprudencia se encarga de reiterar cómo esta interpretación es conciliable con el principio de irrelevancia de los impedimentos fácticos. Es decir, existe la convicción, aunque no se explicita adecuadamente en los fundamentos, de que, al menos en lo que respecta a determinadas situaciones jurídicas, el desconocimiento por parte del titular de los requisitos previos de los que deriva su pretensión afecta a los requisitos legales de su capacidad de obrar, llegando a ser sustancialmente "asimilable" a un impedimento legal <sup>44</sup>.

En las páginas siguientes, se intentará resumir algunas de las principales líneas jurisprudenciales, para luego intentar racionalizarlas (a partir de las líneas que se acaban de esbozar) y también detenerse en las repercusiones sistémicas que las acompañan

No obstante, para mayor claridad, conviene señalar en este punto que el problema del *dies a quo* del plazo de prescripción del derecho a la indemnización de daños y perjuicios cambia significativamente en sus términos, suavizándose también en su alcance, respecto de los supuestos de actos ilícitos que pueden calificarse de permanentes en cuanto que consisten en conductas activas prolongadas sin interrupción en el tiempo, de modo que las consecuencias dañosas de las mismas se producen en modo continuado mientras se mantiene la conducta <sup>45</sup>. Para estos casos se aplica el principio <sup>46</sup>, afirmado en varias ocasiones por el Tribunal Supremo, según el cual como el hecho generador tiene una duración prolongada, "el plazo de prescripción comienza a correr de nuevo cada día posterior al día en que el daño se manifestó por primera vez, hasta el cese de la citada conducta lesiva" <sup>47</sup>, por lo que "el derecho a la indemnización

<sup>44</sup> Véase MURGO, Caterina, (2021) *op. cit.*, p. 3059, según la cual "la orientación dirigida a una ampliación sustancial del espacio temporal de acceso del perjudicado no coincidió con el reconocimiento de la relevancia jurídica de los impedimentos fácticos, sino con el encuadramiento de los perfiles fácticos, en los que se encuentra concretamente el interesado, en el ámbito de los requisitos legales de su capacidad de obrar".

<sup>45</sup> Sobre el concepto de acto ilícito permanente, tomado del pensamiento de los penalistas, véase, para todos, SAPONE, Natalino, "Illecito permanente", en *Digesto Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Aggiornamento, Torino, UTET, 2010, p. 738 y ss.

<sup>46</sup> En la doctrina, véase GALLO, Paolo, *op. cit.*, p. 514 y ss. y IANNACCONE, Attilio, *op. cit.*, p. 176.

<sup>47</sup> Corte de Casación, 16 de abril de 2018, n° 9318.

nace de forma continuada a medida que se produce el daño, y de forma continuada prescribe si no se ejerce en los cinco años siguientes al momento en que se produce”<sup>48</sup>. Por el contrario, en el caso de un acto ilícito instantáneo, “caracterizado por una acción que se agota en un lapso de tiempo definido, dejando sus efectos, el plazo de prescripción comienza a correr con la primera manifestación del daño”<sup>49</sup>. Es evidente, por tanto, que el carácter permanente del acto ilícito, al desplazar constantemente hacia adelante también el tiempo relevante a efectos del *exordium praescriptionis*, reduce el riesgo de que el perjudicado, ignorante de su derecho a la indemnización, vea inadvertidamente expirar el plazo de prescripción y, por tanto, pierda el derecho sin haber tenido nunca la oportunidad de ejercerlo<sup>50</sup>.

Un caso diferente es el de los llamados actos ilícitos instantáneos con efectos permanentes, es decir, los actos ilícitos en los que la conducta finaliza en un periodo de tiempo definido pero cuyas consecuencias lesivas se producen a lo largo de un periodo de tiempo prolongado, renovándose o repitiéndose en el tiempo. Es necesario en estos casos comprobar si los distintos hechos lesivos son todos causalmente imputables al único momento anterior, en cuyo caso se sigue estando ante un agravio instantáneo (con mera agravación del daño en el tiempo), o si, por el contrario, los hechos dañosos posteriores al primero constituyen efectos separados y autónomos de la conducta ilícita. En este último caso, la jurisprudencia tiende a vincular el inicio del plazo de prescripción del derecho a la indemnización al día en que se produjo el daño ulterior, o incluso al día en que la parte perjudicada tuvo o debió tener pleno conocimiento del daño ulterior<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> En este sentido, entre las sentencias más recientes, Corte de Casación, 16 de diciembre de 2021 n° 40335, Corte de Casación, 10 de junio de 2020, n° 11097, ambas con referencia a los daños causados por el abandono parental, calificados como acto ilícito permanente. Véase también, entre otras muchas, Corte de Casación, 14 de marzo de 2016, n° 5081; Corte de Casación, plenario (*Sezioni Unite*), 14 de noviembre de 2011, n° 23763; Corte de Casación, 25 de noviembre de 2002, n° 16564; Corte de Casación, 16 de noviembre de 2000, n° 14861; Corte de Casación, 17 de febrero de 1997, n° 1439.

<sup>49</sup> Así, Corte de Casación, 16 de abril de 2018, n° 9318; y ya también, con idéntica redacción, Corte de Casación, 14 de marzo de 2016, n° 5081, antes citada, y Corte de Casación, Sec. Un., 14 de noviembre de 2011, n° 23763.

<sup>50</sup> Esto no quita que también con referencia a los actos ilícitos permanentes la jurisprudencia haya sentido la necesidad de anclar el punto de partida del plazo de prescripción al conocimiento o conciencia del acto torticero y el consiguiente daño. Así lo demuestra la citada jurisprudencia sobre los daños causados por el abandono parental (Corte de Casación, 16 de diciembre de 2021 n° 40335, Corte de Casación, 10 de junio de 2020, n° 11097), que, como *dies a quo* del plazo de prescripción, ha atribuido importancia al momento en que la víctima percibió correctamente (e interiorizó en su lesividad) la conducta ilícita realizada por el progenitor.

<sup>51</sup> La distinción con respecto al acto ilícito permanente está claramente delineada, más recientemente, por Cass., 28 de julio de 2020, n° 16001, para el que “se configura un ilícito permanente en todos los casos en los que la duración de la infracción es correlativa –en el plano etiológico– a la permanencia simultánea de la conducta culposa del agente”; por lo que hay que “distinguir el momento en que se perfecciona la infracción (...) desde el momento de la consumación, en la que la permanencia depende de una situación jurídica que, aunque ya se haya realizado, continúa en el tiempo debido a la continuación de la conducta del infractor”, mientras

#### 4. LA RELEVANCIA DE LA COGNOSCIBILIDAD (OBJETIVA) DEL DAÑO POR PARTE DEL PERJUDICADO

##### 4.1. Algunos ejemplos: daños por hemotransfusión

Como ya se ha dicho, en el contexto de la indemnización por daños y perjuicios en el ámbito de la responsabilidad civil, las disposiciones del art. 2947 del Código Civil no han impedido a la jurisprudencia elaborar máximas que se apartan de la orientación -aparentemente clara- que se infiere de la norma, es decir, que el plazo de prescripción comienza a correr desde el momento en que se produce el hecho <sup>52</sup>.

En la responsabilidad en ámbito sanitario en particular, con independencia de la controversia sobre su naturaleza contractual o extracontractual (cuya solución se considera esencialmente indiferente al problema del *dies a quo* de la prescripción) <sup>53</sup>, hay consenso en la jurisprudencia sobre la idea de que el plazo de prescripción solo empieza a correr desde el momento en que la víctima tuvo conocimiento del acto lesivo o pudo haberlo conocido utilizando la diligencia ordinaria <sup>54</sup>. Profundizando en esta línea, se ha argumentado que el plazo de prescripción de la indemnización por daños a la salud solo empieza a correr a partir del momento en que el daño no solo se ha exteriorizado, sino que se ha hecho perceptible en su injusticia y en su derivación causal del causante <sup>55</sup>. Así, por ejemplo, respecto a los daños a la salud causados por una patología que ha permanecido oculta durante mucho tiempo, se ha sostenido que no es suficiente, para que comience el plazo de prescripción, que se hayan manifestado los pri-

que "es totalmente diferente la hipótesis del hecho ilícito instantáneo con efectos permanentes, en la que solo las consecuencias de la infracción continúan en el tiempo, incluso cuando la conducta ilícita ya ha cesado". Véanse también Corte de Casación, 9 de enero de 2007, n° 143; Corte de Casación, 25 de noviembre de 2003, n° 17940; Corte de Casación, 19 de diciembre de 1997, n° 12891; Corte de Casación, 21 de julio de 1989, n° 3444.

<sup>52</sup> Véase MURGO, Caterina, *op. cit.* (2021), p. 3057, quien señala cómo la "noción polisémica" de "hecho", a la que se refiere el art. 2947 del Código Civil, a favorecido con el paso del tiempo "un proceso de expansión que se ha iniciado en la aplicación de los tribunales, de forma similar a lo que se encontró, en un pasado lejano, para la disposición del art. 2043 del Código Civil".

<sup>53</sup> Y ello a pesar de que el art. 2947 del Código Civil se dicta, *expressis verbis*, solo para el "derecho a la indemnización de los daños derivados de un acto ilícito".

<sup>54</sup> Corte de Casación, 14 de noviembre de 2019, n° 29492, que, en materia de daños causados por hemoderivados, reitera el principio afirmado por Corte de Casación, Sec. Un., 11 de enero de 2008, n° 583, identificando el *dies a quo* de la prescripción con referencia al momento en que todos los elementos del hecho ilícito, incluida la etiología del daño-consecuencia, pueden ser conocidos por la víctima

<sup>55</sup> Además de la ya citada Corte de Casación, 14 de noviembre de 2019, n° 29492, véase Corte de Casación, 27 de enero de 2012, n° 1263 ("en materia de indemnización por daños y perjuicios debidos a un acto ilícito, el "*dies a quo*" a partir del cual comienza a correr el plazo de prescripción debe identificarse en el momento en que la parte perjudicada ha tenido -o debería haber tenido, empleando una diligencia ordinaria- un conocimiento suficiente de la relación causal del daño denunciado"); y véase también Corte de Casación, 11 de septiembre de 2007, n° 19022; Corte de Casación, 20 de abril de 2007, n° 9524.



meros síntomas de la enfermedad, sino que su carácter patológico y su derivación del hecho dañoso sean ya reconocibles a partir de una diligencia normal <sup>56</sup>. Por último, esta orientación interpretativa también ha encontrado pleno reconocimiento en las directrices del plenario (*Sezioni Unite*) de la Corte de Casación, que, en lo que respecta específicamente a los daños personales causados por los hemoderivados, han concluido que el plazo de prescripción del derecho a la indemnización de una persona que afirma haber contraído una enfermedad por contagio debido al acto doloso o negligente de un tercero corre, en virtud de los arts. 2935 y 2947, apartado 1, del Código Civil “no desde el día en que el tercero determina el cambio que produce el daño a terceros o desde el momento en que la enfermedad se manifiesta externamente, sino desde el momento en que la enfermedad se percibe o puede percibirse, como daño injusto consecuente a la conducta dolosa o negligente de un tercero, utilizando la diligencia objetiva ordinaria y teniendo en cuenta la difusión de los conocimientos científicos” <sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Corte de Casación, 21 de febrero de 2003, n° 2645: “el plazo de prescripción del derecho a la indemnización por daños y perjuicios de una persona que alega haber contraído una enfermedad por contagio debido a la actuación dolosa o negligente de un tercero comienza a correr no desde el momento en que el tercero determina la modificación que produce el daño a los derechos de los demás o desde el momento en que la enfermedad se manifiesta externamente, sino desde el momento en que la enfermedad se percibe o puede percibirse como daño injusto, como consecuencia de la conducta dolosa o negligente de un tercero, utilizando la diligencia ordinaria y teniendo en cuenta la difusión de los conocimientos científicos”. El principio también está refrendado por Corte de Casación, Sec. Un., 11 de enero de 2008, n° 580, al que volveremos en la siguiente nota. Anteriormente, véase Corte de Casación, 6 de febrero de 1982, n° 685.

<sup>57</sup> Leemos en los pronunciamientos gemelos de la Corte de Casación, Sec. Un, 11 de enero de 2008, nn° 576, 579, 580, 581, 583, 584 y 585, adhiriéndose a la jurisprudencia ya formada sobre el punto durante la década del 2000, que “la identificación del *dies a quo* anclada única y exclusivamente al parámetro de la “exteriorización del daño” puede (...) resultar limitante e impedir una comprensión cabal de las razones que justifican la inactividad (no culpable) de la víctima respecto del ejercicio de sus derechos”, de ahí la necesidad de que la aproximación a la identificación del *dies a quo* “pase del mero examen de la evolución y desarrollo en el tiempo de las consecuencias lesivas del hecho ilícito o del incumplimiento –es decir, de las distintas etapas que caracterizan el paso del daño “oculto” al que se manifiesta en sus componentes esenciales e irreversibles – a un análisis riguroso de la información a los que la víctima tuvo acceso o para cuya adquisición debió actuar con diligencia, de su idoneidad para permitir al perjudicado un conocimiento razonablemente completo sobre los datos necesarios para el establecimiento del juicio (no solo el daño, sino también el nexo causal y las acciones/omisiones relevantes) y su disponibilidad para el acusado, con la consiguiente repercusión en la conducta del acusado que puede ser culpable de no haber proporcionado la información a la víctima en los casos en que estaba obligado a hacerlo (esto es común en los sistemas jurídicos anglosajones, en el ámbito de la mala praxis médica)” (en el presente caso, se descartó que el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria ejercitada por personas infectadas por el Hbv, Hcv y VIH, a raíz de transfusiones o tomas de productos sanguíneos, no comience a correr hasta la notificación de la respuesta de las comisiones médico-hospitalarias, competentes en materia de indemnizaciones). Las decisiones han tenido un amplio eco (no solo por su repercusión en la regulación del plazo de prescripción) y han sido ampliamente comentadas en diversas revistas: véase, por ejemplo, QUERCI, Agnese, “La rilevanza della prescrizione nella responsabilità extracontrattuale per danni da emotrasfusioni ed emoderivati”, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 635 y ss.

Más recientemente, también en relación con los daños derivados de las hemotransfusiones de sangre infectada, el principio fue reiterado por la Corte de Casación, 9 de julio de 2020, n° 14480. Y véase también la citada Corte de Casación 14 de noviembre de 2019, n° 29492.

También se subraya en esta jurisprudencia que “el mencionado principio en materia de *exordium praescriptionis* no abre la vía a la relevancia de la mera conocibilidad subjetiva por parte del perjudicado”<sup>58</sup>.

Principios y criterios, éstos, firmemente confirmados por toda la jurisprudencia posterior hasta nuestros días, la mayor parte de la cual ha madurado siempre sobre el tema del daño por hemotransfusión<sup>59</sup>.

Siguiendo en una línea de progresiva ampliación a favor del perjudicado de los obstáculos a la prescripción, en otras sentencias, la conocibilidad, además de las consecuencias dañosas del hecho, se amplió entonces al perfil de la imputabilidad del daño a una o varias personas concretas<sup>60</sup>.

#### 4.2. *Un segundo ejemplo: daños por abuso sexual infantil*

Especialmente indicativas de esta orientación son, además, algunas sentencias en materia de indemnización por daños y perjuicios derivados de los abusos y la violencia sexual, en particular perpetrados contra víctimas infan-

<sup>58</sup> Esto se debe a que, como se indica en Corte de Casación, Sec. Un, 11 de enero de 2008, n° 576, 579, 580, 581, 583, 584 y 585, “debe estar firmemente anclada a dos parámetros objetivos, uno interno y otro externo al sujeto, es decir, por un lado al parámetro de la diligencia ordinaria, y por otro al nivel de los conocimientos científicos del momento, en todo caso ambos verificables por el juez sin deslizarse hacia una investigación de tipo psicológico”, en que, en particular el conocimiento científico común debe valorarse “no en relación con el perjudicado, respecto del cual se agota la diligencia ordinaria del hombre medio al llevarlo a un centro sanitario para que se investigue sobre los fenómenos patológicos percibidos, sino en relación con el conocimiento científico común que respecto de esa patología era razonable exigir en un momento determinado a los sujetos a los que el perjudicado acudió (o debió acudir)”.

<sup>59</sup> Véase, en efecto, además de algunos pronunciamientos ya mencionados en las notas anteriores, Corte de Casación, 22 de septiembre de 2017, n° 22045, donde se reitera que, en cuanto al nivel de conocimientos científicos exigidos en un momento determinado, “no debe apreciarse identificando tales conocimientos como para buscarlos directamente en el sujeto, sino que supone que, al no poseer normalmente la víctima tales conocimientos, se remite al médico o al centro sanitario al que ha acudido y que éste le ha proporcionado tales conocimientos o, al menos, le ha puesto en condiciones de adquirirlos”, por lo que, “ante el mero conocimiento de la patología, la circunstancia de que, en el momento en que se diagnosticó la patología, el nivel de conocimientos científicos era tal que permitía relacionarla con la infección hemotransfusional y que la víctima tenía conocimiento de dicha relación, se desprende, al menos en el curso normal de los acontecimientos (es decir, si no se demuestra que la víctima tenía un nivel adecuado de conocimientos médicos directos), de la necesaria comprobación de si el médico o el centro sanitario le dieron información directa que le permitiera establecer dicha relación o le pusieron indirectamente en condiciones de hacerlo”; véase también Corte de Casación, 28 de junio de 2019, n° 17421 y Corte de Casación, 27 de septiembre de 2019, n° 24164.

<sup>60</sup> Recita la máxima de Cass. 20 de abril de 2007, no. 9524: “en materia de prescripción del derecho a la indemnización por daños y perjuicios, aunque el dato textual no se refiera expresamente al “descubrimiento” del daño, en todos los casos en que la manifestación del daño no sea inmediata y evidente y su conexión etiológica con la acción de un tercero pueda parecer dudosa, el punto de partida del plazo de prescripción de la acción por daños y perjuicios ha de vincularse al momento en que el perjudicado tuvo la percepción real y concreta de la existencia y gravedad del propio daño, así como de su imputabilidad a una determinada persona, o desde el momento en que pudo haber llegado a tal percepción empleando una diligencia normal”.

tiles, en las que se destaca cómo, dada la naturaleza insidiosa de la conducta y la peculiar fragilidad de la víctima, la conciencia de la víctima de las consecuencias perjudiciales para su propia salud, especialmente la psicológica, a menudo solo puede surgir mucho tiempo después de los actos de violencia, lo que requiere un proceso indispensable de metabolización e interiorización, que solo la distancia del tiempo (junto, por regla general, con el apoyo psicológico de terceros) puede hacer madurar con la profundidad y claridad adecuadas.

Dos ejemplos, ambos bastante recientes, pueden servir para graficar la cuestión:

El primero <sup>61</sup> se refiere a un caso de violencia denunciado más de veinte años después de que se produjera, ya que el demandante solo pudo adquirir plena conciencia de la conexión etiológica de los daños y sufrimientos padecidos con respecto a la conducta del demandado tras un curso de acción psicoterapéutico que se inició mucho después de la propia violencia. El tribunal de mérito, adoptando la orientación de una jurisprudencia consolidada, sostuvo que el punto de partida del plazo de prescripción debía situarse únicamente en el momento en que el demandante había sido “plenamente consciente de la relación de causalidad del daño denunciado con el abuso perpetrado contra él”, que podía decirse que se había producido, según las propias alegaciones del demandante, con una argumentación que el tribunal consideró totalmente plausible desde el punto de vista científico <sup>62</sup>, solo varios años después, tras el curso del tratamiento al que se había sometido <sup>63</sup>, mientras que, frente a esa alegación, correspondía a los demandados “alegar y probar el momento diferente en el que el demandante había alcanzado esa conciencia o podría haberla alcanzado utilizando una diligencia ordinaria”.

<sup>61</sup> Tribunal de Nápoles, Sec. X, Sent., 28 de octubre de 2021, *Banca dati OneLegale*: en el caso en cuestión se trató de un abuso perpetrado por un sacerdote, a la sazón profesor de religión en una escuela secundaria, contra algunos de sus jóvenes alumnos.

<sup>62</sup> En particular, se consideraron plausibles las conclusiones del informe pericial designado por el tribunal, del que se desprende cómo “es frecuente que quienes sufren abusos en la infancia o en la preadolescencia no recuerden los hechos traumáticos sufridos o, en todo caso, que no puedan ser plenamente conscientes de ellos” y cómo, además, “el recuerdo de las experiencias traumáticas está en todo caso presente y disponible en la mente del superviviente, solo que no es accesible a la conciencia, debido a un mecanismo (protector) de evitación del sufrimiento asociado al recuerdo traumático”, y, aunque sea de forma inconsciente, “la información a la que la persona no tiene acceso directo influye, sin embargo, en sus reacciones emocionales y su comportamiento en la vida cotidiana, porque “si el recuerdo de un trauma está fuera del campo de la conciencia no significa que no esté ahí en la mente y también en el cuerpo, las emociones y las sensaciones de un superviviente”. En otras palabras, la herida del trauma, aunque sea invisible, “es tan grande, tan aterradora, que no puede ser contenida en el sistema de la memoria y, por lo tanto, es en parte borrada y en parte enterrada. De este modo, se niega al sujeto la posibilidad de narrar”.

<sup>63</sup> De hecho, es el curso psicoterapéutico al que se enfrenta la víctima –subraya la sentencia en los fundamentos– al estar “estructurado sobre la escucha empática” lo que ha “permitido que la narración exprese su historia”, ya que “interrumpe el aislamiento provocado por la violencia sufrida y favorece el proceso de reformulación y, en ocasiones, el de anulación”.

También es de gran interés, en la misma línea, la sentencia de la Corte de Casación de 2016<sup>64</sup> en un caso de acoso sexual a una niña de nueve años que, tras haber reprimido el recuerdo de los abusos sufridos, solo fue plenamente consciente de ellos quince años después, cuando llegó a la edad adulta y tuvo sus primeras experiencias sexuales con un compañero, momento en el que solo se inició lo que la propia Corte de Casación denomina el proceso de “*slatentizzazione*” (salida a la luz) del daño<sup>65</sup>.

#### 4.3. Otras ampliaciones al ámbito del daño patrimonial (e incluso más allá del ámbito indemnizatorio)

De ampliación en ampliación, la orientación ha ido abriendo un espacio también en el ámbito de la indemnización del daño patrimonial, siempre en referencia a los casos caracterizados por la larga latencia del daño en el tiempo.

##### 4.3.1. La responsabilidad profesional de los notarios

Así, se ha afirmado, en materia de responsabilidad profesional de los escribanos, (por tanto, con referencia a un supuesto de responsabilidad por incumplimiento), que, a efectos de identificar el momento inicial a partir del cual comienza a correr el plazo prescriptivo, debe tenerse en cuenta la existencia de un daño indemnizable y su manifestación externa perceptible por el perjudicado a la luz de la diligencia exigida por éste en virtud del art. 1176 del Código Civil, según normas objetivas y en relación con la actividad específica del profesional, sobre la base de una apreciación de hecho que se remite al juez del fondo<sup>66</sup>.

##### 4.3.2. El daño antitrust

De extremo interés a los efectos de la presente investigación, e igualmente de actualidad, es entonces el capítulo de los daños y perjuicios por conductas anticompetitivas, respecto del cual la referencia a la cognoscibilidad (objetiva) del daño como *dies a quo* del plazo de prescripción del derecho a la indemni-

<sup>64</sup> Corte de Casación, 14 de marzo de 2016, n° 4899.

<sup>65</sup> También en esta ocasión, la Corte de Casación afirmó el principio de que, “en materia extracontractual, el plazo de prescripción del derecho a la indemnización por daños y perjuicios se cuenta a partir del momento en que el perjudicado ha tenido una percepción real y concreta de la existencia y gravedad del propio daño, así como de su imputabilidad a una persona determinada, o a partir del momento en que hubiera podido tener tal percepción empleando una diligencia ordinaria”.

<sup>66</sup> Corte de Casación, 22 de septiembre de 2017, n° 22059: en este caso, relativo a la responsabilidad de un notario por haber redactado una escritura de consentimiento de la inscripción de la hipoteca sobre un inmueble que no era propiedad del deudor, el Tribunal Supremo consideró que el plazo de prescripción no se cuenta desde el momento de la escritura de inscripción, sino desde que el acreedor descubre la inexistencia de la garantía hipotecaria (en el mismo sentido Corte de Casación, 18 de febrero de 2016, n° 3716). Y véase ya Corte de Casación, 15 de julio de 2009, n° 16463, en *Notariato*, 2010, p. 10.

zación podría decirse que ya estaba presente, en Italia, incluso en la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor de la Directiva 2014/104/UE, que rediseñó la materia para garantizar la eficacia de la protección indemnizatoria y armonizar las legislaciones de los Estados miembros sobre el punto, y de su transposición al derecho interno mediante el Decreto Legislativo n° 3 de 19 de enero de 2017 (cuyos términos de novedad ya hemos anticipado más arriba, apartado 2) <sup>67</sup>. La jurisprudencia italiana había reconocido, en efecto, que el plazo de prescripción de cinco años del derecho a la indemnización por daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia solo corre a partir del momento en que la víctima ha tenido conocimiento o, en todo caso, debe conocer, según la diligencia ordinaria, todos los elementos del ilícito, incluido el daño, cuya posible larga latencia en el tiempo se convierte, por tanto, en determinante a efectos del *dies a quo* del plazo de prescripción. En este contexto, la determinación del momento en que la víctima percibe el daño debe, sin embargo, tener en cuenta las características específicas de cada uno de los ilícitos anticompetitivos <sup>68</sup> y de las víctimas, lo que da lugar a un juicio eminentemente fáctico <sup>69</sup>. Precisamente, cuando la víctima es un operador profesional del mercado, ese momento debe identificarse, a más tardar, en el de la publicidad legal del inicio del procedimiento administrativo ante la Autoridad de Defensa de la Competencia (AGCOM) para constatar el abuso de posición dominante frente a una empresa competidora <sup>70</sup>. Es, en efecto, este momento, y no el posterior de la imposición de la sanción por parte de la Autoridad, el que marca la posibilidad de reconocer objetivamente el daño <sup>71</sup> por parte de un operador ordinariamente

<sup>67</sup> Véase, en particular, el art. 8 del *Decreto Legislativo* n° 3, de 19 de enero de 2017, cuyo texto se reproduce más arriba, nota 24.

<sup>68</sup> La necesidad de tener en cuenta las situaciones de hecho concretas es subrayada, entre otras, por Corte de Casación, 2 de febrero de 2007, n° 2305; Corte de Casación, 6 de diciembre de 2011, n° 26188; Corte de Casación, 19 de diciembre de 2013, n° 28464.

<sup>69</sup> BARELA, Maria, *op. cit.*, p. 618, quien observa que “cuanto más insidiosa aparece la longevidad del daño en los agravios antitrust, más numerosos son los elementos (fácticos) que condicionan el juicio sobre la perceptibilidad del daño. En este sentido, un papel fundamental lo juegan, sin duda, las cualidades subjetivas del perjudicado, de modo que el resultado del procedimiento de identificación del *dies a quo* será muy diferente, según que el perjudicado sea un “consumidor” o un “operador profesional del mercado”: es obvio que cuando el sujeto abstractamente perjudicado es ajeno a la dinámica del mercado, la cognoscibilidad del daño debe valorarse con mayor cautela en comparación con el caso de un perjudicado que conoce los mecanismos de funcionamiento de la oferta, en base a los cuales se realizan los posibles acuerdos entre empresarios”.

<sup>70</sup> Véase, también recientemente, con referencia a un caso aún no regulado por el decreto legislativo núm. 3/2017, Corte de Casación, 27 de febrero de 2020, n° 5381, que señala, por tanto, cómo el sistema anterior no determinaba “una imposibilidad o excesiva dificultad de ejercicio hasta el punto de anular el principio de efectividad de la protección previsto en el art. 102 T.F.U.E.”. La sentencia es comentada, en particular, por BARELA, Maria, “Percezione del danno e prescrizione del diritto al risarcimento nell’illecito antitrust”, en *Foro Italiano*, 2020, p. 3611 ss.

<sup>71</sup> Véase también Corte de Casación de 27 de febrero de 2020, n° 5381, que, recordando la jurisprudencia consolidada, afirma que “el punto de partida del plazo de prescripción en una acción de daños y perjuicios, de conformidad con los artt. 2947 y 2935 del Código Civil, debe identificarse en el momento en que el titular es adecuadamente informado, o puede esperarse

consciente, según el estándar de la diligencia profesional, de la dinámica del mercado. Cuando la víctima de la infracción anticompetitiva es un consumidor, el momento de la perceptibilidad debe identificarse, en cambio, teniendo en cuenta su normal ajenez a la dinámica del mercado, lo que lleva a considerar el daño perceptible solo con la emisión por parte de la Autoridad Garante de la constatación administrativa de la infracción <sup>72</sup>.

La solución, en sus líneas esenciales, ha sido confirmada por la Directiva de la UE/2014/114 y por la legislación italiana de transposición (art. 8, *decreto legislativo* n° 3/2017 <sup>73</sup>), en cumplimiento de la necesidad de eficacia de la protección de la víctima del hecho ilícito claramente declarada por el considerando n° 36 de la Directiva <sup>74</sup>.

En definitiva, al menos en materia de indemnización de los daños causados por un acto ilícito, con una posición ciertamente consolidada en el ámbito de los daños personales, pero con importantes extensiones también en el ámbito de los daños patrimoniales, la norma efectivamente aplicada se mueve en la dirección de remitir el *dies a quo* de la fecha de inicio del plazo de prescripción al momento en que el daño se hace conocible según un criterio de diligencia ordinaria <sup>75</sup>.

## 5. LOS LÍMITES Y EL POTENCIAL EXPANSIVO DE LA ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAL EN UN MARCO SENSIBLE A LOS VALORES SUBYACENTES A LA PROTECCIÓN COMPENSATORIA

Al menos en el ámbito concreto de los daños, la orientación expansiva antes expuesta ha sido aceptada con carácter general por la doctrina <sup>76</sup>, que,

razonablemente que sea informado según la diligencia ordinaria, no solo de la violación por parte de otros, sino también de la existencia de un posible daño injusto, de modo que pueda ejercer el derecho". Como observa BARELA, Maria, (2020/1) *op. cit.*, p. 618, "una cosa es el conocimiento abstracto del daño antitrust por parte de la víctima (momento que coincide con el *dies a quo*), otra es la constatación de la infracción antitrust a través del dictado de la medida sancionadora".

<sup>72</sup> Corte de Casación, 2 de febrero de 2007, n° 2305, cit.; Corte de Casación, 6 de diciembre de 2011, n° 26188, cit.; Corte de Casación, 4 de junio de 2013, n° 14027.

<sup>73</sup> Véase también la nota 24 anterior.

<sup>74</sup> "Las normas nacionales relativas al inicio, la duración, la suspensión o la interrupción de los plazos no deben entorpecer indebidamente el ejercicio de acciones por daños". Por lo tanto "los plazos no deben empezar a correr antes de que cese la infracción ni antes de que el demandante sepa, o de que se pueda esperar razonablemente que el demandante sepa, qué conducta constituye la infracción, el hecho de que esa infracción haya causado un perjuicio al demandante y la identidad del infractor. Los Estados miembros deben poder mantener o establecer plazos de caducidad que sean de aplicación general, siempre que la duración de tales plazos de caducidad no haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento pleno".

<sup>75</sup> El hecho se considera ahora establecido: para GALLO, Paolo, *op. cit.*, p. 511, es, en efecto, ahora claro que, "en materia de agravios (...) el plazo comienza a correr solo desde el momento en que el daño se hace cognoscible".

<sup>76</sup> Este enfoque está plenamente respaldado por BIANCA, Cesare Massimo, *op. cit.*, p. 570 (sobre el pensamiento de este autor véase también *infra*, nota 94); véase también ANZANI, Gaetano, *op. cit.*, p. 1364, para quien la del plenario (*Sezioni Unite*) de la Corte de Casación

también en base a consideraciones derivadas del marco europeo de referencia, ha apreciado la importancia que otorga a las razones de inercia del titular del derecho, y por tanto a su conducta diligente, a efectos del cómputo del plazo de prescripción <sup>77</sup>.

Las excepciones son algunas voces <sup>78</sup> que han discrepado claramente y otras que, aun apreciando las razones de equidad de este planteamiento, no han

de 2008 representa "un cambio de orientación que es oportuno sobre todo en lo que respecta a las demandas de responsabilidad, porque la disciplina de la prescripción, conspicuamente configurada sobre la figura clásica de un acto ilícito en el que el hecho dañoso y las consecuencias dañosas se producen en el mismo segmento temporal, es insuficiente ante los nuevos tipos de lesiones, los avances de la ciencia (y en particular de la medicina forense) en la determinación de la relación causal, así como los nuevos principios constitucionales o de rango superior". Véase también MURGO, Caterina, (2021) *op. cit.*, p. 3060, que considera correcta y oportuna la referencia a un compromiso de diligencia razonable por parte del legitimado, que permite "valorar todas las medidas capaces de permitir al interesado actuar, según el criterio de diligencia razonable que no determina el surgimiento de cargas excesivas para la parte que se valora como perjudicada", como, por ejemplo, "el informe emitido a raíz del examen realizado por los peritos y consultores técnicos, en la medida en que puede proporcionar al perjudicado una imagen más clara y definitiva de las causas del perjuicio en cuanto a la trazabilidad de las acciones del perjudicado".

<sup>77</sup> Según BARELA, Maria, (2020/1) *op. cit.*, p. 615, la posibilidad de hacer valer el derecho está "vinculada, en primer lugar, a la existencia de los elementos constitutivos del caso al que se vincula el efecto indemnizatorio: (j) la conducta ilícita y (jj) el daño resultante como consecuencia directa", elementos de los que el perjudicado "debe tener una clara percepción, ya que en caso contrario no puede hacer valer un derecho que no tiene conciencia de poder ejercer". Y de nuevo, p. 616: "La inercia, que es un presupuesto ineludible para que corra el plazo prescriptivo, solo puede, por tanto, aflorar cuando se tiene pleno conocimiento, o mejor aún, conciencia de los hechos útiles para hacer valer el derecho a la indemnización" ya que (nota 11) "el cuadro cognitivo completo es funcional al ejercicio del derecho". También según el autor (p. 615 y ss.), esta cognoscibilidad debe referirse a todos los elementos constitutivos del hecho ilícito, y no solo al daño: "no basta con que el perjudicado sea consciente del hecho ocurrido o de la conducta puesta en marcha, ni tampoco basta con que simplemente sienta un malestar, una pérdida, una *deminutio* cualquiera (de carácter patrimonial o no patrimonial) en comparación con la situación anterior al "hecho": para que comience a correr el plazo prescriptivo, es necesario que ese perjuicio, esa *deminutio* se remonte precisamente a ese hecho y, por tanto, sea percibido por el perjudicado como un daño en sentido jurídico, indemnizable como tal por el autor de la conducta, de acuerdo con el art. 2043 del Código Civil. Es necesario, es decir, que el hecho ocurrido y el perjuicio sufrido se perciban, uno como "hecho ilícito", el otro como "daño injusto" —es decir, que sean relevantes para el derecho— (...); si no fuera así, es decir, si el "hecho" no se percibiera como "ilícito" y el perjuicio como "daño injusto", el perjudicado no tendría la menor conciencia de poder hacer valer su derecho a la indemnización, por lo que, a falta de iniciativa, no podría definirse como "inerte" y, por tanto, no podría empezar a correr el plazo de prescripción".

<sup>78</sup> La tesis sostenida por el plenario (*Sezioni Unite*) de la Corte de Casación en 2008, en particular, fue censurada por MONATERI, Pier Giuseppe, *Le fonti delle obbligazioni*, 3, cit., p. 373 y ss.), quien señaló su incongruencia con la letra del art. 2947, apartado 1, del Código Civil, que, al referirse al "hecho", se referiría al mismo "hecho" ilícito regulado en el art. 2043 del Código Civil, es decir, la conducta ilícita. El mismo autor ha señalado también cómo la interpretación restrictiva del art. 2947 del Código Civil, inspirada en la necesidad de certeza de los derechos, es más coherente con el fundamento del breve plazo de prescripción de cinco años previsto en materia de indemnización de los daños causados por un acto ilícito, que parece privilegiar el perfil de certeza del derecho sobre el de la protección del perjudicado (y, por tanto, la indemnización del daño).

dudado en señalar las contradicciones e incertidumbres que introduce en el sistema de prescripción, socavando su función tradicionalmente aceptada de garantizar la seguridad de las relaciones jurídicas.

En esta última línea de pensamiento, hay, en particular, quién <sup>79</sup>, aun estando de acuerdo con la necesidad de atenuar “la rigidez de una disciplina que, si se entendiera de manera excesivamente formal, sería a menudo manifiestamente injusta”, han censurado, sin embargo, la idea de que se pueda llegar a este resultado por vía interpretativa, siendo un obstáculo la profunda distancia entre la interpretación propuesta y la noción de “hecho” que subyace en el art. 2947, apartado 1, del Código Civil, y en cambio puso de manifiesto la irracionalidad (y, por tanto, la inaceptabilidad) de un planteamiento dirigido a “resolver, de forma puramente equitativa, una cuestión sectorial concreta (la del inicio del plazo de prescripción del derecho a la indemnización por daños personales), sin molestarse en someter a un adecuado examen crítico las convicciones comunes” que informan la lectura general de la regulación del plazo de prescripción <sup>80</sup>. Por el contrario, habría llegado el momento de una amplia reconsideración de la cuestión, que podría ser el preludeo de una profunda reforma del derecho de la prescripción según el modelo de las reformas adoptadas en los últimos tiempos en otras experiencias jurídicas europeas cercanas a la nuestra.

No cabe duda de que la directriz en cuestión responde a una necesidad de atemperar la rigidez de la prescripción que difícilmente puede ser ignorada y que va en la encomiable dirección de lograr un justo equilibrio entre el interés del titular del derecho y el de la parte pasiva, que se beneficiaría de la extinción por prescripción del derecho ajeno.

Sin embargo, el problema de identificar la base de la directriz sigue sin resolverse sustancialmente.

De hecho, el intento - que parece encontrar cierto apoyo también en las afirmaciones que a veces se encuentran en los mismos fundamentos de las sen-

<sup>79</sup> En particular, TESCARO, Mauro, “Ignoranza incolpevole e decorrenza della prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito”, en *Responsabilità civile*, 2007, p. 451.

<sup>80</sup> Una necesidad que, siempre según TESCARO, Mauro, (2007) *op. cit.*, p. 451, cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que “el problema de la relevancia, en el cómputo del plazo de prescripción, de la ignorancia irreprochable, se plantea, desde un punto de vista exclusivamente práctico, no con referencia exclusiva al derecho a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de un acto ilícito, sino en términos mucho más generales”, por ejemplo, en materia de garantía por “evizione” (evicción), donde la jurisprudencia oscila entre la afirmación según la cual el plazo de prescripción decenal de la acción según el art. 1489 del Código Civil, debida al comprador que descubre la existencia de cargas no aparentes sobre los bienes adquiridos, transcorre a partir del plazo de prescripción decenal de la acción según el art. 1489 del Código Civil (por ejemplo, Corte de Casación, 10 de octubre de 1992, n° 11094, en *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 1, c. 1922 y ss.) y aquella según la cual el desconocimiento de las cargas no aparentes sobre la cosa vendida impediría en cambio el cómputo del plazo de prescripción (Corte de Casación, 19 de enero de 2006, n° 976).



tencias que se examinan- de sostener que, al dar relevancia a la cognoscibilidad de los elementos constitutivos del agravio para establecer el *dies a quo* de la limitación del derecho a la indemnización, la jurisprudencia no habría abandonado la tesis tradicional de la irrelevancia de los impedimentos fácticos para el ejercicio del derecho, sino que habría reconocido que la ignorancia, circunstancia fáctica, incide en la propia "posibilidad jurídica" del ejercicio del derecho (y, por tanto, puede decirse que está incluida, de este modo, entre las circunstancias jurídicamente relevantes para el ejercicio), no nos parece que haya tenido pleno éxito <sup>81</sup>.

Se trata de una reconstrucción inaceptable porque, por definición, cualquier impedimento objetivo, de hecho o de derecho, para ser relevante como imposibilidad de ejercer el derecho debe ser tal que afecte, precisamente, a la posibilidad de ejercerlo. La distinción entre los dos tipos de impedimentos no se refiere, por tanto, a la forma en que cada uno de ellos afecta a la posibilidad de ejercicio de la situación subjetiva, excluyéndola, que es la misma en ambos tipos, sino solo a la naturaleza del impedimento: jurídico (en cuanto derivado de una norma), en un caso, fáctico (en cuanto derivado de una circunstancia de hecho), en el otro. Dado que todos los impedimentos tienen la misma repercusión en la capacidad del titular para ejercer su derecho, se trata, pues, de una mera opción de política legislativa para seleccionar los tipos de impedimentos relevantes para el transcurso del plazo de prescripción. Y es evidente que los impedimentos derivados de normas jurídicas, a diferencia de los fácticos, tienen un mayor grado de certeza y reconocibilidad, tanto en el horizonte del titular del derecho como de los terceros.

## CONCLUSIONES

Volvemos, pues, a la cuestión inicial, a saber, si la disposición del art. 2947 del Código Civil, al referirse al día en que "se produjo" el "hecho" ilícito, establece una regla que, al anclar el *exordium praescriptionis* a la realización del acto ilícito en todos (y solo) sus presupuestos legales, debe leerse como excluyendo la relevancia de los impedimentos de mero hecho, como, repetimos (a pesar de quienes se engañan pensando que pueden afirmar lo contrario), incluso la ignorancia inculpa del titular sobre la existencia del derecho.

<sup>81</sup> Ya hemos recordado (nota 49 supra) la opinión, en particular, de MURGO, Caterina, (2021) *op. cit.*, p. 3059, por la cual la orientación en cuestión ha reconducido, en esencia, "los perfiles fácticos, en los que se encuentra concretamente el interesado, al ámbito de los requisitos legales de su capacidad de obrar". En términos similares parece moverse también ANZANI, Gaetano, *op. cit.*, p. 1367 y ss., según el cual "el conocimiento o al menos la cognoscibilidad del daño son cuestiones de hecho, que sin embargo repercuten en la posibilidad jurídica de ejercer el derecho. Esta posibilidad solo es apreciable si una situación duradera de oposición al derecho, aunque deba entenderse en el sentido genérico de divergencia entre la protección abstractamente otorgada y la concretamente beneficiada, determina la actualidad del interés en reaccionar para hacer valer la situación subjetiva opuesta".

El análisis del problema no puede desconocer el lugar de la disposición en cuestión en su relación con la disposición más general contenida en el art. 2935 del Código Civil.

En esta perspectiva, existen, a nuestro juicio, dos soluciones abstractamente practicables en el plano hermenéutico, de las cuales la segunda nos parece, sin embargo, por las razones que se expondrán en seguida, más convincente, así como más respetuosa con el marco jurídico actual.

La primera hipótesis consiste en aceptar sin vacilaciones el planteamiento, implícitamente subyacente en la citada jurisprudencia expansiva sobre el tema del *dies a quo* de la prescripción (aunque nunca se haya reconocido *ex professo* en ella), que, subvirtiendo el entendimiento tradicional del art. 2935 del Código Civil, extiende el concepto de (im)posibilidad de ejercicio del derecho también al ámbito de la (im)posibilidad de hecho, considerando que esta norma expresa un principio general que atribuye relevancia a efectos del inicio de la prescripción también a los impedimentos de hecho. La interpretación no es inverosímil en el plano estrictamente literal, pues hay que convenir en que la forma en que está formulado el art. 2935 del Código Civil es lo suficientemente abierta como para permitir tal interpretación. También encuentra, como se anticipó, ciertas conexiones sistemáticas que se deducen, por ejemplo, del número progresivamente creciente de disposiciones del ordenamiento jurídico que, a los efectos indicados, atribuyen importancia a determinadas causas de impedimento de hecho del ejercicio de los derechos <sup>82</sup>.

De aceptarse esta línea interpretativa del art. 2935 del Código Civil, creemos que incluso la redacción más precisa del art. 2947 del Código Civil, que se refiere al acaecimiento del hecho ilícito, no constituiría un obstáculo insalvable para reconocer importancia, a efectos del cómputo del plazo de prescripción del derecho a la indemnización, al menos a la ignorancia inculpable del perjudicado en cuanto a los elementos constitutivos de la causa indemnizatoria. En una perspectiva que ve en el art. 2935 del Código Civil la enunciación de un principio general de la relevancia de los impedimentos, incluidos los impedimentos de hecho para el ejercicio del derecho, sería admisible entender la expresión “el hecho ocurrió” del art. 2947, apartado 1, del Código Civil, como referido, en especial aplicación de dicho principio al ámbito de los daños, a un hecho (ilícito) no solo “ocurrido”, es decir, sucedido, en el plano naturalista, sino también concretamente “verificable” (y, por tanto, “perceptible”) en el exterior, en particular en el horizonte de la víctima, en todos sus extremos. La ocurrencia

<sup>82</sup> Según ANZANI, Gaetano, *op. cit.*, p. 1368, “el legislador de 1942, tanto para el inicio como para, atribuyó relevancia a específicas hipótesis de desconocimiento, que representan impedimentos de mero hecho al ejercicio del derecho” y “podrían leerse no como excepciones a una *ratio* antitética y hegemónica, sino como epifanía de un principio que concurre en pie de igualdad en la conformación de la disciplina general”. Este principio se encapsularía en el adagio *contra non valentem agere non currit praescriptio* entendido en un sentido amplio que admite la pertinencia, como causas de impedimento de la prescripción, de cualquier obstáculo, incluso de hecho, siempre que tenga un carácter objetivo.

del hecho presupone, en otras palabras, que el daño *–rectius* todo el hecho ilícito– se ha "invertido" externamente en formas tales que lo hacen objetivamente reconocible por el perjudicado (y por un perjudicado ordinariamente diligente, precisemos). Se trata de un significado que, sin duda, está alejado del núcleo semántico de la expresión lingüística interpretada y que, sin embargo, aunque significativamente diluido, sigue siendo compatible con aquél y, en todo caso, justificable en una perspectiva de lectura de la norma especial conforme al principio general del que se considera expresión.

Sin embargo, la dificultad que plantea una interpretación tan extensiva del art. 2935 del Código Civil (y, en cascada, del art. 2947 del Código Civil) se sitúa, a nuestro juicio, en un plano distinto, el de su compatibilidad con la función que se pretende reconocer a la institución de la prescripción y, además, con las normas que, en materia de suspensión, dan protagonismo solo a las causas delimitadas y, en prevalencia, a los impedimentos de carácter legal.

En este sentido, nos parece que lo que se desprende tanto de la evolución del marco jurídico europeo como de algunas de las disposiciones específicas que también en nuestro ordenamiento jurídico ya atribuyen relevancia a determinados impedimentos fácticos (y en concreto a la ignorancia inculpable del legitimado) respecto de situaciones jurídicas concretas, confirma que la institución de la prescripción, aunque indudablemente encuentra su razón de ser en una necesidad fundamental de certeza <sup>83</sup>, en la práctica puede ser concebida *por el legislador* de manera que concilie esa necesidad con la otra, igualmente digna de consideración, de proteger la posición del derechohabiente, dando relevancia a las razones objetivas de su inercia y, por tanto, a la diligencia de éste en adquirir el conocimiento de las condiciones de las que depende su derecho. Las diversas (y con el tiempo crecientes) disposiciones reglamentarias que otorgan relevancia a tales impedimentos responden a este acto de equilibrio.

Es discutible, sin embargo, que el mencionado equilibrio pueda lograrse adecuadamente mediante una norma hermenéutica de apertura indiscriminada hacia la relevancia de los impedimentos de hecho que no vaya acompañada de un mecanismo adecuado de controles y equilibrios que, como demuestran las reformas alemana y francesa debe tener en cuenta tanto las peculiaridades de las distintas situaciones jurídicas (que no se sitúan todas en el mismo nivel ni en lo que respecta a la necesidad de certeza ni al mérito del interés subyacente a la situación jurídica) como la necesidad de combinar plazos de prescripción razonablemente cortos con plazos máximos, que suelen ser mucho más largos, más allá de los cuales las razones de inacción dejan de ser pertinentes y la necesidad

<sup>83</sup> Así lo reconoce, más recientemente, BIANCA, Cesare Massimo, *op. cit.*, p. 512 y ss., quien, sin embargo, precisa que este objetivo de certeza "se logra a través de la extinción de los derechos que han sido descuidados en el tiempo, en la medida en que, según la valoración normativa, ya no corresponden a un interés relevante de los titulares".

de certeza recupera definitivamente la escena <sup>84</sup>. Por no hablar de que, cuando se decide dar relevancia a las razones de inacción del titular, la necesidad de certeza que subyace en la institución correría el riesgo de verse completamente frustrada en ausencia de una delimitación adecuada del concepto de inercia (sin culpa) relevante para este fin.

Todo ello da lugar, a nuestro juicio, a la dudosa posibilidad de aceptar, en esta materia (pero la discusión podría extenderse fácilmente a otros ámbitos del Derecho que encuentran su razón de ser en la necesidad de seguridad de las relaciones jurídicas, en particular el de la publicidad inmobiliaria), las aperturas dejadas al intérprete fuera del marco de una reforma legislativa orgánica que asuma plenamente esta ponderación <sup>85</sup>.

De esta reflexión, si se está de acuerdo con ella, se deriva también el muy incierto fundamento de la interpretación del art. 2947 del Código Civil que se desprende de las más recientes orientaciones jurisprudenciales sobre la materia.

Esto no significa, sin embargo, que a la espera de una deseable intervención normativa que aborde las citadas cuestiones, se deba negar al intérprete cualquier margen de maniobra.

Este margen de maniobra puede y debe, por el contrario, ejercerse en aquellos ámbitos en los que, frente a la necesidad de seguridad de las relaciones jurídicas, la necesidad de proteger el interés del derechohabiente emerge como irreprimible en razón de la relevancia fundamental de los intereses en juego, resultante de la cobertura constitucional de la correspondiente protección jurídica.

En materia de daños personales, en particular, debe reconocerse que la indemnización por daños y perjuicios es la principal, si no la única, salvaguarda (aunque imperfecta) respecto a la protección del derecho fundamental vulnerado. Por ello, teniendo en cuenta también lo frecuente que es en este orden de casos que la percepción concreta del daño se posponga en el tiempo, bien por la manifestación de la lesión solo años después de la comisión de la conducta, bien por el impacto de la misma en la capacidad de la propia víctima para comprender en sus términos exactos el perjuicio sufrido y su correlación causal con la conducta, la denegación de la indemnización a la víctima, que se vería impedida para siempre de ejercer su derecho a la indemnización por una mera exigencia de certeza de la situación jurídica, supondría una inaceptable denegación de protección al derecho fundamental vulnerado y, con ello, al componente inviolable de la personalidad humana que garantiza.

<sup>84</sup> Términos, también a este respecto, que deberían diferenciarse adecuadamente teniendo en cuenta las distintas circunstancias y el peso de las situaciones implicadas.

<sup>85</sup> En términos diferentes y mucho más flexibles hay quienes están dispuestos a reconocer al intérprete, incluso ante una disposición puntual, la facultad de valorar los intereses según un criterio de razonabilidad. Una interpretación del art. 2935 del Código Civil italiano que se ajusta al criterio de razonabilidad, con especial atención a los daños de larga duración, es invocada, en particular, por PERLINGIERI, Giovanni, “Ragionevolezza e bilanciamento nell’interpretazione recente della Corte Costituzionale”, en *Rivista di diritto civile*, 2018, p. 716.

En esta lógica, cabe entonces considerar concebible, en un marco atento a la coherencia de las normas con el marco de valores consagrado en la Carta Constitucional, una interpretación del art. 2947 del Código Civil, que, por reducción teleológica <sup>86</sup>, llega a excluir del ámbito de aplicación del precepto todos los supuestos de indemnización de daños y perjuicios derivados de la vulneración de derechos fundamentales de la persona constitucionalmente garantizados y, por otro lado, a reconocer, para los casos en cuestión <sup>87</sup>, bien la aplicación analógica de las disposiciones que, en determinados ámbitos, establecen que el *dies a quo* del plazo de prescripción del derecho a la indemnización depende del conocimiento o la conciencia del perjudicado sobre el caso de la indemnización <sup>88</sup> o, y quizás más plausible, la aplicación directa del principio constitucional de protección (mínima) de la persona derivado del art. 2 Const., complementado por el principio (de derivación de la Unión Europea) de la eficacia de la protección de los derechos. En efecto, es incuestionable que la garantía del valor inviolable de la persona debe traducirse también en la garantía de una mínima protección indemnizatoria del interés primordial constitucionalmente protegido <sup>89</sup>: una protección mínima que se

<sup>86</sup> VELLUZZI, Vito, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, Edizioni ETS, 2013, p. 45, recuerda que la técnica de reducción teleológica (de matriz germánica: véase CANARIS, Carl-Wilhelm, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2ª ed., Berlin, De Gruyter, 1983, p. 82 y ss., especialmente p. 88 y ss.; BRANDENBURG, Hans-Friedrich, *Die teleologische Reduktion*, Göttingen, Schwartz, 1983) lleva al intérprete a hacer, dentro de una clase de casos regulados por una disposición legal, una distinción, basada en la *ratio* de la propia disposición, entre “dos o más subclases, asociando solo a una o a algunas de ellas la consecuencia jurídica prevista”.

<sup>87</sup> Afectada por lo que puede definirse, utilizando una terminología ya habitual en los estudios sobre la teoría de la interpretación, como una “laguna axiológica”, de la que se deriva la necesidad (para el intérprete) de identificar una excepción implícita. Véase, sobre este concepto, GUASTINI, Riccardo, “Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione”, en *Revus*, 2010, p. 57 y ss., quien recuerda el pensamiento de ALCHOURRÓN, Carlos E., y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1974, p. 158, según el cual, en particular, existe una laguna axiológica cuando un determinado caso, aunque regulado por una norma, es regulado por ésta de un modo que, a juicio del intérprete, es “axiológicamente inadecuado” porque el legislador no tuvo en cuenta “una distinción que debería haber tenido en cuenta”. Como observa Guastini (*op. cit.*, p. 57), lo que falta en estos casos no es, por tanto, ninguna norma, sino “una norma satisfactoria o 'justa' y, más precisamente, una norma 'diferenciadora', (...) que regule de forma distinta un caso que le parezca diferente al intérprete, es decir, que merezca una disciplina distinta”. Una laguna axiológica puede surgir, en particular, de la comparación entre la norma estatutaria y una norma constitucional, comparación de la que se desprende que la norma de rango inferior no tiene en cuenta una exigencia expresada por la norma de rango superior (véase, sobre este punto, MORESO, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, 2ª ed., Lima, Palestra editores, 2014, p. 176 y ss.).

<sup>88</sup> Véanse los ejemplos mencionados en las notas 25 y 24 sobre la responsabilidad por productos defectuosos y la responsabilidad extracontractual.

<sup>89</sup> También hay que tener en cuenta que, en no pocos de estos casos, la latencia del daño es, a su vez, fuente de más perjuicios, ya que impide al perjudicado actuar a tiempo para evitar que la enfermedad se agrave. La ocultación del daño es, de hecho, la causa de la inercia involuntaria que a su vez es perjudicial para la víctima.

negaría si, a efectos de la prescripción, se prescindiera del conocimiento y la cognoscibilidad del daño, conforme a la diligencia ordinaria, por parte de la víctima.

Puede añadirse, en apoyo de esta interpretación, que una lectura diferente sería incoherente con el hecho de que el derecho de la personalidad al que el ordenamiento jurídico reacciona previniendo una acción de daños y perjuicios no está sujeto a prescripción. Es cierto, en efecto, que el derecho a la indemnización, incluso cuando se refiere a los daños personales, es un derecho patrimonial prescriptible<sup>90</sup>, pero también es indudable que la privación de una mínima protección indemnizatoria, por razones ajenas a un efectivo desinterés del titular, puede dar lugar a una subrepticia prescripción del derecho primario protegido por la sanción indemnizatoria, sobre todo si se tiene en cuenta que la protección indemnizatoria posterior a la vulneración es muchas veces la única forma efectiva de protección del interés vulnerado.

Las consideraciones que ahora se hacen no parecen, en cambio, válidas para todos los casos de indemnización de daños y perjuicios, incluso fuera de la lesión a la persona. Respecto a estos otros supuestos de daños, no parece viable una interpretación que asigne relevancia a la ignorancia inculpable para adelantar el inicio del plazo de prescripción, ya que, al no estar en juego la protección mínima de un derecho fundamental, el derecho a la indemnización de estos daños se sitúa en el mismo plano que cualquier otro derecho subjetivo<sup>91</sup>. Con respecto a estas hipótesis, se deja a la elección del legislador establecer el mejor equilibrio entre la necesidad de estabilidad de las relaciones jurídicas y la necesidad de proteger al perjudicado, tras identificar el sistema de controles y equilibrios cuya necesidad ya se ha mencionado y en ausencia del cual el simple desplazamiento hacia adelante del plazo de prescripción, potencialmente indefinido y sin límite, resultaría en última instancia en un sacrificio difícilmente justificable de las razones del perjudicado.

<sup>90</sup> Véase la sentencia de la Corte de Casación de 3 de octubre de 2013, n° 22601, que excluyó que el derecho a reclamar una indemnización por daño moral sea de carácter estrictamente personal (y, sobre esa base, reconoció su transmisibilidad en virtud del art. 1260 del Código Civil).

<sup>91</sup> En este sentido, BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile*, 7, cit., p. 570, observa que la diferencia en la regulación del plazo de prescripción que se ha producido según se trate de derechos indemnizatorios o de otros derechos solo puede justificarse por el mayor mérito de la protección del derecho a la reparación del daño, explicación que se considera "ciertamente plausible cuando el daño se refiere a derechos de la personalidad" (menos, o al menos parecería significar esto implícitamente) cuando el daño se refiere a derechos patrimoniales. En el mismo dictamen, sin embargo, el autor afirma que "aprueba plenamente" la orientación que reconoce relevancia a la ignorancia irreprochable del titular del derecho en todos los casos de indemnización de daños, y ello porque "el derecho a la indemnización merece (...) ser igualmente protegido a efectos de la prescripción tanto si la imposibilidad de ejercerlo depende de un impedimento legal como de un impedimento de hecho. El derecho a la indemnización por daños y perjuicios se sacrificaría, de otro modo, en nombre de una distinción irrelevante para la disciplina de la obligación y el contrato (el deudor, por ejemplo, se libera de la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento, ya sea de derecho o de hecho: art. 1218 Código Civil)".

## BIBLIOGRAFÍA

- ANZANI, Gaetano, “L’irragionevole diversità dei termini prescizionali nelle due specie di responsabilità civile”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 1361 y ss.
- AZZARITI, Gaetano, y SCARPELLO, Gaetano, “Prescrizione e decadenza”, en *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, VI, *Tutela dei diritti*, art. 2910-2969, 2ªed., Bologna-Roma, Zanichelli editore-II Foro italiano, 1977, p. 222 y ss.
- BARELA, Maria, “Danno lungolatente, *dies a quo* della prescrizione e "abuso" nell’illecito antitrust”, en *Danno e responsabilità*, 2020, p. 613 y ss.
- \_\_\_\_\_, “Percezione del danno e prescrizione del diritto al risarcimento nell’illecito antitrust”, en *Foro Italiano*, 2020, p. 3611 y ss.
- BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile*, 7, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, Giuffrè, 2012.
- BONA, Marco, “Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e CEDU in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della ‘ragionevolezza’”, en *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, p. 1709 y ss.
- CALZOLAIO, Ermanno, “La riforma della prescrizione nella prospettiva del diritto privato europeo”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, p. 1087 y ss.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, CEDAM, 2003.
- CAPONI, Remo, “La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana”, en *Corriere giuridico*, 2006, p. 1321 y ss.
- CATALA, Pierre (ed.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française 2006, Livre Troisième – Titre XX, De la prescription et de la possession (art. 2234 à 2281), avec un exposé des motifs de P. Malaurie.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, Jovene, rist. 1980.
- D’AVANZO, Walter, *Della prescrizione*, en *Commentario D’Amelio, Libro della Tutela dei Diritti*, Firenze, 1943, p. 954 y ss.
- DE CUPIS, Adriano, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, Giuffrè, 1979
- DELLE MONACHE, Stefano, “Profili dell’attuale normativa del codice civile tedesco in tema di prescrizione”, en *Rivista di diritto civile*, 2003, p. 190 y ss.
- DEL SIGNORE, Giovanni, *Contributo alla teoria della prescrizione*, Padova, CEDAM, 2004.
- GALLO, Paolo, “Prescrizione e decadenza”, en *Digesto Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Aggiornamento*, VIII, Torino, UTET, 2013, p. 511 y ss.
- GRASSO, Biagio, “Prescrizione”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 66 y ss.

- GUARNERI, Attilio, “*L’exordium praescriptionis*”, en *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 1135.
- IANNACCONE, Attilio, *sub art. 2947*, en Vitucci, Paolo (ed.), *La prescrizione*, II, *Commentario Schlesinger*, artt. 2941-2963, Milán, 1999, p. 173 y ss.
- IRTI, Natalino, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.
- MONATERI, Pier Giuseppe, “*Le fonti delle obbligazioni*, 3, *La responsabilità civile*”, en *Trattato Sacco*, Turín, UTET, 1998, p. 375 y ss.
- MURGO, Caterina, *Il tempo e i diritti. Criticità dell’istituto della prescrizione tra norme interne e fonti europee*, Torino, Giappichelli, 2015.
- \_\_\_\_\_, *Prescrizione dell’illecito contrattuale ed extracontrattuale*, en NAVARRETTA, Emanuela (ed.), *Codice della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 3049 y ss.
- PATTI, Salvatore, “*Certeza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, p. 24 y ss.
- QUERCI, Agnese, “*La rilevanza della prescrizione nella responsabilità extracontrattuale per danni da emotrasfusioni ed emoderivati*”, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 635 y ss.
- RIEDHAMMER, Markus, *Kenntnis, GrobeFahrlässigkeit und Verjährung*, Berlino, Peter Lang, 2004.
- SAPONE, Natalino, “*Illecito permanente*”, en *Digesto Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Aggiornamento, Torino, UTET, 2010, p. 738 y ss.
- TESCARO, Mauro, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità. La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, Padova, CEDAM, 2006.
- \_\_\_\_\_, “*La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non curritpraescriptio*”, en *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 253 y ss.
- \_\_\_\_\_, “*L’incertezza della prescrizione: l’esempio del danno da mancato recepimento di direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012*”, en *Rivista di diritto privato*, 2012, p. 202.
- VETTORI, Giuseppe, “*Effettività delle tutele (diritto civile)*”, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 381 y ss.
- VITUCCI, Paolo, “*La prescrizione*”, en *Il codice civile. Comentario Schlesinger*, t. I, Milano, Giuffrè, 1990, p. 95.
- \_\_\_\_\_, “*Le “disposizioni generali” sulla prescrizione*”, en Roselli, Federico, y P. VITUCCI, Paolo, *La prescrizione e la decadenza*, en *Trattato Rescigno*, 20, *Tutela dei diritti*, II, 2ª ed., Torino, 1998, p. 497 y ss.
- VON BAR, Christian, y CLIVE, Eric (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Oxford, Oxford University Press, 2010.



## ESTUDIOS SOBRE ACCIÓN REIVINDICATORIA \*

Por MARCELO A. PEPE \* y GONZALO PÉREZ PEJIC \*\*

### **Resumen:**

*Las acciones reales constituyen remedios procesales de gran importancia para la defensa de los derechos reales, dentro los cuales la acción reivindicatoria asume vital trascendencia, pues faculta al legitimado a recuperar la cosa objeto del derecho real en caso de una lesión de gravedad tal como la desposesión. En el presente trabajo se estudian el ámbito de las acciones en el Código Civil y Comercial de la Nación, su naturaleza, efectos y lesiones que las habilitan. Luego se analiza en particular la legitimación activa genérica y específica en el proceso de reivindicación y los legitimados pasivos de la acción. Se delimita, asimismo, el objeto de la acción reivindicatoria y estudia la incidencia de la prueba en proceso, para culminar la con la enunciación de los límites de la acción y los caracteres de la sentencia.*

### **Palabras clave:**

*Acciones reales, lesiones, desposesión, legitimación activa y pasiva, prueba, límites, sentencia.*

## STUDIES ON VINDICATORY CLAIM

### **Abstract:**

*Real actions are legal remedies of great importance for purposes of defending proprietary rights, where tracing claims prove to be vital because holders of any such actions are entitled to recover the thing subject matter of a property right in cases of a*

\* Dedicamos el presente estudio a la profesora Marina Mariani de Vidal en reconocimiento a su trayectoria académica y por sus incontables aportes para nuestra formación.

\*\* Abogado (FD-UBA). Traductor Público en Idioma Inglés (FD-UBA). Profesor Titular por Concurso de Derecho Civil IV (UNPAZ). Profesor Titular de Derecho Civil IV (UCEMA). Profesor Titular Derecho Civil IV de la Universidad Nacional de la Plata (UNLP). Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Civil IV (FD-UBA); Profesor Titular de Lengua y Derecho I (Traductor Público-UBA). Autor de numerosos artículos de doctrina, en su especialidad, publicadas en revistas especializadas y libros de derechos reales y derecho societario, en idioma español e inglés. Autoridad de numerosos Congresos y Jornadas de Derecho Civil, en el ámbito de los derechos reales. Dictó numerosos cursos, seminarios y conferencias en el campo de su especialidad, en Universidades y Entidades públicas y privadas, también en Colegios Profesionales de todo el país.

*serious harm suffered by the holder, namely where dispossession of the object occurs. This paper deals with the legal scope of real actions, the nature of the harm entitling the holder to institute tracing claims and their procedural effects in the Argentine legal system provided by the Civil and Commercial Code. The generic and specific standing of holders of tracing actions, together with the eligibility of persons capable of being sued, is also studied throughout this work. The paper also analyses the procedural object of tracing claims and the rules governing proof in the procedure. It ends with stating the defenses which constitute a bar to tracing actions and the nature of the final judgement.*

**Key words:**

*Real actions, harm suffered, tracing claims, dispossession, legal standing, persons sued, proof, defenses, judgement.*

## INTRODUCCIÓN

El libro cuarto del Código Civil y Comercial (en adelante, CCCN) destinado a los derechos reales, trata las *defensas del derecho real* en su Capítulo 2, a través de cinco secciones: 1ª “Disposiciones generales”; 2ª “acción reivindicatoria”; 3ª “acción negatoria”; 4ª “acción confesoria” y 5ª “acción de deslinde”. A diferencia del Código Civil antecesor (en adelante, CC), el CCCN ubica la regulación al concluir con cada derecho real en particular, tomando distancia de la decisión tomada por Dalmacio Vélez Sarsfield, quien la había incorporado luego de tratar dominio y condominio, lo cual generó polémica en la doctrina.

Las *acciones reales*, según el art. 2247 del CCCN, son “los medios de defender en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales contra ataques que impiden su ejercicio”. Cabe resaltar que ellas son *remedios procesales* para proteger los derechos reales. En consecuencia, se descartan las defensas de carácter extrajudicial como acontece con el supuesto excepcional previsto para las relaciones de poder (art. 2240 del CCCN). Además, lo que se defiende en juicio es la *existencia, plenitud y libertad* del derecho real. Estos tres planos se vinculan con la *finalidad* de la tutela y con la *lesión* provocada. Si empleamos las palabras utilizadas por el artículo en comentario, vemos que la defensa se concede contra ataques que impiden el ejercicio del derecho real. Así, la expresión “ejercicio” alude a la existencia, plenitud y libertad, mientras que el término “ataques” refiere a las distintas lesiones que habilitan la promoción de cada una de las acciones reales.

Dispone el segundo párrafo del art. 2247 del CCCN que “las acciones reales legisladas en este Capítulo son la reivindicatoria, la confesoria, la negatoria y la de deslinde”. Existen, entonces, acciones reales *típicas y atípicas*<sup>1</sup>. Las primeras son

<sup>1</sup> Para un mayor desarrollo, véase: ALLENDE, Guillermo L., *Panorama de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967, p. 285; VENTURA, Gabriel B., “Acciones reales”, en VALLESPINOS, Carlos G. (Dir.), *Cuestiones esenciales en derechos reales*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2002, p. 137.

aquellas que el codificador expresamente contemplo como reales (reivindicatoria, confesoria, negatoria y deslinde). Lo contrario ocurre con las otras, aunque su carácter real puede inferirse (acción de partición, hipotecaria, petición de herencia, reducción, entre otras). Nótese que, a diferencia del CC, se incorpora junto a las típicas defensas a los derechos reales, la acción de *deslinde*. Si bien alguna doctrina ya coincidía en considerarla una acción real, el CCCN despeja toda duda.

Entre las defensas nombradas, la acción *reivindicatoria* asume vital relevancia, pues faculta al legitimado a recuperar la cosa objeto del derecho real en caso de una lesión de gravedad como lo es la *desposesión*. Así, en el presente trabajo estudiaremos en particular su finalidad, lesión que la habilita, el carácter imprescriptible de la acción, exigencias para su progreso, indemnización por daños, la legitimación activa genérica y específica (con especial referencia al titular de un boleto de compraventa), legitimados pasivos, objetos que pueden ser reivindicados y aquellos excluidos, la incidencia de la prueba en el proceso, el derecho a reembolso, los límites de la acción, la reivindicación de automotores, medidas cautelares y los caracteres de la sentencia.

## 1. FINALIDAD

Como adelantamos, la protección del derecho real abarca su *existencia, plenitud y libertad*. Es preciso no olvidar que la relevancia del tríptico surge de la íntima relación entre la *finalidad* de la tutela y el *ataque* promovido al derecho real.

El primer párrafo del art. 2248 del CCCN dispone que “[I]a acción reivindicatoria *tiene* por finalidad defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que producen el desapoderamiento”. La *existencia* implica la posibilidad de mantener la relación directa con el objeto (art. 1882 del CCCN).

No es ociosos distinguir la finalidad de la reivindicación con la de las demás acciones reales. Así, el segundo párrafo del 2248 del CCCN establece que “la acción negatoria tiene por finalidad defender la libertad del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que constituyen una turbación, especialmente dada por la atribución indebida de una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión”. Sobre la *libertad* del derecho real Jorge H. Alterini expresa que ella “implica su ejercicio sin embarazos u obstáculos”<sup>2</sup>. La libertad, entonces, involucra su ejercicio exento de sujeciones indebidas, especialmente dadas por la atribución de derechos inherentes a la posesión (ej.: servidumbres) o por la atribución del ejercicio de un derecho real en exceso de sus límites verdaderos (art. 2262 del CCCN). En su tercer párrafo, el art. 2248 del CCCN, reza que “[I]a acción confesoria tiene por finalidad defender la plenitud del derecho real y corresponde ante actos que impiden ejercer una servidumbre

<sup>2</sup> ALTERINI, Jorge H., *Acciones reales. Análisis exegético del régimen jurídico de las acciones reivindicatoria, confesoria y negatoria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 11.

u otro derecho inherente a la posesión”. La *plenitud* del derecho real conlleva su ejercicio total e íntegro, lo que acontece cuando se puede aprovechar de los derechos inherentes a la posesión, ya sea utilizar la servidumbre que se tiene o poder exigir el respeto de los límites al dominio (arts. 1932 y 1970 del CCCN).

Párrafo aparte merece que el art. 2248 del CCCN no menciona la finalidad que habilita la acción de deslinde. Ello fue advertido y criticado con acierto por la doctrina <sup>3</sup>. Sobre el asunto, adherimos a la solución que brinda Nelson G. Cossari al acudir a los fines didácticos al art. 2219 del Proyecto de 1998, el cual disponía que la acción de deslinde “defiende la *amplitud* del derecho real que recae sobre terrenos, aunque tengan construcciones y tiene como finalidad que los límites inciertos se investiguen, y el terreno se *mensure* y *amojone*”. La *amplitud* del derecho real que recae sobre terrenos significa su ejercicio adecuado a la extensión física de la cosa y ello se logra a través de la certeza en sus límites. Quien lee podrá notar que la finalidad de esta clase de acción real no se relaciona con una “lesión sufrida”, pues no hay ataque alguno al derecho real.

## 2. LESIÓN

El primer párrafo del art. 2248 del CCCN dispone que “[l]a acción reivindicatoria tiene por finalidad defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión *y corresponde ante actos que producen el desapoderamiento*” (el destacado nos pertenece). Por ende, para que la acción reivindicatoria sea factible es menester que la lesión sufrida constituya un *desapoderamiento*: una exclusión absoluta, total o parcial, en el contacto físico con el objeto.

Al igual que en materia de finalidad, creemos conveniente distinguir la lesión que permite promover la reivindicación de aquellas que les abren paso a las otras acciones reales típicas. Esto nos conduce hacia el segundo párrafo del art. 2248 del CCCN, el cual establece que “[l]a acción negatoria tiene por finalidad defender la libertad del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante *actos que constituyen una turbación*, especialmente dada por la atribución indebida de una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión” (el destacado nos pertenece). Así, para la procedencia de la acción negatoria es necesario que la lesión sufrida constituya una turbación. En particular la norma cita los casos de la atribución indebida de una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión, o bien, del exceso en los límites verdaderos del ejercicio de un derecho real (art. 2262 del CCCN). Sobre las diferencias existentes entre la acción reivindicatoria y la acción negatoria, Vélez Sarsfield señalaba en la nota al art. 2800 que “[e]sta acción [negatoria] dice Maynz, no difiere de la reivindicación, sino por *la extensión de la lesión* que nuestro derecho de propiedad ha sufrido

<sup>3</sup> COSSARI, Nelson G. “Comentario al art. 2249”, en ALTERINI, Jorge H. (director general) -ALTERINI, Ignacio E. (Coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Buenos Aires, La Ley, 2015, t. X, (director del tomo: Nelson G.A. Cossari), pp. 759.

de parte del demandado. Para que podamos intentar la reivindicación, es preciso que se nos haya impedido enteramente usar de nuestra cosa, es decir, que seamos privados de la posesión. Todo ataque de una importancia *menos grave* basta para darnos la acción negatoria” (el destacado nos pertenece). En otro orden, en cuanto a la acción confesoria, el tercer párrafo del art. 2248 del CCCN reza que ella “tiene por finalidad defender la plenitud del derecho real y corresponde ante *actos que impiden ejercer una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión*” (el destacado nos pertenece). Para su procedencia la lesión sufrida debe corresponderse con actos que impidan ejercer una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión (específicamente los límites al dominio referidos a las relaciones de vecindad). Como enseña Alterini, la finalidad de dicha acción es que “esos derechos se reestablezcan [...]. La designación de la acción como ‘confesoria’ obedece a que a través de ella se procura que el demandado ‘confiese’ o reconozca los derechos inherentes a la posesión que impediera”<sup>4</sup>.

Una vez más apartamos el deslinde, debido a que su procedencia no depende de la existencia de una *lesión*. Es que un ataque implicaría el cuestionamiento de los límites, y eso excedería el marco de la nombrada acción, pasando a la órbita de la *reivindicación*. Por ello, el segundo párrafo del art. 2266 del CCCN, dispone que “[n]o procede acción de deslinde sino reivindicatoria cuando no existe incertidumbre sino cuestionamiento de los límites”. De esta forma, para su procedencia es necesario el estado de *incertidumbre* que genera la *inexactitud* del lugar de paso de la línea divisoria entre inmuebles contiguos.

### 3. IMPRESCRIPTIBILIDAD

El art. 2247 CCC, en su último párrafo, dispone que “[l]as acciones reales son imprescriptibles, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de prescripción adquisitiva”.

Recordamos que en el CC no existía una norma expresa que consagrara tal carácter. La única referencia con la que se contaba era la derivada del art. 4019, el cual sentenciaba que “[t]odas las acciones son prescriptibles con excepción de las siguientes”, entre las cuales el primer inciso señalaba “la acción de reivindicación de la propiedad de una cosa que está fuera del comercio” y el inciso cuarto, “la acción negatoria que tenga por objeto una servidumbre, que no ha sido adquirida por prescripción”. Sin embargo, se llegó a sostener la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria con base en la *perpetuidad del dominio*, siendo que ella derivaba de tal derecho real. Enseñaba Guillermo A. Borda que “[l]a acción de reivindicación emana del dominio; y como éste tiene carácter perpetuo, dicha acción es imprescriptible. Sin embargo, la reivindicación puede ser detenida como consecuencia de la prescripción adquisitiva opuesta por el poseedor de la cosa reivindicada. En otras palabras: el dominio no se pierde por

<sup>4</sup> ALTERINI, *Acciones reales...*, *op. cit.*, p. 124.

prescripción, pero en cambio se adquiere por usucapión; y por cierto, una vez que la usucapión se ha operado, cesa el dominio del anterior propietario”<sup>5</sup>.

Lo cierto es que ya no quedan dudas, el CCCN adopta la imprescriptibilidad de *todas* las acciones reales<sup>6</sup>. Este carácter solo queda limitado frente a la prescripción adquisitiva, pues no podrá intentar la acción real quien acaba de perder el derecho real como consecuencia de haber sido obtenido por un nuevo titular.

#### 4. EXIGENCIAS PARA EL PROGRESO

El art. 2249 del CCCN, bajo el epígrafe “demanda y sentencia”, ordena que “[p]ara el progreso de las acciones reales la titularidad del derecho debe existir al tiempo de la demanda y subsistir al tiempo de la sentencia”.

La solución –prevista en el CC para la acción reivindicatoria (art. 2774)– en la actualidad resulta extensible a todas las acciones reales. Así, quien promueve la demanda, al tiempo de hacerlo, debe ostentar la titularidad del derecho real, la cual deberá subsistir al tiempo de la sentencia. Esta exigencia de titularidad del derecho real al momento del dictado de la sentencia es lógica ya que no puede defenderse lo que no se tiene, al perderse el derecho real se pierde, así mismo, el objetivo de la acción<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Perrot, t. II, 1978, p. 512.

<sup>6</sup> Es de interés la opinión que al respecto realizan Adrián G. Carta y Gustavo A. Quiroga, quienes señalan que “[e]n rigor de verdad, la imprescriptibilidad resulta aplicable solamente a la acción reivindicatoria, puesto que el desapoderamiento se consume en un momento dado. Las otras acciones tienen la particularidad de que se utilizan para defender los derechos reales contra lesiones que son de ejecución continuada, con lo cual el tratamiento de la prescriptibilidad deviene imposible, pues no existe un momento en que el hecho se consume y determine el inicio del cómputo. Tómese como ejemplos para comparar, a la desposesión de un inmueble que habilita a promover la acción reivindicatoria, y a la turbación sobre el mismo inmueble que habilita la acción negatoria. En el primer caso, la desposesión se consume cuando se excluye de la posesión al titular del derecho, lo que fija un momento preciso que podría ser utilizado para iniciar el cómputo. Pero en el segundo caso, la demanda negatoria se promoverá en tanto y en cuanto la turbación se esté produciendo, pues si el autor alcanza su cometido y logra la exclusión, se habrá hecho necesario reivindicar en lugar de promover la negatoria; y si no lo logra, pero deja de ejecutar la turbación, se habrá perdido el objeto para promover la acción. Lo mismo ocurre cuando se analiza la acción confesoria, pues se promueve en tanto y en cuanto se produzca alguna de las lesiones, dado que si se deja de impedir el ejercicio de la servidumbre –o del derecho inherente a la posesión–, la acción se queda sin objeto”. CARTA, Adrián G. y QUIROGA, Gustavo A., “Acciones reales”, en CLERC Carlos M., *Derechos Reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, 2ª edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Erreius, 2019, p. 546.

<sup>7</sup> E atención a la acción reivindicatoria, pero pensable para todas las acciones reales, Héctor Lafaille enseña que el derecho de poseer en el demandante debe existir al tiempo de la sentencia, pues: “[s]i esto último no se produce, carecería de interés práctico obligar a la restitución y no sería posible, tampoco, declarar el *ius possidendi* a favor del reivindicante”. LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, 2ª edición actualizada y ampliada por Jorge H. Alterini, La Ley – Ediar, Buenos Aires, 2010, t. V, p. 387. Por su parte, Raymundo M. Salvat observa que “[s]i el derecho de poseer, mejor dicho, si el derecho de propiedad existía al tiempo de deducir la acción, pero después se ha perdido, el fundamento de la reivindicación

Respecto del requisito que exige la titularidad del derecho real al momento de interponer la demanda –en atención al art. 2774 CC– Beatriz Aréan expresa que “[l]a razón que ha tenido en cuenta el codificador para exigir que el reivindicante tenga derecho de poseer al iniciarse el juicio es clara, pues si no lo tuviere, carecería de interés y sería un verdadero despropósito disponer la restitución de la cosa a su favor”<sup>8</sup>. No obstante, se critica mantener dicha exigencia, la cual ha sido catalogada como “una mala solución”<sup>9</sup>. Es que ella sería incompatible con el principio de convalidación de los derechos reales contenido en el art. 1885 del CCCN, el cual establece que “[s]i quien constituye o transmite un derecho real que no tiene, lo adquiere posteriormente, la constitución o transmisión queda convalidada”. A su vez, la solución parece contraria al art. 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo inc. “6”, en su segundo párrafo, dispone que “[l]a sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos”. También la exigencia legal resultaría contradictoria de la doctrina asentada en el plenario “Arcadini, Roque (suc.) c/ Maleca, Carlos”, que dispuso: “[...] se declara que el comprador de un inmueble, a quien se le ha otorgado la pertinente *escritura* traslativa de dominio, puede, *aun antes de la tradición de la cosa*, ejercer la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor de la misma” (el destacado nos pertenece)<sup>10</sup>.

Por nuestra parte creemos que la regla del art. 2249 del CCCN de exigir la titularidad del derecho real al tiempo de la demanda, supone que la lesión se haya producido con *posterioridad* a los recaudos de adquisición del derecho real. Sin embargo, tal regla no debe pensarse con un criterio absoluto, ya que cede en determinadas circunstancias. Un ejemplo, sería el que acontece en materia de prueba de la acción reivindicatoria en caso de inmuebles. Allí el CCCN se inclina por la preferencia del actor que tiene título *anterior* a la posesión del demandado, cuando los derechos emanan de *distintos antecesores*. En este supuesto, quien promueve la acción, no ostenta la titularidad del derecho real, porque no ha podido reunir su título con el modo suficiente.

desaparece y la acción no debe prosperar; hay en esto una limitación al principio que la sentencia debe resolver ateniéndose a la situación legal y de hecho existente al trabarse la *litis contestatio*; pero esta limitación se justifica, porque desaparecido el derecho de propiedad, falta el fundamento de la acción y el objeto con ella perseguido, que era restablecer ese derecho de propiedad, desaparecido durante el juicio”. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, cuarta edición actualizada por Manuel J. Argañaras, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., 1959, t. III, p. 644.

<sup>8</sup> AREÁN, Beatriz, “Comentario al art. 2774”, en BUERES, Alberto J. (Dir.) – HIGHTON, Elena I. (Coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi José Luis Depalma editor, 1997, t. 5, p. 845.

<sup>9</sup> COSSARI, “Comentario al art. 2249”, *op. cit.*, p. 760.

<sup>10</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, “Arcadini, Roque (suc.) c/ Maleca, Carlos” 11/11/1958, *La Ley*, 92, p. 463.

## 5. DAÑO

Las acciones reales tienen otro objeto o función aparte del explicado en la introducción y “es el de exigir al autor de la violación del derecho real, no solo el restablecimiento de los hechos a fin de conformarlos al derecho, sino también la indemnización de daños y perjuicios a que hubiere lugar a consecuencia de la violación del derecho real”<sup>11</sup>. Así, el art. 2250 del CCCN dispone que “[e]l actor puede optar por demandar el restablecimiento del derecho real u obtener la indemnización sustitutiva del daño. Si opta por el restablecimiento de su derecho, puede reclamar el resarcimiento complementario del daño. Si opta por obtener la indemnización sustitutiva del daño, pierde el derecho a ejercer la acción real”.

El CC contemplaba la indemnización por el detrimento padecido a raíz de la lesión sufrida como efecto accesorio (art. 2756) o, en algún caso, como acción subsidiaria (art. 2779). Observamos que el CCCN le concede al actor el derecho de escoger entre el restablecimiento del derecho real (existencia, plenitud o libertad) o de obtener la indemnización sustitutiva de los daños. Así, dependiendo de su elección –junto con la acreditación de la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil (antijuridicidad, factor de atribución, daño y relación de causalidad)– la indemnización, será complementaria o sustitutiva. Tendrá carácter *complementario* cuando sea promovida como *accesoria* del restablecimiento del derecho real y *sustitutivo* cuando sea articulada como acción *principal*. La norma, en este último caso, veda al actor la posibilidad de deducir luego la acción real. Ella procederá, por ejemplo, cuando el actor se vea impedido de recuperar la cosa, por estar en manos de un tercer adquirente de buena fe y a título oneroso.

Por último, si bien el art. 2250 del CCCN parece dirigirse a todas las acciones reales, seguimos a Cossari, en cuanto a que debiera excluirse la acción real de deslinde<sup>12</sup>.

## 6. LEGITIMACIÓN ACTIVA

A los efectos de una mayor comprensión enunciaremos cada uno de los sujetos legitimados para promover la acción reivindicatoria.

### 6.1. Titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión

Bajo la vigencia del CC, grandes discusiones giraron en torno a quienes correspondía articular la reivindicación. Así, alrededor del debate se formaron dos tesis, una *restringida* y otra *amplia*.

<sup>11</sup> VALDES, Horacio y ORCHANSKY, Benito, *Lecciones de derechos reales*, Argentina, Ediciones Lerner, 1969, t. I, p. 38.

<sup>12</sup> COSSARI, “Comentario al art. 2250”, *op. cit.*, p. 761.



Para la primera corriente la acción reivindicatoria solo podía ser entablada por el titular del derecho real de *dominio* o por los *condóminos*<sup>13</sup>. Dentro de los principales argumentos se señalaban que el art. 2759 expresaba que eran reivindicables “las cosas de que se tiene dominio”; el art. 2772, que aludía a los titulares de derechos reales perfectos o imperfectos (haciendo referencia al dominio perfecto e imperfecto); la propia fuente del art. 2772 en donde Maynz concede la acción reivindicatoria al dueño; y la ubicación metodológica de la regulación, pues la reivindicación era tratada con posterioridad a los derechos reales de dominio y condominio (Título IX del Libro III).

En cambio, para la segunda postura la acción reivindicatoria podía ser promovida por todos los *titulares de derechos reales* que se ejercieran por la *posesión*<sup>14</sup>. Como fundamento se invocaba: la fuente del art. 2758, Robert J. Pothier, quien alude al dominio como “*domaine de propriété*”. Mientras que hace referencia al usufructuario con la expresión “dominio del usufructuario”, donde el término dominio resulta genérico y comprensivo de la “propiedad”. A su vez, el jurista francés expresaba que no era necesario en el Derecho francés tener el dominio directo para reivindicar, sino que bastaba el dominio útil<sup>15</sup>; la referencia del art. 2772 a los “derechos reales perfectos o imperfectos”, que no necesariamente pueden aludir al dominio, pues el usufructo se clasifica de igual forma en perfecto e imperfecto (cuasiusufructo). A más, sobre esto último se indicaba que la fuente era el art. 3713 del Esbozo de Freitas, el cual utilizaba la expresión “posesión perfecta e imperfecta” que Vélez Sarsfield relacionó con “derechos reales perfectos e imperfectos”. Lo último se desprendía de artículos como el 2558 y 2559 (poseedor imperfecto como el usufructuario, usuario, habitador, acreedor anticresista); y existían normas fuera del Capítulo destinado a tratar la acción reivindicatoria, que regulaban la misma, por ejemplo, los arts. 2876, 2950, 3227, 3890 y 3254 CC.

El CCCN finaliza la discusión precedente en virtud de la claridad que emerge del art. 2248 del CCCN: “[L]a acción reivindicatoria tiene por finalidad defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que producen el desapoderamiento” (el destacado nos pertenece).

<sup>13</sup> SALVAT, *op. cit.*, t. III, p. 637; MOLINARIO, Alberto D., *De las relaciones reales*, Buenos Aires, La Ley, 1965, p. 129; MOLINARIO, Alberto D., *De las relaciones reales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1981, p. 174.

<sup>14</sup> SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, Librería y Editorial “La Facultad”, 1933, t. II, p. 190; LAFAILLE, *op. cit.*, t. V, p. 384; ALLENDE, *op. cit.*, p. 288; BORDA, *ob. cit.*, t. II, 1978, p. 472; MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, Buenos Aires, Zavalia editor, 1993, t. 3, p. 307; AREÁN, Beatriz, *Derechos reales*, 6ª edición renovada y ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, t. 2, 2008, p. 908; PAPAÑO, Ricardo J., KIPER, Claudio M., DILLON, Alberto G. y CAUSSE, Jorge R., *Derechos reales*, Argentina, Ediciones Depalma, 1990, t. III, p. 91; ALTERINI, *Acciones reales*, *op. cit.*, p. 17; CAUSSE, Federico J. y PETTIS, Christian R., “Acción reivindicatoria”, en KIPER, Claudio M. (Dir.), *Juicio de acciones reales*, Argentina, Hammurabi, 2010, p. 58.

<sup>15</sup> Pothier, Robert J., *Tratado del derecho de dominio de la propiedad*, traducido por D. Manuel Deó, Madrid, Librería de V. Suarez, 1882, t. VII, p. 212

De esta forma, recepta la *tesis amplia*: si la reivindicación tiene por objetivo tutelar la existencia de los derechos reales que se ejercen por la posesión, va de suyo que la legitimación activa se extiende a sus titulares.

## 6.2. Cotitulares de derechos reales que se ejercen por la posesión

Al igual que el CC, el CCCN plasma algunas soluciones específicas atinentes al desenvolvimiento de las acciones reales, cuando son ejercidas por los *cotitulares de derechos reales* (condóminos, cusufructuarios, cusuarios, cohabitadores, etc.). Así, el art. 2251 del CCCN, en su primer párrafo, reza que “[l]as acciones reales competen a cada uno de los cotitulares contra terceros o contra los restantes cotitulares”. Sobre el ejercicio las acciones reales por el/los cotitular/es, resulta necesario distinguir contra quien se ejerce la acción: otro cotitular o un tercero.

Si la lesión proviene de un *cotitular* la primera parte del segundo párrafo del art. 2251 del CCCN, dispone: “[C]uando la acción se dirige contra los cotitulares siempre lo es en la medida de la parte indivisa”. Debemos señalar que el objeto de las acciones reales –entabladas contra el cotitular– no es la parte indivisa. La expresión “en la medida de la parte indivisa”, apunta al derecho (parte indivisa) como medida de las acciones reales en su faz “declarativa”. Es decir, con la finalidad de que el actor sea reconocido en su calidad de copropietario (reivindicatoria), respetado en el ejercicio libre de su derecho (negatoria) o bien, considerado en el ejercicio pleno de su derecho (confesoria). No obstante, la acción no se agota en aquella faz, sino que se sigue una de “condena” tendiente a reestablecer la coposesión (caso de la acción reivindicatoria), cesar la turbación (caso de la acción negatoria) o bien, reponer los derechos inherentes a la posesión (caso de la acción confesoria).<sup>16</sup> Sumado todo ello, a la indemnización por daños (accesoria o sustitutiva) cuya extensión dependerá de la medida de parte indivisa que tenga el cotitular demandante.

Si la lesión se origina en un *tercero* la norma dispone que la acción “puede tener por objeto la totalidad o una parte material de la cosa, o puede reducirse

<sup>16</sup>En este punto, vale traer a consideración la opinión de Alterini, en cuanto a que la acción es “declarativa” y de “condena” frente al cotitular demandado. Explicaba en referencia a la reivindicación de un condómino contra otros condóminos en el CC: “La idea de la reivindicación de ‘partes ideales’ o ‘cuotas’ puede compaginarse con el aspecto declarativo al que se endereza la acción reivindicatoria: obtener la declaración del derecho en la medida de la cuota de quien lo articula. La declaración que reconoce la proporción en la cotitularidad es trascendente a poco que se ponga el acento en aspectos como el de los daños y perjuicios, que con alcances accesorios o subsidiarios son factibles en materia de acciones reales y para los cuales la medida del resarcimiento al que pueda aspirar el condómino accionante está unida a la proporción de su ‘cuota’. No obstante, la acción no se agota en la mera ‘declaración’, sino que por su virtualidad de acción de ‘condena’ procura el restablecimiento de la coposesión de la que se vio privado el actor por la exclusión del condómino coposeedor demandado. Es que al condómino actor le resulta indiferente perder la coposesión porque lo excluya otro condómino, o un tercero, en ambos casos la lesión es similar: la desposesión, y la finalidad que la determina la misma: el restablecimiento de la coposesión”. ALTERINI, *Acciones reales...*, *op. cit.*, p. 30.

a la medida de su parte indivisa. Restablecido el derecho sobre la totalidad o parte material del objeto, el ejercicio por cada condómino se circunscribe a su parte indivisa”. Así, se pone fin a las discusiones que se habían planteado en el marco de la reivindicación acerca de si el comunero debía reclamar por su parte indivisa (tesis restrictiva), o por la totalidad de la cosa (tesis amplia). De esta forma, el CCCN le consagra al cotitular tres posibilidades, cuando la acción se encamina frente a terceros, recuperar: la *totalidad* de la cosa; una *parte material* de la cosa; y la cosa *en la medida de su parte indivisa*.

No obstante, sobre el ejercicio de la acción en la medida de la parte indivisa, pueden reproducirse las objeciones de Antonio R.M Coghlan a la tesis restrictiva:

[...] adviértase en primer término que el aforismo que sienta que el interés es la medida de las acciones no se desvirtúa por la tesis amplia que defendemos, a poco que se consideren separadamente los aspectos internos y externos del condominio. En efecto, la cuota hace a las relaciones entre los comuneros y, a su vez, constituye el conjunto de facultades de que pueden disponer sin necesidad de la concurrencia de los demás [...] Pero ello nada tiene que ver en la reivindicación frente a un tercero que, por serlo, es ajeno al condominio. Todo lo contrario, el condómino reivindicante tiene derecho de poseer toda la cosa común, y ergo, también reivindica toda la cosa, no tiene porqué limitar su acción desde que, por lo demás, la reivindicación de una parte indivisa, dada su falta de materialidad, es inconcebible <sup>17</sup>.

Si bien dejamos asentado que la redacción del art. 2251 del CCCN alude a la reducción de la acción real “a la medida de su parte indivisa”, se dificulta visualizar esta opción cuando la lesión proviene de un tercero, sobre todo en los casos de desapoderamiento de la cosa común. Por ello, creemos pertinente la siguiente observación de Coghlan:

[...] pueden plantearse al juzgador una de dos situaciones: a) que el condómino reclame solo su parte, en cuyo caso deberá rechazarse la demanda porque sin el todo no es concebible la parte, de manera tal que aquél deberá peticionar la totalidad de la cosa, a mérito de su parte indivisa en el derecho, a fin de accionar con sujeción a los términos de su título. O, b) que el comunero demande por el todo, única forma en que podrá obtener el reconocimiento de su parte alícuota. Pensamos que en esta última hipótesis el actor recupera el todo para todos, esto es, para el conjunto de los primitivos copropietarios y es recién operado el recupero que podrá, si así lo desea y a través de la

<sup>17</sup> COGHLAN, Antonio R. M., *El condominio sin indivisión forzosa*, Buenos Aires, La Ley, 1980, p. 61. En esta línea: GRECO, Roberto E., “El condómino y la acción de reivindicación”, *La Ley*, 1965-118, p. 941.

interversión de su título, aspirar eventualmente al dominio exclusivo de la cosa común”<sup>18</sup>.

Por otra parte, sobre la opción que brinda el CCCN de dirigir la acción real a una parte material del objeto, observa Claudio M. Kiper:

[s]e trata de una opción que brinda el Código, aunque parece preferible la recuperación de toda la cosa, ya que su derecho al uso y goce se extiende a toda la cosa (art. 1986), y esto sólo puede satisfacerse permitiéndosele reivindicarla en su totalidad. Además, *se crearía una figura híbrida entre el condómino triunfante en la reivindicación y el usurpador*, cuya posesión subsistiría sobre las partes de aquellos condóminos que no ejercieron la acción.

En el caso de que fueran varios los titulares del derecho real de *hipoteca*, cabe descartar que la acción reivindicatoria se limite a una parte material o indivisa, teniendo en cuenta que los derechos reales de garantía *son indivisibles*, si no se pactó lo contrario (art. 2191). Distinto sería si la hipoteca recae *sobre una parte indivisa* (art. 1989), en cuyo caso la acción del acreedor hipotecario *no podría ir más allá* (el destacado nos pertenece)<sup>19</sup>.

Al finalizar, art. 2251 del CCCN trae a colación la extensión de los efectos de la cosa juzgada, bajo los siguientes términos: “[L]a cosa juzgada extiende sus efectos respecto de todos los que pudieron ejercer su derecho de defensa en juicio. El contenido de la sentencia relativo a la indemnización del daño aprovecha o perjudica solo a los que han intervenido en el juicio”. Los efectos de la cosa juzgada solo pueden extenderse a los cotitulares que han intervenido en juicio y como derivado, a ellos favorece o perjudica la indemnización de daños. Otra consecuencia que se desprende, si el/los cotitular/es que han promovido la acción real son vencidos, quien/es no hayan participado podrán entablar nuevamente la acción real contra el agresor.

Creemos, por último, que estas soluciones son extensibles al supuesto de *comunidad hereditaria*, es decir, cuando al acervo sucesorio concurre más de un heredero y el objeto hereditario resulta ser una cosa. Apoyamos tal afirmación en que las reglas del condominio aplican en subsidio de disposición legal o convencional, a todo supuesto de comunión de derechos reales o de otros bienes (primer párrafo, art. 1984 del CCCN)<sup>20</sup>. A más, el art. 2251 del CCCN, aplica a todos los supuestos de cotitularidad, sin importar la causa de su adquisición, si es por actos entre vivos, o como en el caso de la indivisión hereditaria, la muerte.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>19</sup> KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, 2ª edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, t. II, p. 463.

<sup>20</sup> Perez Pejic, Gonzalo, “Condominio y comunidad hereditaria: expansión de la alicuota”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 56, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, pp. 295-352; MOLINARIO, Alberto D., “Alcance de la reivindicación del condómino y del coheredero contra terceros detentadores”, en *Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Buenos Aires, Depalma, 1968, p. 554.

### 6.3. *Acreeedores hipotecarios*

El cuarto párrafo del art. 2248 del CCCN, vinculado con la legitimación activa de las acciones reales, dispone que ellas “competen también a los titulares del derecho de hipoteca sobre los inmuebles cuyos titulares han sido desposeídos o turbados o impedidos de ejercer los derechos inherentes a la posesión”.

Así, se le concede al acreedor hipotecario legitimación para entablar la reivindicación, porque el CC solo la había previsto para las acciones negatoria y confesoria (arts. 2796 y 2801 CC). No obstante, pareciera continuar vigente el interrogante respecto de si el acreedor hipotecario ejerce las acciones por derecho propio, o si lo hace por vía de la acción subrogatoria en los derechos del constituyente de la garantía. La duda se plantea, por lo menos, respecto de la acción real confesoria, pues el art. 2265 del CCCN, establece que “si es acreedor hipotecario y *demanda frente a la inacción del titular*, tiene la carga de probar su derecho de hipoteca” (el destacado nos pertenece). En nuestra opinión, el CCCN extiende la legitimación del acreedor hipotecario a *todas* las acciones reales por *derecho propio*, pues, articulará las mismas en su interés para mantener el valor del objeto sobre el cual recae su derecho real. Siguiendo este razonamiento, Mario Zelaya explica que:

[...] se desprende del art. 2248 CCyC que se trata de una acción directa —y no subsidiaria de la acción del deudor hipotecario— que la ley le otorga expresamente al acreedor, quien tiene un interés personal en hacer cesar el ataque que sufre el titular del fundo gravado, ya que dicha agresión apareja una merma del valor del objeto que le sirve de garantía. Vale decir que es el propio interés del titular de la hipoteca el que lo lleva a instar la remoción del obstáculo para restablecer la situación alterada y, de ese modo, el valor del inmueble que constituye el asiento de su derecho [...].

De todos modos, será muy difícil que el acreedor hipotecario se decida por las acciones reales, ya que podría recurrir sin más a las medidas conservatorias del art. 2195 CCyC —de trámite más rápido— que le otorgan la posibilidad de solicitar la estimación del ‘valor de la disminución’ de la garantía y exigir su depósito, u optar por que se le otorgue ‘otra garantía suficiente’. Por si ello fuera poco, dicha norma también lo faculta a requerir ‘la privación del plazo de la obligación’ y, en tal caso, ejecutar la garantía sin necesidad de depender de la mayor o menor diligencia del deudor <sup>21</sup>.

### 6.4. *Titular del derecho real adquirido en virtud de la prescripción adquisitiva*

Ello surge como conclusión de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, donde puede leerse que “[n]o obsta a la acción reivindicatoria que

<sup>21</sup> ZELAYA, Mario, “Comentario al art. 2248”, en HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (Dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 2ª edición, Buenos Aires, Infojus, 2022, t. V, p. 385.

quien es titular por usucapión no haya sido declarado como tal por sentencia, sin perjuicio de que debe necesariamente integrarse la litis con el titular registral”.

#### 6.5. *Adquirente en virtud de título suficiente que no ha reunido el modo suficiente (cuando este sea la tradición)*

La discusión se ciñe a la adquisición de derechos reales por medio de la teoría de la doble causa –título y modo suficiente– cuando el modo sea la *tradición* (art. 1892 del CCCN).

Delimitado el ámbito del problema, la discusión recae sobre si corresponde o no concederle la acción reivindicatoria a quien ostenta el título suficiente sin que lo haya podido reunir con tradición traslativa o constitutiva del derecho real. Para aclarar, quien a su favor obtiene el título suficiente todavía no es titular de derecho real, hasta tanto no se le haya realizado la tradición. Surge ello con claridad del art. 750 del CCCN, el cual, bajo el epígrafe “tradición”, prescribe que “[e]l acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario”. Así, llegamos a las siguientes preguntas ¿puede quien no tiene el derecho real articular la acción real reivindicatoria? ¿Si el enajenante conserva el derecho real es quien se encuentra legitimado a entablar la acción? ¿Puede escindirse el derecho real de la acción real?

El CCCN no trae una solución sobre estas cuestiones que ya se habían debatido bajo la vigencia del CC. Para dar respuesta a los interrogantes planteados, la doctrina distingue el problema partiendo de aquel que efectivamente tiene el objeto: si el *enajenante* o un *tercero*.

Sobre el primer punto, el adquirente (acreedor) tiene expeditas las acciones que derivan de su derecho personal (crédito) para que se cumpla con la prestación a cargo del enajenante (deudor): hacer la tradición del objeto. Respecto del segundo, la cuestión cambia. Aquí, la doctrina se divide en quienes: (a) *niegan* la posibilidad de que el adquirente pueda entablar la acción real, y (b) *admiten* la posibilidad.

La primera vertiente entiende que el adquirente al no tener todavía el derecho real mal podría entablar la acción real. Se desprende, entonces, una suerte de “inescindibilidad” entre el derecho real y la acción real. En esta línea, Salvat manifestaba que

[...] en el sistema de nuestro Código civil, la propiedad no se adquiere por el sólo efecto de las convenciones, sino por la tradición: mientras ésta no se verifica, mientras el adquirente no ha entrado en posesión de la cosa adquirida, no existe adquisición de la propiedad, sino solamente un derecho a la entrega de la cosa, derivado del contrato celebrado con el enajenante. El comprador a quien no se le ha hecho la tradición de la cosa comprada, ni ha entrado nunca, por consiguiente, en posesión de ella, no puede entablar la

acción de reivindicación, porque no ha llegado a ser propietario de la misma <sup>22</sup>.

La segunda vertiente (mayoritaria) permite al adquirente entablar la reivindicación. Entre quienes admiten su procedencia, hay algunos que la conceden por medio de la *acción subrogatoria* y otros por la *cesión* de la acción de forma *expresa o tácita*. En la vereda de la subrogación se encuentra Lafaille:

[...] el comprador (y lo mismo cabría sostener para el donatario o permutante, etc). Estaría siempre habilitado para subrogarse de acuerdo con el artículo 1196, sin requerir una cesión expresa, ni valerse de su deudor para reivindicar. Esta idea, que desarrolla el codificador en la nota al artículo 2109, conduce igualmente a que si al vender no se reserva ningún derecho sobre la cosa, no habría motivo para que se conservaran las acciones reales que habrían también pasado al adquirente [...]. <sup>23</sup>

No obstante, se impone la solución de la *cesión implícita*. El propio Lafaille, luego de recomendar la acción subrogatoria, puntualiza que “[p]or obra de una cesión ‘implícita’ (más que ‘ficta’, como suele designársela), el comprador y los otros contratantes a que nos hemos referido adquieren la posibilidad jurídica de reivindicar. Tal sistema se presenta como más sencillo y más expeditivo que el anterior [acción subrogatoria]. Es también el que realmente se ajusta a la voluntad de las partes y a la buena fe de sus estipulaciones” <sup>24</sup>. A más, la teoría de la cesión implícita se consagra en el plenario “Arcadini, Roque (suc.) c/ Mallega, Carlos”. Allí, puede leerse en el voto de Cichero:

Debe observarse a este respecto, que *acción real y derecho real no son conceptos equivalentes*. La primera es, en cierto modo, un derecho de obligación, distinto del derecho real que le sirve de base. Por eso, la *transmisión de las acciones reales es independiente de la de los derechos reales* y la cesión de una acción real *no implica necesariamente la enajenación del derecho real* correspondiente, bien que pueda tener este alcance [...]. Coincidiendo con estas ideas, en la nota al art. 1445 el doctor Vélez Sársfield, después de indicar que no pueden ser cedidas las acciones fundadas sobre derechos inherentes a la persona, agrega, siguiendo a Maynz, que ‘la reivindicación fundada sobre el derecho de propiedad es cesible’ (el destacado nos pertenece).

<sup>22</sup> Sigue su desarrollo, advirtiendo que “[l]o mismo en el caso de permutante que no ha entrado en posesión de la cosa adquirida por medio de la permuta, del donatario, etc. Es suficiente, por lo demás, a los efectos de poder entablar la reivindicación, que la tradición haya tenido lugar en cualquiera de las formas que la ley autoriza, sea por actos materiales que la comporten, sea sin el desplazamiento material de la cosa, en los casos que las leyes autorizan: así, por ejemplo, la reivindicación puede ser entablada por el comprador, en el caso de haber tomado la posesión de una finca desocupada, en el de haberse cumplido la tradición en la forma del constituto posesorio, etc.”. SALVAT, *op. cit.*, t. III, p. 639.

<sup>23</sup> LAFAILLE, *op. cit.*, t. V, p. 396.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 396.

A mayor abundamiento, nos parece relevante el voto de Fliess, de quien extraemos el siguiente párrafo:

En la práctica de la vida jurídica, negar la acción reivindicatoria contra terceros al comprador de un inmueble que no llegó a poseerlo por falta de tradición, es algo tan ilógico -o incongruente- que parecería estar fuera de toda discusión. Por evidente, hasta de sentido común resulta que quien enajena una cosa, que no entrega al adquirente, simultánea y necesariamente debe transmitirle también a éste el poder jurídico de reclamarla contra cualquiera. Si el poseedor es el propio enajenante, esto es elemental, pues en razón del contrato tiene la acción de entrega de la cosa. Pero también parece elemental que, por virtud o consecuencia del mismo contrato, el vendedor le transfiera al comprador la acción (reivindicatoria) que él tenía para demandar a terceros poseedores la entrega de esa cosa vendida. Pensar lo contrario sería adherir a algo así como una especie de escamoteo o prestidigitación jurídica, pues importaría sostener que quien vende una cosa, sin darla, le niega al comprador (en cuanto a terceros poseedores) el derecho de reclamarla directamente de esos terceros, obligándole a dar el antieconómico rodeo procesal de la demanda a ese vendedor. Siempre con relación a la práctica y a la economía jurídica, se me ocurre que a *ese 'dar' y a ese negar contractuales* (o dar, sin darlo todo) *podría justamente motejárselo de inservible -individual y socialmente-, sin beneficio para nadie [...]. Sería algo así como una taza sin asa, o un barrilete, en el aire y sin cordel* (el destacado nos pertenece) <sup>25</sup>.

## 6.6. Heredero

Quien hereda al fallecido continua con la posesión que ostentaba este último más todos los derechos y acciones que le correspondían. Por ello, es lógico que se encuentre legitimado para entablar la reivindicación contra aquel que haya desposeído al causante (art. 2277 y 2280 del CCCN). No obstante, debe tenerse presente la forma en la que adquiere la investidura de heredero, pues la posesión hereditaria puede ser de *pleno derecho* o *judicial* (arts. 2337 y 2338 del CCCN).

## 6.7. Legatario de cosa cierta y determinada

El legatario es el continuador a título de *sucesor particular* de los derechos, acciones y posesión que el causante tenía sobre la cosa cierta y determinada legada (art. 2496 y 2498 del CCCN). Según el primer párrafo del art. 2498 del CCCN, el legatario de esta clase de cosa puede reivindicarla “con citación del heredero. Debe pedir su entrega al heredero, al administrador o al albacea, aunque la tenga en su poder por cualquier título”. Advertimos igual solución a la contemplada por el CC en el art. 3775, el cual establecía:

<sup>25</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, “Arcadini, Roque (suc.) c/ Maleca, Carlos” 11/11/1958, *La Ley*, 92, p. 463.



“[C]uando el legado sea de un objeto determinado en su individualidad, el legatario está autorizado a reivindicarlo de terceros detentadores con citación del heredero”. En la nota a dicho artículo, Dalmacio Vélez Sarsfield señalaba “[...] Merlín dice, que, si por una parte el legatario está autorizado a obrar realmente contra el tercer poseedor, por otra, debe pedir al poseedor la entrega del legado, y propone los medios de salvar esta dificultad. [...] Nosotros la salvamos citando al juicio al heredero, el cual puede excepcionar sobre la validez del legado o incapacidad del legatario, y puede también aparecer si el heredero ha enajenado o no la cosa legada”. Agregamos que el heredero citado puede oponer la *acción de reducción*, si el cumplimiento del legado afectara su legítima (art. 2452 del CCCN).

### 6.8. Titular de un boleto de compraventa

El tema ofrece diversas aristas. Así, en primer lugar, es relevante señalar que dos son las situaciones en las que se puede encontrar el titular de un boleto de compraventa a los efectos de pensar su eventual legitimación para entablar la reivindicación. Ellas son que el vendedor o promitente de venta: *no haya realizado la tradición* posesoria al comprador (titular del boleto) y la cosa se encuentre en manos de un tercero; o *haya otorgado la tradición* al comprador (titular del boleto) y que con posterioridad este último haya sufrido el desaparideramiento del objeto por parte de un tercero.

Cabe preguntarse si la cesión de la acción reivindicatoria requiere del *perfeccionamiento* del contrato de compraventa. La duda se plantea con la cesión implícita, pues si se pactara expresamente en el contrato la cesión de la reivindicación, no existiría inconveniente alguno. Por nuestra parte creemos que el tema se vincula con dos cuestiones relativas a la *naturaleza jurídica*: (a) del boleto de compraventa; y (b) de la relación de poder que obtiene el titular de un boleto al que se le ha hecho tradición de la cosa.

La naturaleza jurídica del *boleto de compraventa* generó arduos debates en la doctrina. A grandes rasgos están quienes creen que el boleto es: (i) una promesa de venta, porque para ser el contrato definitivo se requeriría la escritura pública<sup>26</sup>; y (ii) el contrato final de compraventa, ya que la forma del acto no es requisito de perfeccionamiento del contrato<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> SPOTA, Alberto G., *Curso sobre temas de derecho civil*, 1ª edición, Buenos Aires, Instituto Argentino de Cultura Notarial, 1971; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte especial*, 2ª edición, Buenos Aires, Zavallía, 1991, t. 2 v.1; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La discutida naturaleza jurídica del ‘boleto de compraventa’. ¿Contrato preliminar de promesa o contrato obligatorio definitivo? Consecuencias de una y otra posición”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2000-3, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000, pp. 7-24; GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*, 2ª edición, Buenos Aires, La Ley, 1981; ES- PER, Mariano, “Compraventa Civil y Comercial”, en ES- PER, Mariano, *Manual de contratos civiles y comerciales. Parte especial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, p. 88.

<sup>27</sup> REZZÓNICO, Luis M., *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil. Compraventa. Permuta, cambio o trueque. Cesión de derechos*, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1958; MORELLO, Augusto M., *El boleto de compraventa inmobiliaria*, 4ª edición reelaborada y puesta

El CCCN no acaba con la disputa. Así, aquellos que consideran que el boleto es una promesa de venta se apoyan en los artículos: 285, 470, 969, 994, 995, 1018, 1669, 2071 y 2516 del CCCN. La postura contraria se basa fundamentalmente en el art. 1123 del CCCN que, al definir compraventa, omite toda referencia a la forma. A más, el art. 1170 del CCCN, al regular específicamente el boleto de compraventa denomina al adquirente “comprador”. No obstante, cabe señalar que las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Bahía Blanca en el 2015, la comisión 4 (contratos), por unanimidad, llegó a la siguiente conclusión en el marco de la interpretación del plazo anual para las promesas previstas en el art. 995 del CCCN: “[E]ste plazo no se aplica al contrato de opción del art. 996, según se desprende de la propia redacción de la norma y de la diferencia con el texto del art. 934 del Proyecto de 1998 de Unificación del Código Civil con el de Comercio, que ha sido su fuente. *Tampoco alcanza al boleto de compraventa inmobiliaria en razón de que no se trata de un contrato preliminar*” (el destacado nos pertenece).

Ahora bien, de entender que el boleto es el contrato definitivo de compraventa, no habría inconveniente en legitimar a su titular a promover la reivindicación, fundando tal acción en la cesión implícita. En cambio, de seguir la postura que considera al boleto una mera promesa de venta, al no estar concluido el contrato, mal puede cederse implícitamente la acción reivindicatoria. En esta línea, Ricardo J. Saucedo expresa:

[...] la cesión de la acción real solamente puede derivarse de los títulos suficientes, y el boleto de compraventa no lo es, por defectos de forma, aunque sí sea un medio legítimo para adquirir la posesión de los bienes raíces. [...] del boleto solamente pueden derivarse consecuencias en el ámbito de los derechos creditorios o personales, mas no así, respecto de los reales, que requieren de título (suficiente) y modo. Por tanto, la única posibilidad de que el adquirente con boleto reivindique será si se subroga en los derechos de su vendedor, y obra en tal sentido contra un tercero que lo haya despojado [...] el adquirente con boleto no puede reivindicar porque no es titular de derecho real alguno, pero sí está en condiciones de escudarse en su relación de poder con el inmueble para frenar el reclamo petitorio de un ulterior adquirente del mismo objeto, con título suficiente pero sin el modo tradición<sup>28</sup>.

al día con la colaboración de Pedro Rafael de la Colina, Argentina, Librería Editora Platense, 2008; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, 8ª edición, Buenos Aires, LexisNexis, t. I, 2005; MOSSET ITURRASPE, Jorge y NOVELLINO, Norberto J., *La obligación de escriturar*, Argentina, Ediciones La Rocca, 1997, p. 33.

<sup>28</sup> SAUCEDO, Ricardo J., “Acciones reales”, en GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Derechos reales*, 2ª edición, Ira. Reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, t. II, p. 1324. En esta línea se ha dicho que el CCCN “no contempla una norma análoga al art. 2355, segunda parte, del Código Civil según la reforma de la ley 17.711, en consecuencia, el poseedor por boleto de compraventa, por derecho propio en caso de desapoderamiento, solo podrá acudir a la acción de despojo”. COSSARI, “Comentario al art. 2252”, *op. cit.*, p. 774.

Creemos que el boleto de compraventa es un *contrato de compraventa firme y definitivo* del cual *surgen obligaciones* para las partes, conforme la definición del art. 1123 del CCCN, siendo las más significativas: el pago el precio por el comprador, en la forma convenida, la obligación del vendedor de transferir el dominio mediante el deber de escriturar (art. 773, 1137, y 1892 del CCCN) y la tradición posesoria a favor del comprador (art. 750, 1139, y 1892 del CCCN). Ellas *hacen a la ejecución del contrato mas no a su formación*. Ejecución que se traduce en el cumplimiento de las obligaciones válidamente asumidas con causa en un contrato definitivo y consecuente exigibilidad por su acreedor. El cumplimiento y/o exigibilidad de las obligaciones presuponen un *contrato instrumentado mediante la modalidad del boleto, que les sirve de causa fuente*, con nombre y apellido: *contrato de compraventa*. Dicha contratación a través de boleto constituye un negocio admitido y tipificado por nuestro ordenamiento jurídico; y opinamos que, además, se trata de una *causa legítima de adquisición* de la posesión por tradición a favor del adquirente. La legitimidad está dada por el hecho de haber contratado el adquirente por boleto con el *verdadero propietario, capaz y legitimado; o con los cesionarios sucesivos del dueño*, en las mismas condiciones. Además, esa causa legítima de adquisición (boleto de compraventa) naturalmente otorga al adquirente una *posesión legítima* constitutiva del ejercicio de un *derecho personal*, conforme se verá. Opinar lo contrario es desconocer la *realidad negocial habitual* en la que se desarrolla el boleto de compraventa en nuestro país y la *causa fin* tenida en miras por las partes en dichos negocios. ¿Es que, podría válidamente sostenerse que, porque el precio deba integrarse en cuotas, o porque todavía no se ha cumplido con la tradición posesoria, el contrato de compraventa *no ha sido perfeccionado y no puede hablarse aun de comprador y vendedor*, cuando el comprador válidamente se obligó a integrar el precio mediante dicha modalidad, y el vendedor asumió, en el mismo convenio el deber de entrega? Creer que no hay contrato de compraventa porque existen obligaciones *pendientes de cumplimiento*, como, por ejemplo, la falta de integración del precio o la falta entrega del título suficiente (escritura pública que instrumente la compraventa), es confundir el perfeccionamiento (formación) del contrato con sus efectos propios (cumplimiento de las obligaciones de él emergentes).

Es turno de adentrarnos en la naturaleza legal de la *relación de poder* de quien se le ha entregado el objeto en virtud de un boleto de compraventa. Al igual que en el tema anterior, la literatura experta no es pacífica. Bajo la vigencia del CC, en su versión original, las corrientes se dividían entre quienes entendían que el titular de un boleto ejercía respecto de la cosa: *tenencia* <sup>29</sup>;

<sup>29</sup> En esta postura se encuentran Héctor Lafaille, Federico Rayces y Alberto D. Molinario: Actas de la Sección de Derecho Civil del Instituto Argentino de Estudios Legislativos de la Federación de Abogados, t. V (Derecho sobre las cosas), Buenos Aires, 1962, p. 37; Segundas Jornadas de Derecho Civil, Universidad Nacional del Nordeste, Facultad de Derecho. Instituto de Derecho Civil, Corrientes, 1965, p. 68.

posesión *legítima*<sup>30</sup>; posesión *ilegítima*<sup>31</sup>; posesión ilegítima de *buena fe*<sup>32</sup>; y posesión *ilegítima de mala fe*<sup>33</sup>. Luego, con la reforma de la ley 17711, se incorporó al art. 2355 CC el siguiente agregado: “[S]e considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa”. No quedaron dudas acerca de la calidad de *poseedor* de quien ostenta la cosa gracias a un boleto de compraventa. Pero su confusa redacción ocasionó que la doctrina se partiera entre los que defendían que la posesión era: (a) *legítima*<sup>34</sup>; *ilegítima*<sup>35</sup>; ilegítima de *buena fe*<sup>36</sup> e ilegítima de *mala fe*<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> DASSEN, Julio y Vera Villalobos, Enrique, *Manual de derechos reales. Parte general posesión – defensa posesoria*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., 1962, p. 101.

<sup>31</sup> SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, quinta edición actualizada por Manuel J. Argañarás, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., 1961, t. I, p. 59.

<sup>32</sup> NOVILLO CORVALÁN, Sofanor, en SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, cuarta edición actualizada por Sofanor Novillo Corvalán, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., 1951, t. I, nota 15, núm. 59 a), p. 68.

<sup>33</sup> BIBILONI, Juan A., *Anteproyecto de Reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, t. III, 1940, p. 23; Spota, Alberto G., “Caracteres de la posesión del ‘adquirente’ de un inmueble por cuotas periódicas y mediante promesa bilateral de compraventa”, *La Ley*, 1941-21, p. 249; PAPAÑO, KIPER, DILLON y CAUSSE, *op. cit.*, t. I, p. 68.

<sup>34</sup> BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1971, p. 395; LLAMBÍAS, Jorge J. “Opinión al art. 2355”, en LLAMBÍAS, Jorge J. – Alterini, Jorge H., *Código Civil Anotado. Doctrina – Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. IV-A, pp. 89-90; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., “Derechos reales: La posesión. Eficacia del boleto de compraventa. Las defensas posesorias en materia de muebles y extensión a la tenencia”, *El Derecho*, 1969-25, p. 833; SPOTA, Alberto G., “Art. 2355 del Cód. Civil (ref. ley 17711 y posesión legítima del comprador de buena fe con boleto de compraventa inmobiliaria)”, *El Derecho*, 1982-98, p. 821; ADROGUÉ, Manuel I., “Reforma Civil: Cosa y posesión”, en ADROGUÉ Manuel I., GUTIERREZ ZALDÍVAR Álvaro, ARRAGA PENIDO, Mario O. y AMUY, Juan C., *Temas de derechos reales*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1986, p. 154; MORELLO, Augusto M., “La posesión legítima, la tercería de dominio y los derechos que acuerda la compraventa inmobiliaria instrumentada por el boleto”, *Jurisprudencia Argentina*, 1974-22, p. 452; MORELLO, *El boleto...*, *op. cit.*, p. 52; MARIANI DE VIDAL, Marina, “El poseedor en virtud de boleto de compraventa”, *La Ley*, 1971-124, p. 941; Garrido, Roque y ANDORNO, Luis, *Código Civil Anotado. Libro III. Derechos Reales*, Buenos Aires, Víctor P. De Zavalía Editor, t. I, p. 149. LAQUIS, Manuel A., “Algunas observaciones en torno al agregado al artículo 2355 del Código Civil”, en MORELLO, Augusto M. (Coord.), *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, La Plata, Librería Editora Platense, 1973, Vol. 3, p. 386; GAMES, Luis M., “La quiebra del vendedor de inmuebles, la obligación de escriturar y las reformas al Código Civil”, *La Ley*, 1968-130, p. 1181; MOSSET ITURRASPE y NOVELLINO, *op. cit.*, p. 61.

<sup>35</sup> HIGHTON, Elena I., *Derecho reales. Posesión*, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Ariel, 1979, v. 1, p. 50; ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., “En torno de las inquietantes discrepancias sobre los efectos del boleto de compraventa inmobiliaria. Una nueva interpretación del derecho vigente”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, núm. 63, p. 325; GATTI y ALTERNINI, *op. cit.*, p. 28.

<sup>36</sup> MORENO DUBOIS, Eduardo, “Algo más y más allá de la jurisprudencia plenaria comercial o derecho del comprador que obtuvo tradición del inmueble frente al embargante o concurso posterior”, *La Ley*, 1966-123, p. 1229.

<sup>37</sup> ARÉAN, *op. cit.*, t. I, p. 131; PAPAÑO, KIPER, DILLON y CAUSSE, *op. cit.*, t. I, p. 68.

El CCCN omite incorporar una norma que de una manera clara imponga la clase de relación de poder del titular de un boleto. Queda el tema sujeto a la interpretación del art. 1916 del CCCN, el cual regula la *legitimidad* de las relaciones de poder. Dicho artículo dispone que “[l]as relaciones de poder se presumen legítimas, a menos que exista prueba en contrario. Son ilegítimas cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley”.

Así, se ha advertido que la alusión a relaciones de poder legítimas cuando importen el ejercicio de un derecho personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley, *se vincula con el poseedor por boleto*. En esta línea, Marina Mariani de Vidal y Adriana Abella aseveran que “el poseedor en virtud de boleto de compraventa debe ser calificado de poseedor, aun cuando no se lo considera titular de un derecho real [...] ya que se comporta como tal y encaja entonces en la definición del artículo 1909. Asimismo, su relación de poder sobre la cosa es legítima –en los términos del artículo 1916– por su carácter de titular de un derecho personal (artículo 1916 *a contrario sensu*)”<sup>38</sup>. También Kiper afirma que subraya que el art. 1916 del CCCN establece que la relación de poder es legítima cuando importe el ejercicio de un derecho real o “personal” constituido en cumpliendo con las normas legales. Al incluir esta última clase de derechos patrimoniales “bien puede considerarse que el poseedor con boleto de compraventa es legítimo, aun cuando no ejerza un derecho real que aún no adquirió”<sup>39</sup>. No obstante, para otros la relación de poder sigue siendo de *posesión ilegítima*, dado que no cuenta con un derecho real constituido de acuerdo con los requisitos establecidos por la ley<sup>40</sup>. Con mayor detalle, agrega Lilian N. Gurfinkel de Wendy que “[n]o es posible calificar de poseedor legítimo a quien no ha incorporado a su patrimonio un derecho real sino derechos personales [...] descartamos que el comprador de buena fe por boleto pueda ser calificado de poseedor legítimo puesto que el sentido de la reforma no ha sido conferirle un derecho real sino que se ha pretendido mejorar su situación frente al vendedor y en algunos casos frente a terceros, reforzando los derechos en su favor derivados del boleto de compraventa”<sup>41</sup>.

Notamos, en cuanto a la calificación que recibe la relación de poder de quien se le ha entregado la cosa en virtud de un boleto de compraventa, que las

<sup>38</sup> MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, Argentina, Zavalia, 2016, t. 1, p. 74.

<sup>39</sup> KIPER, *op. cit.*, t. 1, p. 126.

<sup>40</sup> Alterini, Jorge H., Alterini, Ignacio E. y Alterini, María E., *Tratado de los derechos reales*, parte general, Argentina, La Ley, 2018, t. I, p. 469; CAUSSE, Federico y PETTIS, Christian R., “Comentario al art. 1916”, en HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (Dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 2ª edición, Buenos Aires, Infojus, 2022, t. V, p. 48.

<sup>41</sup> GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., “Relaciones reales”, en GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Derechos reales*, 2ª edición actualizada, 1ra. reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, t. I, p. 194 y 195.

dudas se plantean con la redacción del art. 1916 del CCCN, ya que no surge con precisión la solución. La norma refiere a “relaciones de poder” como “género” y no a la posesión o tenencia como “especies”. Por lo tanto, la relación de poder podría ser de tenencia. Sin embargo, descartamos ello, puesto que, si bien el comprador reconoce en el vendedor su carácter de titular, es un reconocimiento meramente *formal*, pues surge del comprador *vocación adquisitiva* del derecho real, lejos de la *vocación restitutoria* del tenedor<sup>42</sup>. Con otras palabras, la existencia de *animus domini* en cabeza de quien tiene a su favor un boleto de compraventa, excluye por definición la idea de tenencia. De esta forma, el interrogante se plantea en el campo posesorio, es decir, si el adquirente en virtud de boleto de compraventa que se le ha realizado la tradición es un poseedor legítimo o ilegítimo.

Según el art. 1916 del CCCN, la *posesión* será *legítima*, cuando importe el ejercicio de un *derecho personal* constituido de conformidad a lo establecido en el CCCN.

Pensamos que el titular de un boleto de compraventa a quien se le ha hecho tradición de la cosa ejerce un *derecho personal por la posesión*. Se trata de un derecho personal, en virtud del *cumplimiento pendiente del instrumento* de validez formal inherente al *título suficiente al dominio* (art. 773, 1137 y 1892 del CCCN). También es *posesión*, pues la ley siempre la califica de esa manera (art. 1170 inc. d) del CCCN), además de presumir *iuris tantum* que “es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa” (art. 1911 del CCCN). No puede ser de otra manera, porque pretender calificarla de tenencia<sup>43</sup> es desconocer la esencia de esta, en la que el *reconocimiento de un derecho superior* en el propietario *constituye el fundamento del deber de restitución* de la cosa a la finalización del contrato que le sirve de causa. Esa obligación restitutiva jamás puede asimilarse a la *vocación adquisitiva del derecho real* que importa la posesión por boleto. El *tenedor es deudor de la restitución de la cosa al dueño* y el *poseedor por boleto es acreedor del dominio en cabeza del dueño*. Sin embargo, y toda vez que la ley no distingue, nada obsta a que el ejercicio del *derecho personal* por defecto formal (no material) del título (boleto de compraventa) a la posesión constituya una posesión legítima, conforme la clara letra del art. 1916 del CCCN. Decimos *ubi lex non distinguet, non distinguere debemus*, ya que si las relaciones de poder (posesión o tenencia) son legítimas cuando importen el ejercicio de un derecho real o *personal* constituido de conformidad con las previsiones de la ley, nada impide que un derecho personal sea ejercitable por la posesión, conforme las disposiciones legales.

A mayor abundamiento, como lo sostuviéramos en nuestras clases desde la cátedra<sup>44</sup>, gracias a la modificación que introdujo la ley 17.771 en el art. 2355

<sup>42</sup> Las ideas expuestas provienen de las enseñanzas brindadas por el profesor Marcelo A. Pepe y son seguidas por el profesor Gonzalo Pérez Percic.

<sup>43</sup> Con fundamento en que no se ha transmitido el dominio, que permanece en cabeza del vendedor a cuyo nombre posee el adquirente por boleto.

<sup>44</sup> Se trata de la opinión de Marcelo A. Pepe desde la cátedra de derechos reales.

del CC (en el campo de la *clasificación de la posesión* y no de la adquisición de ella), debía entenderse que la posesión del adquirente por boleto merecía la calidad de *legítima*. Es que siempre creímos, y así lo sostenemos hoy, que no puede adquirirse legítimamente una posesión ilegítima. También advertíamos, y así lo hacemos ahora, que no parece ajustarse a la finalidad *ampliamente tuitiva* que el ordenamiento dispensa a los adquirentes de buena fe por boleto de compraventa, que sus poseedores sean calificados de ilegítimos. Ello no solo por la interpretación que hacíamos del art. 2355, y hacemos hoy del art. 1916 del CCCN, sino por su correlación con otras disposiciones (art. 2 del CCCN), como la oponibilidad del boleto a las ejecuciones individuales, a las cautelares posteriores, o la oponibilidad de boleto en los procesos concursales, entre otros. Debe advertirse, asimismo, que, si bien es cierto que el régimen actual protege, como lo hacía el CC, a la posesión ilegítima de buena fe, esa tutela *requiere siempre del transcurso del tiempo*, como en el caso de la prescripción breve (art. 1898 y 1902 del CCCN); eso no sucede en la posesión del adquirente por boleto, donde se protege y da prevalencia a la posesión *actual*.

Por nuestra parte, creemos que el titular del boleto a quien se le ha hecho la tradición *adquiere la posesión legítima que constituye el ejercicio de un derecho de carácter personal, válidamente constituido conforme las disposiciones legales, independientemente del cumplimiento pendiente del requisito formal inherente al título suficiente al dominio, que hace a la ejecución, mas no al perfeccionamiento, del contrato de compraventa que importa el boleto*, como explicamos.

En resumen, el boleto de compraventa no es título suficiente a los efectos de la constitución o transmisión de derechos reales. Pero ello no obsta a la *cesibilidad implícita* de la acción reivindicatoria, la cual *opera en el plano de los derechos personales*, razón por la cual, no requiere necesariamente la existencia del título suficiente. Que la cesibilidad de la acción tenga aplicación en el ámbito de derechos personales es un aspecto esencial, pues, según creemos, desde *siempre ha operado en este plano*. Así, quienes solo la admiten mediando título suficiente deben reconocer que, aun en *ese escenario* ideal desde una perspectiva formal, se está siempre *en el campo del derecho creditorio por falta de modo*, que constituye el fundamento de la cesión. Si estamos especulado acerca de la viabilidad de la cesión de la acción reivindicatoria en el ámbito de los derechos personales, aun a través de un título suficiente, cabe que nos preguntemos: ¿cuál es la formalidad requerida para la cesión de la acción reivindicatoria? Si tanto el boleto de compraventa como la escritura pública de compraventa sin posesión reflejan un derecho personal, nos resta solo saber *si la acción reivindicatoria es cesible por instrumento privado*. Adelantamos nuestra convicción en sentido *afirmativo*, porque, conforme el art. 1618 del CCCN, *la cesión debe hacerse por escrito*, y la cesión de las acciones no está comprendida dentro de los supuestos en los que se exige escritura pública, por lo que rige a este respecto el *principio de libertad de las formas*, previsto en el art. 284 del CCCN.

Según las interpretaciones que ofrecemos, el adquirente por boleto de compraventa se encuentra activamente legitimado para promover la reivindicación cuando no ha recibido la tradición por encontrarse la cosa en manos de un tercero, o bien, para los casos en que, teniendo la cosa, luego es desposeído. Afirmando esta conclusión con base en que el boleto de compraventa es el contrato definitivo, y aunque se lo considere un contrato preliminar, opinión que descartamos, la conexidad negocial genética y funcional que gravita en la relevancia o comunicabilidad de los efectos jurídicos entre este contrato y el definitivo, nos induce a pensar en la cesión implícita de la reivindicación. A más, la naturaleza de la relación de poder del adquirente por boleto es la de una *posesión legítima* por importar el modo de ejercicio de un *derecho personal* constituido de conformidad a las disposiciones del CCCN, pues su posesión tiene como causa un contrato de compraventa firme y definitivo, siempre que haya contratado con el *verdadero* titular del dominio con *capacidad y legitimación*, o sus *cesionarios sucesivos*, en iguales condiciones. Atento que la cesibilidad de la acción reivindicatoria opera *siempre* en el ámbito de los *derechos personales*, sea a través de un título suficiente o boleto de compraventa por *falta de modo*, y la cesión de la acción reivindicatoria puede cederse *por instrumento privado*, (art.1618 del CCCN), *el boleto de compraventa es título válido idóneo para ceder la acción reivindicatoria y legítima al adquirente por boleto para reivindicar*.

Para concluir, en caso de *desapoderamiento*, y con fundamento en el art. 2239 del CCCN, el titular de un boleto de compraventa posee un *título válido* para iniciar *acciones posesorias* y, conforme lo estudiado, en virtud de la cesión implícita de la acción reivindicatoria a su favor por dicho negocio jurídico, esta activamente legitimado para *reivindicar*.

## 7. LEGITIMACIÓN PASIVA

La primera parte del art. 2255 CCC, reza que “[l]a acción reivindicatoria debe dirigirse contra el poseedor o tenedor del objeto, aunque lo tenga a nombre del reivindicante”.

Vemos que la acción reivindicatoria se dirige por excelencia contra el *poseedor* que detenta físicamente el objeto contra la voluntad del actor. Sin embargo, la acción también puede direccionarse contra el *tenedor* de la cosa. Pero aquí cabe dilucidar dos casos, porque puede acontecer que el tenedor, ejerza la tenencia en nombre: del *reivindicante* o de un *tercero*. La primera situación carecía de una solución expresa en el CC, lo que generó vacilaciones en la doctrina. Sin perjuicio, enseña Vélez Sarsfield en la nota al art. 2578 que:

La palabra ‘poseer, poseedor’ se aplica [...] tanto al que posee como dueño de la cosa, como al que meramente la tiene: puede hacerse pues la excepción de la ley romana [...] en que la acción sea intentada por el propietario contra el simple tenedor que la posee a su nombre. Supóngase que una cosa ha sido depositada: el depositante tiene



dos acciones, la del depósito y la de reivindicación; puede suceder que le sea más difícil probar el depósito que la propiedad, y prefiera intentar la reivindicación. Puede suceder también que el propietario, verdadero poseedor, no tenga otra acción contra el tenedor de la cosa, que la acción de reivindicación. Tal sería el caso del nudo propietario que al fin del usufructo reivindica la cosa.

No obstante, queda aclarada la procedencia de la reivindicación, a tenor de la claridad del artículo en comentario. La segunda, requiere de mayor precisión, pues si la acción se dirige contra el tenedor de la cosa a nombre de un tercero, el art. 2255 del CCCN, segundo párrafo, establece que el tenedor “puede liberarse de los efectos de la acción si individualiza al poseedor. Si no lo individualiza, queda alcanzado por los efectos de la acción, pero la sentencia no hace cosa juzgada contra el poseedor”. La solución –similar al art. 2782 del CC– consagra un derecho a favor del tenedor de individualizar al poseedor, pero a su vez le impone el deber de realizar dicha individualización<sup>45</sup>. Si transgrede dicho deber, quedara alcanzado por los efectos de la acción, sin que estos puedan extenderse hacia el poseedor que no ha intervenido en el juicio, y que no ha podido defenderse.

Por último, el art. 2255 del CCCN, contempla el supuesto de automotores hurtados o robados: “Cuando se trata de un automotor hurtado o robado, la acción puede dirigirse contra quien lo tiene inscripto a su nombre, quien debe ser resarcido en los términos del régimen especial”. Para un mejor entendimiento del tema, desarrollamos de forma apartada la reivindicación de los automotores, a donde remitimos al lector.

## 8. OBJETO

El art. 2252 del CCCN dispone que “[l]a cosa puede ser reivindicada en su totalidad o en parte material. También puede serlo la universalidad de hecho”.

Son susceptibles de reivindicarse la *totalidad* de la cosa o una *parte* material de la misma, lo cual coincide *parcialmente* con el objeto de los derechos reales (art. 1883 del CCyC). Decimos esto, pues el objeto de los derechos reales también puede consistir en un bien inmaterial (derechos) cuando taxativamente lo señale la ley (segundo párrafo, art. 1883 del CCCN).

Además, son reivindicables las *universalidades de hecho*, o sea, el conjunto de cuerpos subordinados bajo un mismo nombre por la intención del propietario<sup>46</sup>. En materia de relaciones de poder, el art. 1927 del CCCN, prescribe que

<sup>45</sup> MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales*, 7ª edición, Buenos Aires, Zavalía, 2004, t. 3, p. 424.

<sup>46</sup> No hay consenso unánime respecto de cuando nos encontramos en presencia de universalidades *de hecho* y universalidades *de derecho*. Vélez Sarsfield señala en la nota al art. 2312 del CC que “[s]i es por la intención del propietario es *universitas facti*, si por el derecho, *universitas iuris*”. Edmundo Gatti por su parte explica que “[e]l origen del concepto de universalidad de

“[l]a relación de poder sobre una cosa *compuesta de muchos cuerpos distintos y separados*, pero unidos bajo un mismo nombre, como un rebaño o una piara, abarca solo las partes individuales que comprende la cosa” (el resaltado nos pertenece). Resulta objetable que el CCCN impida la relación de poder “en bloque” pero luego admita la reivindicación del todo. Lo lógico con la prohibición hubiera sido la reivindicación de cada una de las cosas que singularmente componen la universalidad. También son desechables los ejemplos del rebaño y la piara. Es que según advierte Gonzalo Perez Pejic, reproducen de manera acrítica el estatus legal de cosas que el CCCN les asigna a los animales. Agrega al respecto que ellos deben ser considerados *sujetos de derechos* por su condición de *seres sintientes*: individuos con la capacidad de tener experiencias subjetivas, como mínimo de dolor y placer <sup>47</sup>.

El art. 2253 del CCCN regula los objetos que no son reivindicables, entre los cuales la norma enuncia “los objetos inmateriales, las cosas indeterminables o fungibles, los accesorios si no se reivindica la cosa principal, ni las cosas futuras al tiempo de hacerse efectiva la restitución”. Los *bienes inmateriales*, quedan excluidos del ámbito de la reivindicación. Ello es coherente por cuanto la lesión que habilita a promover la acción reivindicatoria es el desapoderamiento, lo cual implica actos materiales que excluyan absolutamente al poseedor, lo que solo puede tener sentido respecto de las cosas (objetos materiales).

También quedan exentas de la acción reivindicatoria las *cosas indeterminables o fungibles*. El CCCN pareciera tratar como sinónimos ambos términos, pero al no ser incluida la categoría de cosa “indeterminable” debe en-

hecho se encuentra en el tercer género de los cuerpos, según la clasificación que de éstos dieron los juriconsultos romanos [...]: ‘Mas hay tres géneros de cuerpos: uno que ésta contenido por un solo espíritu [...], como el hombre, el madero, la piedra, y otras cosas semejantes; otro, que consta de componentes, esto es, de varias cosas unidas entre sí [...], como un edificio, una nave o un armario; y el tercero, que consta de partes distantes, como muchos cuerpos no unidos, sino subordinados a un solo nombre, como un pueblo, una legión, o un rebaño’. GATTI, Edmundo, *Derechos reales. Teoría general*, Buenos Aires, Lajouane, 2006, p. 202; No obstante, existen otras diferencias entre ambas clases de universalidades. Observa Marcelo A. Pepe que “la universalidad de hecho es un conjunto de cosas; en la de derecho pueden entrar cosas y bienes que no sean cosas; la universalidad de hecho es un complejo de cosas muebles; en la de derecho pueden estar incluidas las cosas muebles e inmuebles. Las universalidades de hecho forman siempre parte del activo del titular; las de derecho pueden estar constituidas por un activo y un pasivo. Es que en realidad la noción de universalidad de derecho se agota en la noción de patrimonio, ya se trate del patrimonio de una persona viva o el del difunto (herencia), ya, en fin, de patrimonios especiales como el del concursado (masa), el fondo de comercio, etc.”. PEPE, Marcelo A., “Usufructo de fondo de comercio”, en LAMBER, Rubén A., *Usufructo. Aplicaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Heliasta, 2011, p. 204.

<sup>47</sup> Para un mayor desarrollo, véase: PEREZ PEJCIC, Gonzalo “Materiales para defender los derechos de los animales liminales” en *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, año VII, vol. II, diciembre de 2020, pp. 22-84; PEREZ PEJCIC, Gonzalo, “Animales, plantas, naturaleza y generaciones futuras ¿Quiénes son capaces de tener derechos?”, en PEREZ PEJCIC, Gonzalo (dir.). *Solidaridad entre generaciones. Aportes animalistas y ambientalistas para su estudio*, Didot, 2023 (título tentativo, en prensa).

tenderse el supuesto ceñido a las fungibles: aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad (art. 232 del CCC). Pero, la acción sería procedente si estas cosas pueden individualizarse, por estar en saco o caja cerrada con llave o por tener algún signo que lo distinga. Los *accesorios* no pueden reivindicarse si no se reivindica la cosa principal a la cual acceden. Ilustra Salvat con las “cosas que deben separarse de los inmuebles, como tierra, maderas, frutos pendientes, etc.: la reivindicación de ellas no es posible, no solo porque esta acción debe recaer sobre cosas ya existentes, dotadas de una individualidad propia, sino también porque esas cosas futuras, mientras no sean separadas del inmueble, forman parte integrante de él”<sup>48</sup>. Tampoco pueden ser reivindicadas las *cosas futuras* al tiempo de hacerse efectiva la restitución. Una vez más Salvat, ejemplifica con aquellas cosas “separadas del inmueble en el cual se encuentran, de bañaderas, cocinas, alambres y caños de luz eléctrica, depósitos de agua, galpón y gallinero de zinc”<sup>49</sup>. A su vez, quedan excluidas del ámbito de la reivindicación las *universalidades de derecho*, como es el caso del patrimonio, o puntualmente, la herencia. Ello sin perjuicio, de la existencia de la acción de petición de la herencia, pues constituye una modalidad que la reivindicación asume en el campo del derecho sucesorio<sup>50</sup>.

Por último, el art. 2254 del CCCN trae a colación los objetos no reivindicables en materia de automotores. Así, la norma reza en su primer párrafo que “[n]o son reivindicables los automotores inscriptos de buena fe, a menos que sean hurtados o robados”. No obstante, el segundo párrafo de la citada norma concluye: “Tampoco son reivindicables los automotores hurtados o robados inscriptos y poseídos de buena fe durante dos años, siempre que exista identidad entre el asiento registral y los códigos de identificación estampados en chasis y motor del vehículo”. Para un mejor entendimiento del tema, desarrollamos de forma apartada la reivindicación de los automotores, a donde remitimos al lector.

<sup>48</sup> SALVAT, t. III, *op. cit.*, p. 651.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 652.

<sup>50</sup> Perez Pejic considera que la acción de petición de herencia es una *modalidad* que asume la acción real reivindicatoria en el *derecho sucesorio*, que nace de la propiedad que cada uno tiene sobre los bienes que nos fueran transmitidos por sucesión *mortis causa*, mediante la cual quien se considera heredero, reclama y reivindica una herencia (universalidad jurídica) que considera propia y que se encuentra en poder de quien creyéndose el verdadero heredero, desconoce de forma total o parcial el derecho del peticionante o que estando en la simple posesión o cuasi posesión de los bienes hereditarios, se limita a cuestionar la condición de heredero del reivindicante; siendo el reconocimiento de la calidad de heredero el medio para obtener el goce del patrimonio relicto; y que en virtud de la cual pueden ejercerse todas las medidas de seguridad que se consideren necesarias sobre los bienes que integren la herencia. PEREZ PEJIC, Gonzalo, “La acción real de petición de herencia desde un examen comparativo con la acción real reivindicatoria”, *Revista de Derecho de Familia*, vol. VI, Abeledo-Perrot, 2014, p. 112.

## 9. PRUEBA

La prueba que deberá aportar el reivindicante tendrá que demostrar su *derecho de poseer* y que el objeto sobre el cual versa la pretendida desposesión se encuentra en cabeza del demandado. No obstante, la prueba puede recaer en este último en algunos supuestos. Al respecto, enseña Alterini que “[n]aturalmente, la distribución probatoria impondrá la prueba por el demandado si éste alegase que pese a su condición de poseedor la cosa le fue entregada voluntariamente por el actor [...] o que si bien es un tenedor que recibió la cosa del reivindicante subsiste la causa de la tenencia [...] o que adquirió la cosa por prescripción adquisitiva, o que es un subadquiriente de buena fe y a título oneroso”<sup>51</sup>. Sin perjuicio, el CCCN –al igual que el CC– trae a colación una serie de reglas que tienen por finalidad facilitar la prueba del derecho de poseer para que esta no se convierta en “diabólica”<sup>52</sup>. Pero las reglas relativas a la prueba en materia de reivindicación *varían* conforme lo hace la *naturaleza del objeto desposeído* (inmuebles, muebles registrables y muebles).

### 9.1. Inmuebles

El tema se encuentra regulado en el art. 2256 del CCCN, el cual reza que “[r]especto de la prueba en la reivindicación de cosas inmuebles, se observan las reglas siguientes”.

9.1.1. “*Si los derechos del actor y el demandado emanan de un antecesor común, se presume propietario quien primero es puesto en posesión de la cosa, ignorando la obligación anterior, independientemente de la fecha del título*” (inc. “a”)

Indica el inciso que, si un mismo antecesor ha transmitido sus derechos al actor y al demandado, es preferido aquel a quien se le ha realizado la *tradición* de la cosa, siempre que sea de *buena fe*. Esta última consistirá en ignorar la obligación anterior, habiendo realizado todas las diligencias necesarias o habiendo tenido la posibilidad de llevarlas a cabo. Quien lee deberá subrayar que en este caso es *irrelevante* la fecha del título de los contrincantes<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> ALTERINI, *Acciones reales...*, op. cit., p. 97.

<sup>52</sup> Señala Alterini que “[d]e no existir normas especiales como las indicadas, la acreditación del ‘derecho de poseer’ del reivindicante impondría la necesidad de probar que tanto en él como en sus antecesores confluyeron los requisitos del título suficiente y del modo suficiente, remontrándose hasta el adquirente originario o hasta alguno intermedio legitimado por prescripción, o acreditando que esa prescripción adquisitiva se operó en su favor, aunque la alternativa de la usucapción tampoco sería incuestionable, porque podría haber mediado causales de interrupción o de suspensión del curso de la prescripción”. *Ibid.*, p. 99.

<sup>53</sup> La referencia al “título”, remite a la noción de “título suficiente” (art. 1882 CCCN).

9.1.2. “Si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores, el título del reivindicante posterior a la posesión del demandado, es insuficiente para que prospere la demanda, aunque el demandado no presente título alguno” (inc. “b”)

Vemos que, si el demandado fue puesto en posesión de la cosa, con anterioridad al otorgamiento del título del actor, este nunca pudo haber adquirido el derecho real ya que para ello necesita *modo suficiente*. Para el cumplimiento de este último requisito, se precisa la posesión *vacua*, que “la cosa debe estar libre de toda relación excluyente, y no debe mediar oposición alguna” (art. 1926 del CCCN). Este extremo no se cumpliría por el simple hecho de la existencia de la posesión *anterior* del demandado.

9.1.3. “Si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores y el título del reivindicante es anterior a la posesión del demandado, se presume que este transmitente era poseedor y propietario de la heredad que se reivindica” (inc. “c”)

La norma presume que, si el título del reivindicante es anterior a la posesión del demandado, el *antecesor del actor* (mediato o inmediato) era poseedor y propietario del inmueble. Dicha presunción es vital, desde que a través de ella se entiende cedida *implícitamente* la acción reivindicatoria a favor del actor, quien entonces podrá recuperar el objeto en cabeza del demandado. En esta línea, Cossari afirma que “el actor demandaría en calidad de cesionario de la acción reivindicatoria del antecesor presumido como propietario, no es necesario que el reivindicante pruebe que adquirió el dominio por la confluencia del título suficiente y el modo suficiente (tradicción, *traditio brevi manu, constituto posesorio*)”<sup>54</sup>.

9.1.4. “Si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores, sin que se pueda establecer cuál de ellos es el verdadero propietario, se presume que lo es el que tiene la posesión” (inc. “d”)

En este supuesto, tanto el actor como el demandado exponen títulos que evidencian, como enseña Alterini, “encadenamientos causales que arrancan de distintos antecesores”. Por lo tanto, para discernir la situación jurídica de ellos es preciso investigar cuál de los dos es el auténtico propietario. Sostiene el citado que “[s]i el análisis de los encadenamientos causales define que alguno de los antecesores tenía ‘derecho de poseer’, o ‘mejor derecho de poseer’, o sea que era el ‘verdadero propietario’, al proyectarse su status jurídico sobre su sucesor, será éste, actor o demandado, el triunfador de la contienda judicial”<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> COSSARI, “Comentario al art. 2256”, *op. cit.*, p. p. 804.

<sup>55</sup> ALTERINI, *Acciones reales...*, *op. cit.*, p. 119.

Pero, si los contrincantes invocan títulos que emanan de distintas personas (antecedentes del actor y el demandado) sin que pueda precisarse cuál de ellas es la verdadera propietaria, la norma le concede el triunfo al *demandado*, por ser este quien ostenta la *posesión* de la cosa. En otras palabras, cuando el inciso que estamos estudiando presume que el verdadero propietario es quien tiene la posesión, se refiere al *demandado*, pues como observa Segovia “[h]e aquí una de las preciosas prerrogativas de la posesión, la de importar una presunción de la propiedad en la persona del poseedor [...] en la que se funda la máxima *in pari causa melior conditio possidentis*”<sup>56</sup>.

## 9.2. Muebles registrables

El régimen probatorio de los muebles registrables aparece en el art. 2257 del CCCN. La norma dispone que “[r]especto de la prueba en la reivindicación de cosas muebles registrables, robadas o hurtadas, cuando la registración del demandado es de mala fe, se deben observar las reglas siguientes”. Se compone el artículo de distintos incisos que contienen reglas que aplican cuando la cosa es *robada* o *hurtada*: sale del poder de su dueño *contra* su voluntad. En consecuencia, se apartan los supuestos en que es perdida (sale del poder de su dueño sin su voluntad) o cuando parte del poder del propietario con su voluntad. No obstante, si la cosa sin ser robada o hurtada permanece en cabeza de quien se encontraba obligado a restituirla, procede igualmente la reivindicación. Salvo, en los casos en que la cosa se encuentre en cabeza de un subadquirente emplazado registralmente de buena fe, ya que podrá repeler la reivindicación, en virtud de ser su nuevo dueño (art. 1895 del CCCN). A más, para la viabilidad de las mencionadas reglas es necesario que la *registración* fuera hecha de *mala fe*. Esto significa que el demandado haya obtenido la inscripción registral, *sabiendo o debiendo saber* que la cosa mueble registrable era robada o hurtada. El tercer párrafo del art. 1895 del CCCN, establece que “[t]ampoco existe buena fe aunque haya inscripción a favor de quien la invoca, si el respectivo régimen especial prevé la existencia de elementos identificatorios de la cosa registrable y éstos no son coincidentes”.

9.2.1. “*Se presume la mala fe cuando no se verifica la coincidencia de los elementos identificatorios de la cosa de acuerdo al régimen especial y tampoco se constata la documentación y estado registral*” (inc. “a”)

El primer inciso *presume la mala fe* de la registración del demandado cuando no se verifica la coincidencia de los elementos identificatorios de la cosa de acuerdo con el régimen especial y tampoco se constata la documentación y estado registral. No obstante, en materia automotor, el art. 16 del decreto-ley 6582/1958, dispone que “[a] los efectos de la buena fe [...] se presume que los que adquieren derechos sobre un automotor, conocen las constancias de su ins-

<sup>56</sup> SEGOVIA, *op. cit.*, t. II, p. 204.

cripción y de las demás anotaciones que respecto de aquel obran en el Registro de la Propiedad del Automotor, aun cuando no hayan exigido del titular o del disponente del bien, la exhibición del certificado de dominio que se establece en este artículo”. De la conciliación del inciso en comentario con el art. 16 del decreto-ley citado, podríamos sostener que el adquirente de un automotor goza en primer término de la presunción del conocimiento del estado registral del automotor<sup>57</sup>. La presunción se extiende aun cuando el adquirente no ha exigido del titular o del disponente del bien, la exhibición del certificado de dominio que se establece el artículo. Sin embargo, se presume la mala fe si se comprueba que el adquirente no ha verificado la coincidencia de tal estado registral con los elementos identificatorios del automotor y con la demás documentación que se exija.

9.2.2. *“El reivindicante debe probar su derecho con el certificado que acredita su inscripción en el registro respectivo. El demandado debe justificar de igual manera el derecho que opone; si el derecho invocado por el actor no está inscripto, debe justificar su existencia y la rectificación, en su caso, de los asientos existentes. Si el derecho del demandado carece de inscripción, incumbe a éste acreditar el que invoca contra el actor” (inc. “b”)*

El inciso distribuye por igual la carga de probar el derecho invocado con el certificado que acredita la inscripción de la cosa mueble a nombre del reclamante. Ello acontecerá para los supuestos en que la inscripción registral sea *constitutiva* de la adquisición o transmisión del derecho real. Sin embargo, como explica Saucedo:

[p]or regla no pueden coexistir dos inscripciones de un mismo objeto a nombre de distintas personas, salvo que se trate de un caso de comunidad de derechos. Por ende, si el demandado ha rogado la toma de razón de su prerrogativa, el despacho registral será favorable a éste —aunque en alguno de los asientos precedentes luzca también el derecho del peticionante—; en caso contrario, la propiedad de la cosa objeto del pleito constará a nombre del actor. De aquí que la prueba a rendir pueda en algún caso circunscribirse solamente a los títulos, prescindiendo de los certificados e informes emitidos por el Registro pertinente<sup>58</sup>.

9.2.3. *“Si el actor y el demandado presentan antecedentes que justifican la inscripción registral emanados de un autor común, es preferida aquella que acredita la coincidencia de los elementos identificatorios registrales exigidos por el régimen especial” (inc. “c”)*

El supuesto requiere que tanto el actor como el demandado aporten elementos que justifican la inscripción a su favor, siempre que ellos deriven de un

<sup>57</sup> Entendemos que el “estado registral” exigido por el inciso se compone en materia automotor de las constancias de la inscripción de este y de las anotaciones que sobre él obran en el registro.

<sup>58</sup> SAUCEDO, *op. cit.* p. 666.

*antecesor común*. Ello es así por cuanto se presume que ese antecesor era el verdadero propietario de la cosa. Ante esta paridad, la norma se inclina por darle preferencia a quien logra acreditar la *coincidencia* de los elementos identificatorios registrales exigidos por el régimen especial.

9.2.4. “Si el actor y el demandado presentan antecedentes que justifican la inscripción registral derivados de personas distintas, sin que se pueda decidir a quién corresponde el derecho controvertido, se presume que pertenece al que lo tiene inscripto” (inc. “d”)

Para el caso en que el actor y el demandado presenten antecedentes que justifican su inscripción, pero que provengan de antecesores *distintos* y sin que pueda advertirse cuál de estos era el verdadero propietario, se presume que la cosa mueble le pertenece a quien tenga el *emplazamiento registral a su favor*.

### 9.3. Muebles no registrables

Las reglas sobre la prueba en materia de cosas muebles se enuncian en los dos primeros incisos del art. 2258 del CCCN.

9.3.1. “Si las partes derivan sus derechos de un antecesor común, prevalece el derecho de la que primero adquiere el derecho real” (inc. “a”)

Observamos que se presume que el antecesor común era el verdadero propietario de la cosa mueble. Por ello, actor y demandado deberán probar quien es el sucesor en los derechos de aquel. En esta lógica, la solución se inclina a favor de quien primero adquiere el *derecho real*, como consecuencia de la regla que afirma: primero en el tiempo, mejor en el derecho.

9.3.2. “Si las partes derivan sus derechos de distintos antecesores, prevalece el derecho que se derive del antecesor más antiguo. Sin embargo, siempre prevalece el derecho que se remonta a una adquisición originaria, aunque sea más reciente” (inc. “b”)

En el presente caso, si el actor y el demandado fundan sus derechos en *distintos antecesores*, la solución legal favorece a quien presente el título de *mayor antigüedad*. Pero la regla, cede si existe un antecesor que haya adquirido de forma *originaria* el derecho, aunque dicha adquisición sea más reciente que el título de la otra parte. Ello por cuanto, en la adquisición originaria, el adquirente obtiene la cosa por sí mismo, sin que derive su derecho de un antecesor en la titularidad (ej.: la apropiación, transformación, accesión, percepción de frutos y prescripción adquisitiva)<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> ALTERINI, Jorge H., “Glosa al art. 2524”, en LLAMBÍAS – Alterini, *op. cit.*, t. IV-A, p. 320.



9.3.3. “Si la cosa mueble es transmitida sin derecho y a título gratuito, procede la reivindicación si el objeto se encuentra en poder del subadquirente, aunque éste sea de buena fe” (inc. “c”)

La norma no trae un supuesto vinculado con la prueba sino con la *procedencia* de la reivindicación de cosas muebles. Así, si ella es transmitida sin derecho y a título gratuito, la reivindicación tiene lugar, por más que se encuentre en poder de un subadquirente de buena fe. Remarcamos que este no puede alegar que obtuvo su derecho real de fuente legal (art. 1895 del CCCN). Es que para invocar tal respaldo debe estar munido de título oneroso. No obstante, el subadquirente podrá acogerse –para repeler la reivindicación– a una causa distinta de adquisición del derecho real, como, por ejemplo, la prescripción adquisitiva.

## 10. DERECHO A REEMBOLSO

El primer párrafo del art. 2259 del CCCN establece que “[s]i se reivindica un objeto mueble no registrable robado o perdido de un poseedor de buena fe, éste no puede reclamarle al reivindicante el precio que pagó, excepto que el objeto se haya vendido con otros iguales en una venta pública, o en casa de venta de objetos semejantes, o por quien acostumbraba a venderlos”. Mientras que el segundo párrafo, dispone que “[s]i se trata de una cosa mueble registrable robada o perdida, y la inscripción registral se obtiene de buena fe, el reivindicante debe reintegrar al reivindicado el importe abonado”. Por último, el tercer párrafo reza que “[e]n caso de reembolso, el reivindicante tiene derecho a repetir el pago contra el enajenante de mala fe”.

El reembolso resulta tanto un *derecho* del poseedor de *buena fe* como un *deber* a cargo del *reivindicante*. Señalamos que el ámbito de aplicación del reembolso se circunscribe a las *cosas muebles*, sean o no registrables. Como regla el reivindicante de una cosa mueble no registrable robada o perdida no debe indemnización o precio alguno al poseedor, aunque este sea de buena fe. Sin embargo, ello cede si el objeto se ha vendido con otros iguales en: una venta pública; una casa de venta de objetos semejantes o por quien acostumbraba a venderlos. Observamos que todo lo anterior se encontraba previsto en el CC, pero que, a diferencia de este, el CCCN omite incluir como excepción el caso en que la cosa difícilmente hubiera sido recuperada por el reivindicante si no hubiera mediado la adquisición por parte del reivindicando. Por otro lado, respecto de las cosas muebles *registrables*, que sean robadas o perdidas, si la inscripción registral se obtuvo de buena fe, el reivindicante debe reintegrar al reivindicado el importe abonado. La solución aparece contemplada en el art. 3° del decreto-ley 6582/1958, circunscripta al ámbito de los automotores, pero ahora resulta extensible a *toda* cosa mueble registrable <sup>60</sup>.

<sup>60</sup> El art. 3° del decreto-ley 6582/1958, dispone que “[s]i el automotor hubiese sido hurtado o robado, el propietario podrá reivindicarlo contra quien lo tuviese inscripto a su nombre,

Dado el reembolso, el art. 2259 del CCCN concluye que el reivindicante tiene derecho a *repetir* el pago contra el enajenante de *mala fe*. En otras palabras, si proceden los casos de excepción, el reivindicante tiene derecho contra el transmitente de mala fe para solicitarle lo que hubiere pagado.

## 11. LÍMITES

El art. 2260 del CCCN, bajo el epígrafe “alcance”, dispone en su primer párrafo que “[l]a acción reivindicatoria de una cosa mueble no registrable no puede ejercerse contra el subadquirente de un derecho real de buena fe y a título oneroso excepto disposición legal en contrario; sin embargo, el reivindicante puede reclamarle todo o parte del precio insoluto”.

Si la cosa es mueble *no registrable*, la acción reivindicatoria no puede ejercerse contra el subadquirente de un derecho real de buena fe y a título oneroso, pues se encontraría protegido por el art. 1895 del CCCN. No obstante, el art. 2260 del CCCN deja a salvo que la regla puede ceder en caso de haber una disposición legal en contrario, o sea, que permita la procedencia de la reivindicación de una cosa mueble no registrable, aunque el subadquirente sea de buena fe y a título oneroso. Así, según el propio art. 1895 del CCCN –confirmado por el art. 2259 del CCCN– la reivindicación tiene espacio cuando el subadquirente es de buena fe y a título oneroso, pero la cosa mueble no registrable es *robada* o *perdida*. Agregamos que también procederá, cuando el subadquirente lo sea a título gratuito o cuando fuere de mala fe.

Para el caso en que el reivindicante *no* pueda recuperar la cosa, podrá solicitar la indemnización correspondiente al enajenante de *mala fe*. A más, si todavía quedo un saldo de precio debido por el subadquirente, tendrá el reivindicante derecho para reclamarle a este todo o parte del precio insoluto.

Si se trata de *cosas registrables*, el art. 2260 del CCCN prescribe que el subadquirente de un inmueble o de una cosa mueble registrable no puede ampararse en su buena fe, ni en el título oneroso, si el acto se realiza sin intervención del titular del derecho. Así, frente a las llamadas transmisiones *a non domino* (por quien no era el verdadero titular de la cosa) el *verus dominus*, podrá intentar la reivindicación, incluso, contra el subadquirente a título oneroso y de buena fe. En este caso la ley se inclina por tutelar la *seguridad jurídica estática* (encarnada en los derechos del propietario) por sobre la dinámica (propia del tráfico y la apariencia) <sup>61</sup>. Por lo tanto, el subadquirente podrá frenar la acción reivindicatoria si cumple con los recaudos que exige la prescripción adquisitiva. En último lugar, quien lee podrá advertir que la norma coincide con el segundo

debiendo resarcirlo de lo que hubiese abonado si la inscripción fuera de buena fe y conforme a las normas establecidas por este decreto-ley”.

<sup>61</sup> PEREZ PEJIC, Gonzalo, “Comentario al art. 399”, en HERRERA, Marisa, CARAMELLO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (Dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 2ª edición, Buenos Aires, Infojus, 2022, t. I, pp. 619-623.

párrafo del art. 392 del CCCN en materia de efectos de la nulidad de los actos jurídicos que versan sobre cosas registrables respecto de terceros: “[L]os subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho”.

## 12. REIVINDICACIÓN DE AUTOMOTORES

Para una mayor comprensión, dividimos el tema en *procedencia* e *improcedencia* de la reivindicación.

### 12.1. Procedencia

La acción reivindicatoria tiene lugar cuando el automotor es *robado* o *hurtado*, afirmación que se desprende del art. 2254 del CCCN. En su primer párrafo la norma establece que “[n]o son reivindicables los automotores inscriptos de buena fe, a menos que sean hurtados o robados”. Ello se reafirma en el art. 2257 del CCCN, cuando dispone que “[r]especto de la prueba en la reivindicación de cosas muebles registrables, robadas o hurtadas [...]”

Sobre la *legitimación pasiva*, el art. 2255 del CCCN expresa: “[C]uando se trata de un automotor hurtado o robado, la acción puede dirigirse contra quien lo tiene inscripto a su nombre, quien debe ser resarcido en los términos del régimen especial”. El “régimen especial” aludido nos remite al decreto-ley 6582/1958 sobre *régimen jurídico del automotor*, cuyo art. 3º ordena que “[s]i el automotor hubiese sido hurtado o robado, el propietario podrá reivindicarlo contra quien lo tuviese inscripto a su nombre, debiendo resarcirlo de lo que hubiese abonado si la inscripción fuera de buena fe y conforme a las normas establecidas por este decreto-ley”. Nótese que los artículos citados aluden como legitimado pasivo a quien tuviera inscripto el automotor a su nombre, una fórmula amplia que abarca adquirentes y subadquirentes. Recordemos que el art. 2260 del CCCN, en su segundo párrafo, reza que “[e]l subadquirente de un inmueble o de una cosa mueble registrable no puede ampararse en su buena fe y en el título oneroso, si el acto se realiza sin intervención del titular del derecho” (el destacado nos pertenece). Así, en los casos en que el automotor sea hurtado o robado, es claro que el enajenante no es el titular del derecho, es decir, el acto se realiza sin la intervención del verdadero propietario. Razón por la cual, los adquirentes o subadquirentes no pueden escudarse en su eventual buena fe y título oneroso para impedir la reivindicación. No obstante, los que sufrieran la reivindicación por estar el automotor a su nombre, deberán ser resarcidos por lo que hubieren abonado.

### 12.2. Improcedencia

La acción reivindicatoria que se ejerce respecto de automotores encuentra su límite en tres supuestos.

Si el automotor es *hurtado* o *robado*, la reivindicación cede ante la prescripción *breve*. Así, quien detenta la cosa debe reunir los recaudos que exige su configuración: justo título, por carecer el transmitente de legitimación (arts. 1898 y 1902 del CCCN); inscripción (arts. 2254 CCCN); inscripción realizada de buena fe (arts. 1902 y 2254 del CCCN); posesión de buena fe (art. 2254 del CCCN); plazo de posesión útil de dos años, contados desde la registración del justo título (art. 1898 y 2254 del CCCN); identidad entre el asiento registral y los códigos de identificación estampados en chasis y motor del vehículo (art. 2254 del CCCN). Se observa que, en este supuesto, quien tiene el vehículo es su *propietario putativo* (aparente), pues al obtener la registración adquirió el derecho real, solo que no puede extender de forma total la oponibilidad de su derecho ya que la transmisión fue realizada a *non domino*. De esta forma, el propietario putativo del automotor puede oponer su derecho frente a todos, menos al verdadero propietario, quien, al no intervenir en la enajenación, podrá promover la acción reivindicatoria. Por ello, el titular putativo deberá acudir a la prescripción corta, para *consolidar el derecho real* y así evitar aquella posible reivindicación. Cabe advertir, en último lugar, que no hay buena fe sin inscripción registral, es decir, que la segunda hace a la existencia misma de la primera. Pero una vez obtenida la registración, se podrá debatir si ella fue realizada de buena o mala fe. Es que, si fue hecha de mala fe, comenzaran a jugar las reglas en materia probatoria consagradas en los distintos incisos del art. 2257 del CCCN. En cambio, será de buena fe, cuando se haya llevado adelante amparada por la verificación de los elementos identificatorios del automotor y la constatación de los documentos y el estado registral del vehículo (léase a contrario, el inc. “a” del art. 2257 del CCCN) <sup>62</sup>.

Si el automotor *no* es hurtado o robado, la acción reivindicatoria se detiene frente a la prescripción adquisitiva *larga*. Así, quien detenta el automotor en estas condiciones debe contar con sus requisitos: plazo de diez años

<sup>62</sup> El segundo párrafo del art. 1895 CCCN exige la inscripción de los muebles registrables como factor determinante en la configuración de la buena fe. Nótese que respecto de las cosas muebles registrables “no existe buena fe sin inscripción a favor de quien la invoca”. Sin embargo, la registración puede ser de buena o mala fe. Así, a los efectos de la prescripción adquisitiva breve, debemos preguntarnos como se configura la buena fe exigida a la hora de realizar la inscripción de la cosa mueble registrable. Para que la inscripción de la cosa mueble registrable sea de buena fe, es menester: a) que, si el régimen especial de la cosa prevé la existencia de elementos identificatorios, estos deben ser coincidentes entre sí (art. 1895 CCCN). y; b) examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinentes establecidos en el respectivo régimen especial (art. 1902 CCCN). Teniendo a la vista ambos recaudos, se entiende la exigencia del art. 2554 CCCN, cuando alude a la inscripción y posesión de buena fe “siempre que exista identidad entre el asiento registral y los códigos de identificación estampados en chasis y motor del vehículo”. Sumamos que “[l]a posesión debe ser de buena fe y prolongarse por dos años. El plazo de la posesión no puede comenzarse a computar antes de la inscripción, porque durante ese lapso no sería de buena fe. Sin inscripción registral la posesión por la cual se pretende ejercer el dominio se adquirió por un modo insuficiente al faltar tal anotación, circunstancia que por ser una cuestión de derecho no será un error excusable por lo que la posesión será de mala fe”. COSSARI, “Comentario al art. 2254”, *op. cit.*, p. 786.

(art. 1899 del CCCN); ausencia de inscripción registral a su nombre (art. 1899 del CCCN); tener el automotor por haberlo recibido del titular registral o su cesionario sucesivo (art. 1899 del CCCN); elementos identificatorios del automotor coincidentes, los códigos estampados en el chasis y motor del vehículo (arts. 1899 y 2254 del CCCN). Se advierte que, en este caso, quien detenta el vehículo no es su propietario, pues el art. 1899 del CCCN exige ausencia de registración y ella es *constitutiva* a los efectos de la adquisición del derecho real (art. 1892 del CCCN) <sup>63</sup>. Por ello, deberá acudir a la prescripción larga para adquirir el derecho real y de esta forma evitar una eventual reivindicación.

Si el automotor *no* es hurtado o robado, la acción reivindicatoria se frena en la *adquisición legal* de derechos reales sobre *muebles por el subadquirente*. Así, quien detenta el automotor no hurtado o robado debe: tratarse de un subadquirente (art. 1895 del CCCN); ser de buena fe, lo que se logra con la inscripción registral (arts. 1895 del CCCN); haber realizado la inscripción de buena fe, para lo cual se requiere la coincidencia de los elementos identificatorios del automotor, los códigos estampados en el chasis y motor del vehículo (arts. 1895 del CCCN); contar con título oneroso (art. 1895 del CCCN). Apreciamos que, en este caso, el subadquirente de un automotor de buena fe adquiere el derecho real de *fuentes legal*, siempre y cuando el vehículo no sea hurtado o robado, pues si este último extremo no se cumple, el verdadero propietario se encontraría en condiciones de reivindicar la cosa. Es que a tenor del segundo párrafo del art. 2260 del CCCN, el subadquirente de un mueble registrable no puede ampararse en su buena fe y en el título oneroso, si el acto se realiza sin intervención del titular del derecho.

Dos últimas observaciones. Primero, el título oneroso no se requiere a los efectos de la adquisición legal del derecho real sobre cosa mueble registrable, sino que se exige para repeler la reivindicación. Ello claro está, siempre que el vehículo no sea hurtado o robado, ya que aplicaría lo dispuesto por el segundo párrafo del art. 2260 del CCCN. Pero, si el automotor no es hurtado o robado, y el subadquirente es de buena fe y a título oneroso, aplica la protección del primer párrafo del art. 392 del CCCN: “[T]odos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso”. Para que

<sup>63</sup> El cuarto párrafo del art. 1892 del CCCN, dispone que “[l]a inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos...”. Uno de los casos legalmente previstos es en materia de automotores, pues el primer artículo del decreto-ley 6582/1958, establece que “[l]a transmisión del dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público o privado y solo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor”.

el subadquirente quede a salvo, sostiene Cossari, “estaríamos en la hipótesis de quien lo recibió [el automotor] de un adquirente que logró que el titular de la cosa se lo inscribiera registralmente a su nombre (por ejemplo, mediando error, dolo o violencia). Luego el subadquirente que reclama la protección de la norma lo recibe del titular registral inscripto”<sup>64</sup>.

Segundo, cabe preguntarse si para la adquisición legal de derechos reales sobre cosas muebles registrables por parte del subadquirente es exigible la posesión de buena fe. Ello por cuanto, el art. 1895 del CCCN, en su primer párrafo, la exige para las cosas muebles. Sobre el punto, creemos que la respuesta debe ser afirmativa pues, sin perjuicio que en materia de cosas muebles registrables la buena fe de los adquirentes o subadquirentes se acredita con la registración, estamos convencidos que la publicidad registral constitutiva que importa que el derecho real nace y es oponible a terceros con la inscripción registral, no significa, sin embargo que se *modifique mediante el sistema constitutivo de publicidad el modo de ejercicio del derecho real por la posesión*, que hace a la esencia de estos derechos reales, por lo que entendemos que si bien la tradición es sustituida por la inscripción registral en tanto que modo suficiente, *siempre debe requerirse la posesión del objeto*, pues de lo contrario se *desnaturalizaría el contenido* del derecho real con claro desmedro jurídico y económico en el aprovechamiento del bien. La inscripción sustituye a la tradición, pero *esta debe quedar subsumida en aquella* y no parece justo ni razonable creer que la inscripción pueda ser de buena fe si la posesión que constituye el modo de ejercicio del derecho real no lo sea por el conocimiento que el adquirente tenga de su *falta de derecho* a la cosa antes de la inscripción y aun así pretenda, mediante la inscripción registral ampararse en la buena fe del art. 1895, *segundo párrafo*, CCCN. No debe olvidarse que *la inscripción debe ser de buena fe*. Si el comprador inscribe de *buena fe* un automotor y el mismo está en poder del vendedor, debe por consiguiente entenderse que este se constituye en *poseedor a nombre del adquirente*, es decir ha hecho tradición ficta en virtud de un *constituto posesorio* (art. 1892 y 1924 del CCCN). Si, en el mismo ejemplo, el automotor está en manos de un *tercero*, éste, en virtud de las reglas de la *traditio brevi manu*, comienza a poseer a nombre del adquirente (art. 1892 y 1924 del CCCN).

Resumiendo, la buena fe del adquirente y subadquirente de cosas muebles registrables cuando la inscripción es constitutiva se acredita con la *inscripción de buena fe* del objeto a nombre del adquirente o subadquirente, que presupone la *posesión de buena fe* por tradición real o ficta y la coincidencia entre los elementos identificatorios del objeto previstos por el respectivo régimen especial (art. 750, 1923, 1924, 1892, 1893 y 1895, *último párrafo*, del CCCN; y art.1 del decreto ley 6582/58).

<sup>64</sup> COSSARI, “Comentario al art. 1895”, *op. cit.*, t. IX, p. 135.

### 13. MEDIDAS CAUTELARES

En atención al CC, Mariani de Vidal puntualiza que “a los efectos de garantizar que, recaída la sentencia en el juicio reivindicatorio, pueda cumplirse el fin principal que persigue, se autoriza la adopción de diversas medidas de seguridad durante la tramitación de éste, tanto por el Código Civil –arts. 2786 y 2788 – cuanto por las leyes rituales, exigiéndose en todos los supuestos – amen de los requisitos específicos de cada medida– la verosimilitud en el derecho y la individualización del objeto”<sup>65</sup>.

La medida por excelencia es el *embargo preventivo* (art. 210 inc. 4º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [CPCCN])<sup>66</sup>, aunque no la única. El reclamante podría solicitar *anotación de litis* (art. 229 CPCCN), *exhibición de cosa mueble* (art. 323 inc. 2º CPCCN) y *secuestro* (art. 221 CPCCN). A más, el art. 2483 CC aludía a las “medidas provisorias relativas a la guarda y conservación de la cosa litigiosa”, mientras que el art. 2788 CC, establecía que “el que ejerce la acción de reivindicación puede, durante el juicio impedir que el poseedor haga deterioros en la cosa que se reivindica”. Esta norma se hacía efectiva solicitando para las cosas muebles su secuestro y designando un depositario al afecto y en materia de cosas inmuebles con medidas cautelares genéricas como una prohibición de innovar.

En otro orden de ideas, la literatura especializada debate si el embargo debe o no comprender los *frutos* de la cosa, atento al silencio legislativo que existe sobre el tema. Sobre el punto, Roque Garrido y Luis Andorno defienden que “con adecuada contracautela es aconsejable aceptar el embargo de los frutos, pero evitando su aplicación como medida de coerción en el juicio. El juez podrá limitar su cuantía para permitir la continuación de la explotación. En su caso debe asegurarse la reinversión”<sup>67</sup>. Por su parte, Borda piensa que

<sup>65</sup> Mariani de Vidal, *Derechos reales*, *op. cit.*, p. 453.

<sup>66</sup> Como manifiesta Salvat, “iniciado el juicio de reivindicación, existía el peligro de que el demandado, para obstaculizar o hacer imposible el cumplimiento de una sentencia condenatoria, enajenase la cosa: para evitar este peligro, las leyes autorizan el embargo preventivo de ella que, como sabemos, impide su enajenación o la imposición de gravámenes. Para que esta medida pueda ser decretada es necesario que se presenten documentos que hagan verosímil el derecho del reivindicante, es decir, documentos de los cuales resulte probable la existencia del derecho de propiedad que se invoca para promover la demanda y la completa individualización de la cosa reclamada”. SALVAT, *op. cit.*, t. III, p. 725; Para que el embargo preventivo sea viable deben concurrir ciertos requisitos, como la seriedad de la demanda y la verosimilitud de sus fundamentos. Areán señala que “a diferencia de lo que sucede con las medidas precautorias en general, en este caso no se requiere acreditar el peligro en la demora, por cuanto es presumido ante la facilidad con que la cosa demandada puede enajenarse o gravarse durante el tiempo que insume la sustanciación del proceso” AREÁN, Beatriz, “Comentario al art. 2786”, en BUERES, Alberto J. (Dir.) y HIGHTON, Elena I. (Coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Derechos reales*, Buenos Aires, Hammurabi, José L. Depalma, 1997, t.5, p. 874

<sup>67</sup> Garrido y ANDORNO, *op. cit.*, p. 103.

[...] el embargo de los frutos es una medida gravísima, que deja sin rentas al reivindicado y lo coloca, por consiguiente, en una situación de apremio tal, que rompe el equilibrio entre las partes, y que quizá obligue al demandado, aunque tenga la razón de su parte, a buscar una solución transaccional que le evite la ruina. El derecho sustancial del acreedor está suficientemente garantizado con el embargo del bien; si luego resulta que tiene derecho también a los frutos, podrá perseguir su cobro mediante las vías que las leyes procesales ponen a su disposición <sup>68</sup>.

Concluye su reflexión, al afirmar que “[e]l embargo de los frutos solo debería decretarse en caso de que exista sentencia de primera instancia condenando a restituirlos, o que se trate de circunstancias excepcionales, como podría ser la muy acentuada verosimilitud del derecho del actor unida a una posición económica del demandado que no lo obligue a claudicar en el juicio en caso de que se decrete ese embargo” <sup>69</sup>.

#### 14. SENTENCIA

El primer párrafo del art. 2261 del CCCN, ordena que “[s]i se admite la demanda, el juez debe ordenar la restitución del objeto, parte material de él o sus restos. En cuanto a las reglas de cumplimiento de la sentencia, se aplican las normas del Capítulo 3 del Título II de este Libro”. La sentencia que admite la reivindicación debe ordenar la *restitución* del objeto, parte material de él, o bien, sus restos en caso de perecimiento. Pero el citado artículo no trae reglas específicas sobre la *forma* en llevar a cabo la restitución, la que dependerá de lo que disponga el juez en el caso concreto atento a las circunstancias de los hechos <sup>70</sup>. Sin perjuicio, remite para el cumplimiento de la sentencia las normas del Capítulo 3 (Efectos de las relaciones de poder) del Título II (Posesión y tenencia), lo cual equivale a *examinar la buena o mala fe del vencido* con el objetivo de dilucidar el régimen de frutos, mejoras, responsabilidad por destrucción, entre otros. Para finalizar, el art. 2261 del CCCN, dispone que “[s]i se trata de una cosa mueble registrable y media inscripción a favor del vencido, debe ordenarse la rectificación del asiento registral”. Ello es razonable, porque si la cosa mueble

<sup>68</sup> BORDA, *Derechos reales, op. cit.*, t. II, p. 511.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 511; En igual sentido: MARIANI DE VIDAL, *Derechos reales, op. cit.*, p. 454.

<sup>70</sup> Recordemos que, en materia de restitución de cosas muebles, Vélez Sarsfield traía a colación algunas reglas. Así, podía leerse en el art. 2793: “Cuando la cosa reivindicada está en manos del demandado contra quien la sentencia se hubiese pronunciado, debe éste volverla en el lugar en que ella se encuentre; pero si después de la demanda la hubiese transportado a otro lugar más lejano, debe ponerla en el lugar en que estaba”. Respecto de las cosas inmuebles, el art. 2794 establecía: “Cuando es un inmueble el objeto de la reivindicación, el demandado condenado a restituirlo satisface la sentencia, dejándolo desocupado y en estado que el reivindicante pueda entrar en su posesión”.



registrable se encontraba inscrita a favor del demandado que ha sido vencido, la sentencia debe ordenar la rectificación del asiento a favor del reivindicante.

## CONCLUSIONES

Sin restarle valor a las distintas conclusiones arribadas a lo largo del presente estudio, nos gustaría finalizar remarcando nuestra opinión en lo que hace a la legitimación activa del titular de un boleto de compraventa para reivindicar, en virtud de su importancia teórica y práctica:

1. El boleto constituye un *contrato de compraventa firme y definitivo*, y aunque se lo considere un contrato preliminar, opinión que descartamos, la conexidad negocial genética y funcional que gravita en la relevancia o comunicabilidad de los efectos jurídicos entre este contrato y el definitivo, nos induce a pensar en la cesión implícita de la reivindicación.

2. El titular del boleto a quien se le ha hecho la tradición adquiere la *posesión legítima* que constituye el ejercicio de un *derecho personal*, válidamente constituido conforme las disposiciones legales, independientemente del cumplimiento pendiente del requisito formal inherente al título suficiente al dominio, que hace a la ejecución, mas no al perfeccionamiento, del contrato de compraventa que importa el boleto.

3. La posesión del titular de un boleto tiene como causa un contrato de compraventa firme y definitivo, siempre que haya contratado con el *verdadero* titular del dominio con *capacidad y legitimación*, o sus *cesionarios sucesivos*, en iguales condiciones.

4. El boleto no es título suficiente a los efectos de la constitución o transmisión de derechos reales. Pero ello no obsta a la *cesibilidad implícita* de la acción reivindicatoria, la cual *opera en el plano de los derechos personales*, razón por la cual, no requiere necesariamente la existencia del título suficiente.

5. El adquirente por boleto *se encuentra activamente legitimado para promover la reivindicación* cuando no ha recibido la tradición por encontrarse la cosa en manos de un tercero, o bien, para los casos en que, teniendo la cosa, luego es desposeído.

6. En caso de *desapoderamiento* el titular de un boleto posee un *título válido* para iniciar *acciones posesorias* y, conforme lo estudiado, en virtud de la cesión implícita de la acción reivindicatoria a su favor por dicho negocio jurídico, esta activamente legitimado para *reivindicar*.

## BIBLIOGRAFÍA

ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., “En torno de las inquietantes discrepancias sobre los efectos del boleto de compraventa inmobiliaria. Una nueva interpretación del derecho vigente”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, núm. 63, pp. 325-392.

- ALTERINI, Jorge H., *Acciones reales. Análisis exegético del régimen jurídico de las acciones reivindicatoria, confesoria y negatoria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- \_\_\_\_\_, “Glosa al art. 2524”, en LLAMBÍAS, Jorge J. – ALTERINI, Jorge H., *Código Civil Anotado. Doctrina – Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. IV-A, pp. 319-321.
- \_\_\_\_\_, ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, María E., *Tratado de los derechos reales*, parte general, Argentina, La Ley, 2018, t. I.
- ALLENDE, Guillermo L., *Panorama de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967.
- AREÁN, Beatriz, *Derechos reales*, 6ª edición renovada y ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, t. 2.
- \_\_\_\_\_, “Comentario al art. 2774”, en BUERES, Alberto J. (Dir.) – HIGHTON, Elena I. (Coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi José Luis Depalma editor, 1997, t. 5, p. 845.
- \_\_\_\_\_, “Comentario al art. 2786”, en BUERES, Alberto J. (Dir.) y HIGHTON, Elena I. (Coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Derechos reales*, Buenos Aires, Hammurabi, José L. Depalma, 1997, t.5, pp. 872-875.
- ADROGUÉ, Manuel I., “Reforma Civil: Cosa y posesión”, en ADROGUÉ, Manuel I., Gutiérrez Zaldívar Álvaro, ARRAGA PENIDO, Mario O. y AMUY, Juan C., *Temas de derechos reales*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1986, pp. 7-16.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, 8ª edición, Buenos Aires, LexisNexis, t. I, 2005.
- \_\_\_\_\_, *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Perrot, t. II, 1978.
- \_\_\_\_\_, *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1971.
- BIBILONI, Juan A., *Anteproyecto de Reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, t. III, 1940.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., “Derechos reales: La posesión. Eficacia del boleto de compraventa. Las defensas posesorias en materia de muebles y extensión a la tenencia”, *El Derecho*, 1969-25, pp. 833-842.
- CARTA, Adrián G. y QUIROGA, Gustavo A., “Acciones reales”, en CLERC, Carlos M., *Derechos Reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, 2ª edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Erreius, 2019, pp. 535-571.
- CAUSSE, Federico J. y PETTIS, Christian R., “Acción reivindicatoria”, en Kiper, Claudio M. (Dir.). *Juicio de acciones reales*, Argentina, Hammurabi, 2010, pp. 45-146.
- \_\_\_\_\_, “Comentario al art. 1916”, en HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (Dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 2ª edición, Buenos Aires, Infojus, 2022, t. V, pp. 47-48.

- COGHLAN, Antonio R. M., *El condominio sin indivisión forzosa*, Buenos Aires, La Ley, 1980.
- COSSARI, Nelson G., “Comentario al art. 1895”, en ALTERINI, Jorge H. (director general) - ALTERINI, Ignacio E. (Coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Buenos Aires, La Ley, 2015, t. IX, (director del tomo: Nelson G.A. Cossari), pp. 126-136.
- \_\_\_\_\_, “Comentario al art. 2249”, en ALTERINI, Jorge H. (director general) - ALTERINI, Ignacio E. (Coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Buenos Aires, La Ley, 2015, t. X, (director del tomo: Nelson G.A. Cossari), pp. 759-761; 761-762; 765-777; 780-788; 792-810.
- DASSEN, Julio y VERA VILLALOBOS, Enrique, *Manual de derechos reales. Parte general posesión – defensa posesoria*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., 1962.
- ESPER, Mariano, “Compraventa Civil y Comercial”, en ESPER, Mariano, *Manual de contratos civiles y comerciales. Parte especial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 1-124.
- ETCHEGARAY, Natalio P., *Boleto de compraventa. Examen exegético de un boleto tipo*, 3ª edición actualizada y ampliada, Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 2009.
- GAMES, Luis M., “La quiebra del vendedor de inmuebles, la obligación de escriturar y las reformas al Código Civil”, *La Ley*, 1968-130, pp. 1181-1190.
- GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis, *Código Civil Anotado. Libro III. Derechos Reales*, Buenos Aires, Víctor P. De Zavallía Editor, t. I, 1972.
- GATTI, Edmundo, *Derechos reales. Teoría general*, Buenos Aires, Lajouane, 2006.
- \_\_\_\_\_, y ALTERINI, Jorge H., *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*, 2ª edición, Buenos Aires, La Ley, 1981.
- GRECO, Roberto E., “El condómino y la acción de reivindicación”, *La Ley*, 1965-118, pp. 941-950.
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., “Relaciones reales”, en GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Derechos reales*, 2ª edición actualizada, 1ra. reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, t. I, pp. 167-210.
- HIGHTON, Elena I., *Derecho reales. Posesión*, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Ariel, 1979, v. 1.
- KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, 2ª edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, t. I.
- LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, 2ª edición actualizada y ampliada por Jorge H. Alterini, La Ley - Ediar, Buenos Aires, 2010, t. III y V.
- LAQUIS, Manuel A., “Algunas observaciones en torno al agregado al artículo 2355 del Código Civil”, en MORELLO, Augusto M. (Coord.), *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, La Plata, Librería Editora Platense, 1973, Vol. 3, pp. 383-399.

- LLAMBÍAS, Jorge J. “Opinión al art. 2355”, en LLAMBÍAS, Jorge J. - ALTERINI, Jorge H., *Código Civil Anotado. Doctrina - Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. IV-A, pp. 89-90.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte especial*, 2ª edición, Buenos Aires, Zavalia, 1991, t. 2 v.1.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, Buenos Aires, Zavalia editor, 1993, t. 3.
- \_\_\_\_\_, *Derechos reales*, 7ª edición, Buenos Aires, Zavalia, 2004, t. 3.
- \_\_\_\_\_, “El poseedor en virtud de boleto de compraventa”, *La Ley*, 1971-124, pp. 941-955.
- \_\_\_\_\_, y ABELLA, Adriana, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, Argentina, Zavalia, 2016, t. 1.
- MOLINARIO, Alberto D., *De las relaciones reales*, Buenos Aires, La Ley, 1965.
- \_\_\_\_\_, *De las relaciones reales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1981.
- \_\_\_\_\_, “Alcance de la reivindicación del condómino y del coheredero contra terceros detentadores”, en *Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Buenos Aires, Depalma, 1968, pp. 545-588.
- MORELLO, Augusto M., *El boleto de compraventa inmobiliaria*, 4ª edición reelaborada y puesta al día con la colaboración de Pedro Rafael de la Colina, Argentina, Librería Editora Platense, 2008.
- \_\_\_\_\_, “La posesión legítima, la tercería de dominio y los derechos que acuerda la compraventa inmobiliaria instrumentada por el boleto”, *Jurisprudencia Argentina*, 1974-22, pp. 452-464.
- MORENO DUBOIS, Eduardo y Tejerina, Wenceslao, “Algo más y más allá de la jurisprudencia plenaria comercial o derecho del comprador que obtuvo tradición del inmueble frente al embargante o concurso posterior”, *La Ley*, 1966-123, pp. 1229-1241.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La discutida naturaleza jurídica del ‘boleto de compraventa’. ¿Contrato preliminar de promesa o contrato obligacional definitivo? Consecuencias de una y otra posición”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2000-3, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000, pp. 7-24.
- \_\_\_\_\_, y NOVELLINO, Norberto J., *La obligación de escriturar*, Argentina, Ediciones La Rocca, 1997.
- NOVILLO CORVALÁN, Sofanor, en Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, cuarta edición actualizada por Sofanor Novillo Corvalán, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., 1951, t. I, nota 15, núm. 59 a), p. 78.
- PAPAÑO, Ricardo J., KIPER, Claudio M., DILLON, Alberto G. y CAUSSE, Jorge R., *Derechos reales*, Argentina, Ediciones Depalma, 1990.
- PEPE, Marcelo A., “Usufructo de fondo de comercio”, en LAMBER, Rubén A., *Usufructo. Aplicaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Heliasta, 2011, pp. 183-223.

- PEREZ PEJIC, Gonzalo, “Condominio y comunidad hereditaria: expansión de la alícuota”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 56, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, pp. 295-352.
- \_\_\_\_\_, “La acción real de petición de herencia desde un examen comparativo con la acción real reivindicatoria”, *Revista de Derecho de Familia*, vol. VI, Abeledo-Perrot, 2014, pp. 112-139.
- \_\_\_\_\_, “Comentario al art. 399”, en HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (Dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 2ª edición, Buenos Aires, Infojus, 2022, t. I, pp. 619-623.
- \_\_\_\_\_, “Materiales para defender los derechos de los animales liminales” en *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, año VII, Vol. II, diciembre de 2020, pp. 22-84.
- \_\_\_\_\_, “Animales, plantas, naturaleza y generaciones futuras ¿Quiénes son capaces de tener derechos?”, en PEREZ PEJIC, Gonzalo (dir.). *Solidaridad entre generaciones. Aportes animalistas y ambientalistas para su estudio*, Argentina, ediciones Didot, 2023 (título tentativo, en prensa).
- POTHIER, Robert J., *Tratado del derecho de dominio de la propiedad*, traducido por D. Manuel Deó, Madrid, Librería de V. Suarez, 1882, t. VII.
- REZZÓNICO, Luis M., *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil. Compraventa. Permuta, cambio o trueque. Cesión de derechos*, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1958.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, quinta edición actualizada por Manuel J. Argañarás, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., 1961, t. I.
- \_\_\_\_\_, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, cuarta edición actualizada por Manuel J. Argañarás, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., 1959, t. III.
- SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, Librería y Editorial “La Facultad”, 1933, t. II.
- SPOTA, Alberto G., *Curso sobre temas de derecho civil*, 1ª edición, Buenos Aires, Instituto Argentino de Cultura Notarial, 1971.
- \_\_\_\_\_, “Caracteres de la posesión del ‘adquirente’ de un inmueble por cuotas periódicas y mediante promesa bilateral de compraventa”, *La Ley*, 1941-21, pp. 247-251.
- \_\_\_\_\_, “Art. 2355 del Cód. Civil (ref. ley 17711 y posesión legítima del comprador de buena fe con boleto de compraventa inmobiliaria)”, *El Derecho*, 1982-98, pp. 821-826.
- SAUCEDO, Ricardo J., “Acciones reales”, en GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Derechos reales*, 2ª edición actualizada, 1ra. reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, t. II, pp. 1299-1371.
- VALDES, Horacio y Orchansky, Benito, *Lecciones de derechos reales*, Argentina, Ediciones Lerner, 1969, t. I.

VENTURA, Gabriel B., “Acciones reales”, en Vallespinos, Carlos G. (Dir.), *Cuestiones esenciales en derechos reales*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002, pp. 131-158.

ZELAYA, Mario, “Comentario al art. 2248”, en HERRERA, Marisa, CARAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (Dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 2ª edición, Buenos Aires, Infojus, 2022, t. V, pp. 382-385.

## CAPACIDAD PROGRESIVA, DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS Y SENTIDO COMÚN

Por WALTER D. PELLE \*

*Nuestro Código Civil y Comercial determina la necesidad de contar con diferentes edades mínimas para ejercer actos de disposición del propio cuerpo en materia de salud, y para la disposición de Directivas Médicas Anticipadas. En efecto, los arts. 26 y 60 del CCC establecen edades distintas para alcanzar la posibilidad de tomar decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, y para otorgar Directivas Médicas Anticipadas (16 y 18 años de edad, respectivamente). Cabe preguntarse si tal divergencia tiene alguna justificación razonable, o si se impone una reforma legislativa para otorgar coherencia al sistema.*

### **Palabras clave:**

*Capacidad, Edad, Directivas Médicas Anticipadas, Sentido Común.*

## PROGRESIVE CAPACITY, ADVANCE MEDICAL DIRECTIVES AND COMMON SENSE

### **Abstract:**

*Our Civil and Commercial Code determines the need for having different minimum ages to exercise acts of disposition of their own body in matters of health, and for the disposition of Advance Medical Directives. Indeed, articles 26 and 60 of the Civil and Commercial Code establish different ages to reach the possibility of taking decisions regarding the care of their own body, and to grant Advance Medical Directives (16 and 18 years of age, respectively). It is worth asking if such divergence has any reasonable justification, or if a legislative reform is imposed to grant consistency to the system.*

### **Keywords:**

*Capacity, Age, Advance Medical Directives, Common Sense.*

\* Abogado, Especialista en Bioética, Especialista en Docencia Universitaria, Master en Derecho Ambiental, Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho Civil Parte General en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

## INTRODUCCIÓN

En el año 1983, a pocos meses de haber ingresado a la carrera de Abogacía en mi querida Universidad Nacional de Mar del Plata, uno de mis profesores dijo en clase que el Derecho no era más que una aplicación del sentido común, y que gran parte de su contenido podría deducirse sencillamente, a través del razonamiento.

Si bien reconozco que al principio tal enseñanza me pareció algo simplista -o tal vez exagerada- luego de sumar horas de lectura, de comprender la metodología propia de nuestra disciplina, e incluso -confieso- de resolver consignas -en algunos exámenes- sin otro apoyo que el sentido común, me convencí de que mi Maestro tenía razón, al menos en líneas generales. Es más, como jamás me destacué por mi memoria, mi gran herramienta para transitar la carrera, el ejercicio profesional y la docencia, fue comprender las instituciones jurídicas y su funcionamiento desde la lógica y el sentido común.

Son numerosas las conclusiones a las que arriba el Derecho desde esta perspectiva. Es más, podría decirse que algunas de ellas son fatales o inevitables, pues no podrían ser diferentes. En efecto, y solo para brindar un ejemplo burdo, no es más que el sentido común lo que determina que la sanción penal por homicidio sea mayor de la del hurto.

Dentro de la Parte General del Derecho Civil, no es otra cosa que la lógica y el sentido común lo que determina que en los casos de nulidad relativa (en los que se protege al interés particular, y no al interés público como en la nulidad absoluta) el titular de la acción sea el sujeto protegido, tenga lugar la prescripción liberatoria, y pueda aparecer el instituto de la confirmación. Ineludible es que en los casos de nulidad absoluta el sistema sea diferente, pues ni el mero transcurso del tiempo ni la voluntad de un sujeto pueden desdibujar al interés general, y la legitimación para accionar -obviamente- debe ser más amplia.

Así las cosas, cuando encontramos alguna pauta jurídica que desafía al sentido común, nos suena una inquietante alarma, que nos anima a preguntarnos si la misma no merece una reforma. Esa es la razón que me lleva a escribir estas líneas, pues algunas normas existentes en el CCC (referidas al derecho a la disposición del propio cuerpo, capacidad progresiva y directivas médicas anticipadas) generan una duda en mi pensamiento, en la que la coherencia y el sentido común son piedras basales.

### 1. LA CAPACIDAD PROGRESIVA Y EL DERECHO A DISPONER DEL PROPIO CUERPO EN MATERIA DE SALUD

El art. 25 del CCC, luego de mantener la categoría de “menor de edad” para las personas que no hayan cumplido dieciocho años (al igual que el C.C. anterior), incorpora como novedad la noción de “adolescente”, definiendo al mismo como aquella “(...) persona menor de edad que cumplió trece años”.



Por su parte, en lo que aquí interesa, el art. 26 establece lo siguiente: Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico (...).

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Es claro que el reconocimiento del ejercicio propio de sus derechos, por parte de los niños, niñas y adolescentes, de manera creciente y en proporción a la madurez alcanzada, no es algo novedoso en el derecho argentino.

En efecto, ya la ley 23.849 (promulgada el 16 de octubre de 1.990) incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1.989); la cual alcanzó jerarquía constitucional a través de la reforma de nuestra Carta Magna del año 1.994 (art. 75 inc. 22). Dicha Convención, que define al Niño como "(...) todo ser humano menor de 18 años de edad (...)" (art. 1), se sustenta, entre otros, en el principio que reconoce el ejercicio progresivo de los derechos por parte de los niños (arts. 5, 12, 14 inc. 2, y 28).

En esa línea de pensamiento, la regulación del nuevo código respecto del derecho a la disposición del propio cuerpo por parte de los niños, niñas y adolescentes, incorpora dicho principio. Por ello, presume que desde los trece años (al alcanzar la categoría jurídica de "adolescente"), el menor de edad puede decidir por sí respecto de tratamientos no invasivos que no comprometan su estado de salud ni provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física (si se tratara de tratamientos invasivos o riesgosos también se requiere el consentimiento del adolescente pero con la asistencia de sus progenitores, y en caso de conflicto el juez lo dirimirá teniendo en cuenta el interés superior del niño y la opinión médica acerca de la conveniencia o no de la realización del acto médico) <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Excede el objeto de este trabajo el análisis conceptual acerca de algunos vocablos incorporados en la norma ("invasivos", "riesgo grave", etc.), que seguramente requerirá de la tarea

Debido a la misma razón, y con la firme y saludable intención de delimitar los “grises” que tiene el desarrollo progresivo de la personalidad, desde los dieciséis años de edad el adolescente es equiparado a un adulto para toda decisión atinente al cuidado de su propio cuerpo. Podría decirse, en otros términos y un tanto metafóricamente, que, a los efectos de la disposición del propio cuerpo en materia de salud, la “mayoría de edad” se alcanza a los dieciséis años y no a los dieciocho, salvo disposición legal en contrario.

Es oportuno recordar -para contextualizar debidamente el tema abordado- que estamos ante esenciales derechos personalísimos estrechamente vinculados entre sí, pues el cuidado y la disposición del propio cuerpo se relacionan con el derecho a la salud, a la atención médica adecuada, y a la vida. Obviamente, era necesario en nuestro derecho “alinear” o compatibilizar los contenidos del Código Civil con la Constitución Nacional (sobre todo, luego de la reforma operada en el año 1994 sobre esta última), pues con anterioridad al nuevo CCC ambos regímenes normativos partían de concepciones ideológicas dispares (lo cual era lógico, pues tuvieron origen en épocas y circunstancias históricas muy diferentes).

Desde esa necesidad, y en líneas generales, las disposiciones del nuevo código son acertadas, y muy bien recibidas por la doctrina y jurisprudencia. En efecto, y yendo hacia el tema que nos interesa, el art. 26 del CCC, en cuanto al ejercicio propio de los adolescentes de su derecho a la disposición del propio cuerpo, es atinado desde el punto de vista normativo, ya que compatibiliza el derecho civil con los derechos consagrados en nuestra Constitución Nacional (sobre todo a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada con jerarquía constitucional en el art 75 inc. 22 de la Carta Magna). Asimismo, desde el plano axiológico no puede cuestionarse, pues respeta el ejercicio progresivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; principio que se sustenta en el sentido común y en la propia evolución psicofísica de la persona humana. Sin embargo, desde la dimensión sociológica, merece al menos algunos comentarios; pues para que la norma analizada se concrete en la realidad cotidiana de manera responsable (circunstancia esencial desde el interés superior del niño, otro de los principios consagrados por la citada Convención), los adolescentes deberán contar con la educación y la información adecuadas, pues -de lo contrario- podrían tomar decisiones contrarias a su conveniencia. Para ello, el rol de los medios de comunicación, de las políticas públicas diseñadas y ejecutadas por el Estado, de las familias, de las ONG, de los actores que forman parte de los establecimientos educativos, de los integrantes del área de la salud pública y privada, así como de los demás sectores sociales implicados, será determinante. Será trabajo de todos intentar que confluyan norma y realidad, pues ello protegerá los derechos personalísimos involucrados, ya que con la

conjunta de la doctrina y de la jurisprudencia a efectos de interpretarlos y aplicarlos debidamente en los casos concretos. La casuística será fundamental al respecto.

sola letra de la ley no basta. Para que los adolescentes puedan tomar decisiones responsables acerca del cuidado de su cuerpo, de su salud y de su vida, deberán tener acceso a la educación y a la información suficientes como para que ello sea posible.

De todos modos, volviendo específicamente al tema en análisis, es claro que el texto del art. 26 del CCC no deja margen de dudas: desde los dieciséis años el adolescente es considerado un adulto para tomar decisiones acerca del cuidado de su propio cuerpo.

Si bien algunos pueden llegar a pensar que dicha norma es un tanto “apre- surada” porque muchos adolescentes de dieciséis años no cuentan con la infor- mación y educación necesarias para tomar decisiones responsables y cuidadosas para su cuerpo y para su salud; aunque en muchas oportunidades es el entorno familiar el que influye de manera notable en dicha toma de decisiones; la lectura del citado art. 26 no permite otra interpretación.

## 2. LAS DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS. CONCEPTO Y CAPACIDAD PARA DETERMINARLAS

Las Directivas Médicas Anticipadas, también conocidas como “testamen- tos vitales”, han sido definidas como “la expresión formal de voluntad hecha por una persona jurídicamente capaz y bioéticamente competente, por la que deja expuestas sus decisiones y directivas sobre el comportamiento médico que eventualmente ha de observarse para con ella en el caso de encontrarse en cir- cunstancias tales que, por sus condiciones psicofísicas, no pueda manifestarse válidamente al respecto”<sup>2</sup>.

Si bien en nuestra legislación su aparición es relativamente reciente (a nivel nacional, fueron incorporadas a la Ley 26.529 –del año 2.009- y luego al CCC), en el derecho comparado las encontramos hace décadas. En efecto, “Como antecedente, los denominados “*living will*” tuvieron su origen y desarro- llo a partir de los 60 en Estados Unidos. La elaboración del primer documento a través del cual una persona podía manifestar su voluntad en sentido negativo en relación a la aplicación de determinado tratamiento —solo— en caso de enfer- medad terminal data de 1967. Esta labor fue desarrollada por el abogado Luis Kutner de la ciudad norteamericana de Chicago. Más adelante, ya hacia 1976, la *Natural Death Act*, de la Ciudad de California, comienza a desarrollar una tarea para regular y legalizar las manifestaciones de voluntad sobre el final de la vida, siendo pionera en otorgar un marco legal a estas declaraciones de voluntad. En 1991 *Patient Self-Determination Act* otorga autorización para que cada uno de los pacientes exprese su voluntad respecto de la atención médica que desea —o

<sup>2</sup> ABBIATI, Luis Enrique; BUENANUEVA, Roberto Mariano; NAMAN, María Emilia y URQUIZO, Pedro Javier. *Algunas consideraciones sobre las Declaraciones de Voluntad Vital*; en *Jurisprudencia Argentina* XI, número especial de Bioética, 28/10/2009, p. 4.

no— recibir, voluntad que deberá tenerse en cuenta frente a la eventual circunstancia que no le permita expresarse en forma autónoma”<sup>3</sup>.

Resulta oportuno recordar que, vistas las Directivas Anticipadas ampliamente, se aplican no solo a los testamentos vitales sino también a las designaciones de representantes para el cuidado de la salud. Las Directivas Anticipadas -analizadas desde el plano del Derecho- son un acto jurídico, y como tal han sido caracterizadas como un acto personalísimo, extrapatrimonial, de voluntad predispuesta, unilateral, inter vivos, simple, formal y revocable<sup>4</sup>. Las mismas (que podrían ser vistas como “consentimientos informados anticipados”<sup>5</sup>) ya estaban avaladas legalmente por el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, además de ser coherentes con el art. 19, inc.3, de la Ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina, que obliga a respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse<sup>6</sup>. Por ello, aun con anterioridad a la Ley 26.529 y al CCC, los documentos de voluntad anticipada no debían ser invalidados o desconocidos, sino que debía respetarse el derecho a la intimidad de las personas, y a la disposición de su propio cuerpo.

Es claro que este tema se relaciona directamente con el respeto que merecen las personas y su libertad, traducido como “principio de autonomía” en el plano bioético, el cual constituye -junto con los principios de justicia y beneficencia- el tríptico fundamental de los pilares de la bioética.

En efecto, cuando nos referimos al derecho a disponer de nuestro propio cuerpo, estamos considerando nada más ni nada menos que la dignidad de las personas (resaltada como derecho y valor fundamental en el CCC, en sus arts. 51, 52 y ccs.)<sup>7</sup>, que tienen autoridad y señorío a la hora de elegir si se someten o

<sup>3</sup> REYES, Romina D.; *La regulación de las directivas médicas anticipadas en el ordenamiento jurídico argentino*, Revista Derecho Privado, Año III, N° 9, Infojus, 2014, p. 195.

<sup>4</sup> ABBIATI, Luis Enrique. *Directivas Anticipadas y Acto Jurídico*, en *Revista Jurídica*, Año 4, N° 4, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, 2009, pp. 493 a 510.

<sup>5</sup> “La diferencia entre el consentimiento informado y las directivas anticipadas radica en que, en el primero, es necesario que quien lo preste sea un paciente ya que precisamente se presta en condición de tal y previa a la internación o acto médico al que va a ser sometido; en cambio, en las segundas, quien las otorga puede estar en perfecto estado de salud y hacerlo única y exclusivamente en previsión de que en un futuro, más o menos lejano, pueda encontrarse en una situación de no poder hacerlo por sí mismo” (SAUX, Edgardo y CROVI, Luis D. *Muerte digna, en pleno debate*, en Derecho Privado, Año I, N° 1, Bioderecho, Buenos Aires, Infojus, 2012, p. 138).

<sup>6</sup> ABBIATI, Luis E.; BUENANUEVA, Roberto M.; NAMAN, M. Emilia y URQUIZO, Pedro J. *op. cit.*, p. 4.

<sup>7</sup> “En el campo del derecho civil, la dignidad humana se presenta como uno de los principios axiológicos fundamentales del nuevo código Civil y Comercial (ley 26.994). Ello surge del artículo 51: “Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad” (...) En síntesis, la dignidad expresa esa excelencia o perfección en el ser y la centralidad de la persona humana. La dignidad refiere a la inviolabilidad y sacralidad de la persona que exige respeto y reverencia de parte de todos, y que ha de traducirse en normas de derecho positivo que la resguarden, garanticen y promuevan”. LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás; MUÑIZ, Carlos; *Directivas anticipadas*

no a un tratamiento médico, a una intervención quirúrgica, etc. Recordemos que nuestro Derecho exige la presencia del Consentimiento Informado (salvo puntuales excepciones) para la realización de los actos médicos, subrayándose de este modo la relevancia del principio bioético de autonomía (paralelo al respeto que merece en el Derecho la autonomía de la voluntad y la libertad).

En esta línea de pensamiento, se ha expresado que “Las directivas anticipadas encuentran base legal en el respeto de los derechos personalísimos a la libertad, a la dignidad y a la autodeterminación personal. Todos ellos, garantizados en nuestra Carta Magna, tal como surge de su art. 19 y –en términos más amplios– en los principios y valores que integran el bloque de constitucionalidad del art. 75, inc. 22 y que otorga *status supra* legal a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, donde se consagra el Derecho de la Salud. Resulta menester recordar la expresa consagración de la protección del derecho a la intimidad prevista en el art. 1071 bis CC. Siguiendo el lineamiento normativo en nuestra legislación interna encontramos la obligación, que recae sobre los profesionales de la salud, de respetar la negativa del paciente a tratarse, tal como lo establece el art. 19, inc. 3 de la ley 17.132 regulatoria del ejercicio de la Medicina”<sup>8</sup>.

Ahora bien, la disposición de nuestro propio cuerpo no solo puede ejercerse a través de actos con consecuencias inmediatas, sino también mediante decisiones que pueden llegar a aplicarse en el futuro, si fuera necesario, ante una eventual falta de competencia. Así, alguien puede anticiparse e imaginarse en una hipotética y futura situación de carencia de competencia (en estado de coma, por ejemplo), y determinar el comportamiento que deberá seguirse en ese momento. De este modo, la Directiva Médica Anticipada no es más que un acto de disposición del propio cuerpo, dispuesto por alguien con competencia para hacerlo, que deberá ejecutarse en el futuro si en ese momento tal competencia no está presente.

Nuestra legislación hace referencia expresa a las Directivas Médicas Anticipadas, y también a la capacidad necesaria para determinarlas válidamente.

En efecto, el art. 11 de la ley 26.529 (sobre los derechos del paciente) expresa, en su parte pertinente: “Directivas anticipadas. *Toda persona capaz mayor de edad* puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud (...)” (el resaltado me pertenece).

La ley establece que la persona debe ser “capaz mayor de edad” (lo cual es tautológico, debió decir –en todo caso– solo “capaz”). Cabe tener presente la diferencia conceptual entre el concepto de “capacidad” para el derecho, y el de

---

*en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado*, DFyP, Buenos Aires, Thomson Reuters, 08/06/2015, p. 147.

<sup>8</sup> REYES, Romina D.; *op. cit.*, pp. 199 y 200.

“competencia” para la bioética <sup>9</sup>. La capacidad implica la aptitud legal para ser titular de derechos y de contraer obligaciones (de derecho), y la posibilidad de ejercerlos por sí (de hecho, o de ejercicio). Por su parte, la competencia supone una aptitud natural para comprender el significado de la información recibida, de las acciones tomadas y de sus consecuencias, en un contexto determinado. En este último caso, no importa la categoría jurídica del sujeto (es dable tener en cuenta que, desde lo jurídico, el principio es la capacidad y su restricción o la incapacidad deben estar expresamente establecidas por una sentencia judicial fundada en la ley), sino la posibilidad de entendimiento del mismo en un momento determinado. En definitiva, la competencia se emparenta con el discernimiento, y si bien éste también tiene alguna relación con la capacidad de ejercicio, es claro que una persona con su capacidad restringida, a pesar de tener discernimiento en determinado momento, sigue teniendo su capacidad limitada; mientras que la situación varía en el caso de la competencia, pues ésta depende exclusivamente de la posibilidad de comprensión del sujeto en el momento analizado, independientemente de cualquier preconcepto o categoría jurídica.

Así las cosas, es claro que hubiera sido plausible, en el artículo analizado, establecer como recaudo la competencia del sujeto y no la capacidad, pues de este modo una persona competente podría dictar sus directivas anticipadas aún con su capacidad restringida. Conceptualmente, hubiera sido saludable que una ley regida por contenidos bioéticos no quede encorsetada entre categorías jurídicas (“capacidad”) cuando tiene a mano conceptos más flexibles (como el de “competencia”).

En fin, la citada norma establece como edad mínima para dictar Directivas Médicas Anticipadas la de dieciocho años, pues se refiere al “mayor de edad”.

Por su parte, entre las disposiciones incorporadas a nuestro régimen legal por el nuevo CCC en referencia a los derechos personalísimos, se encuentra el art. 60, que dispone (en su parte pertinente): “Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad (...)” (el resaltado me pertenece).

Aquí también hubiera sido atinado hablar de “competencia” y no de “capacidad”, pero aún restringiéndonos a este último concepto, aparecen algunas inconsistencias en el CCC Ello, porque la incorporación de la palabra “plenamente”, deja fuera a las personas con capacidad de ejercicio restringida (no solo a los incapaces), lo cual no tiene sentido en la sistemática dispuesta en el código; ya que las personas con capacidad restringida requerirán de los sistemas de apoyo que se dispongan pero solamente respecto a los actos expresamente señalados por la autoridad judicial (art. 32 CCC), reteniendo la capacidad de

<sup>9</sup> La importancia del concepto de “competencia” en el marco bioético, y más específicamente dentro del consentimiento informado (lo cual es trasladable al de las directivas anticipadas) fue subrayado por MANZINI, Jorge Luis y SALVADOR, Horacio, en *La autonomía del paciente y el consentimiento informado*, Revista Quirón, La Plata, 1993, pp. 40 a 47.

ejercicio por sí para el resto de los actos, porque la capacidad de ejercicio se presume y las limitaciones a la misma son excepcionales y restrictivas (art. 31 CCC).

Es que si la sentencia que restringe la capacidad (lo que, por ende, convierte al sujeto en alguien que ya no es “plenamente capaz”) no limita el ejercicio de sus derechos personalísimos, sino que –por ejemplo- se limita al campo meramente patrimonial, no es lógico privar al sujeto de la posibilidad de dictar válidamente directivas médicas anticipadas. La misma situación aparece en el caso de la prodigalidad (único supuesto contemplado por el CCC para la inhabilitación, arts. 48 y ss.), en la cual no existe “capacidad plena”, pues la misma está levemente recortada.

En suma, podría interpretarse que el art. 60 del CCC quiso referirse a la plena capacidad solo desde la perspectiva de la edad (que se alcanza a los dieciocho años), para armonizar así su contenido con el art. 11 de la ley 26.529; pero hubiera sido preferible una redacción más cuidada de ambas normas, con referencia al concepto de “competencia”, para que no colisionen con las restantes disposiciones referidas a la capacidad de ejercicio.

Más allá de lo antedicho, es observable que mientras el art. 26 del CCC establece que una persona, desde los dieciséis años, es considerada adulta para tomar decisiones acerca de su propio cuerpo en materia de salud; tanto el art. 60 del mismo cuerpo legal como el art. 11 de la ley 26.529 requieren de dieciocho años para el otorgamiento de Directivas Médicas Anticipadas.

### 3. ¿ES COHERENTE EL SISTEMA PARA DETERMINAR LA EDAD MÍNIMA PARA DICTAR DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS?

Teniendo en cuenta lo dicho, así como los principios interpretativos elementales del Derecho, no se equivoca quien asegura que –conforme a nuestra legislación- la edad mínima para el otorgamiento de Directivas Médicas Anticipadas es de dieciocho años.

Ello, a raíz de lo indicado por los arts. 60 del CCC y 11 de la ley 26.529; y porque ante una aparente colisión normativa es necesario interpretar que –en principio- las normas no se excluyen entre sí, y que deben armonizarse para que ambas tengan validez. Para ello, es sabido que la norma específica es la aplicable si el caso concreto reúne los caracteres descriptos en su contenido, y no la general.

De este modo, si bien –en general- a los dieciséis años las personas tienen capacidad para disponer de su cuerpo en el ámbito de su derecho a la salud, para determinados actos (dictar Directivas Médicas Anticipadas, entre otros <sup>10</sup>) se requieren al menos dieciocho años de edad.

<sup>10</sup> La ley 27.447, en su art. 22, determina que pueden donar órganos y tejidos, entre vivos, las personas desde los dieciocho años de edad.

Ahora bien, ¿es razonable dicha diferencia de trato respecto de las Directivas Médicas Anticipadas?

La situación legal actual implica que un sujeto puede, desde los dieciséis años, disponer libremente de su cuerpo en cuanto a su salud, en tanto sus actos -o sus consecuencias- sean inmediatos; pero no pueden tomar esas mismas decisiones para que tengan validez y efectividad en el futuro. Dicho en otros términos, alguien de dieciséis años puede -por ejemplo- decidir que no practiquen sobre él una transfusión sanguínea que según sus médicos requiere de manera inmediata, pero no puede disponer tal negativa para el hipotético caso de que tal indicación médica surgiera en el futuro y el predisponente no tuviera competencia para tomar decisiones en ese momento.

Realmente, no luce razonable que, si alguien es considerado adulto para decidir acerca de su cuerpo con efectos inmediatos, no pueda disponer de su cuerpo con vistas al futuro. La diferencia de trato que existe en materia de donación de órganos puede fundarse en la importancia y gravedad de tales actos, que justifican un régimen diferenciado. Pero en el supuesto de las Directivas Médicas Anticipadas, estamos en el ámbito de los mismos actos de disposición del propio cuerpo, por lo cual esa justificación deja de existir. Si una persona puede tomar decisiones para que las mismas tengan consecuencias de manera inmediata, no tiene sentido que no pueda tomar las mismas decisiones para su hipotética aplicación futura <sup>11</sup>.

Parte de la doctrina jurídica ha efectuado bienintencionados esfuerzos para compatibilizar a los arts. 26 y 60 del CCC En tal sentido, se ha expresado que “Por el principio de autonomía progresiva consagrado legislativamente en el artículo 26 del Código, la competencia bioética plena se adquiere a los dieciséis años, al equipararse al adolescente con el adulto en cuanto al cuidado del propio cuerpo. Debido a ello, las declaraciones que efectúen con respecto a su vida y su salud en previsión de su propia falta de discernimiento serán verdaderas directivas anticipadas con carácter vinculante. No hay contradicción alguna con el artículo 60, ya que son plenamente capaces en materia bioética” <sup>12</sup>. En un sentido similar, se ha expresado que “La Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 12, consagra el principio según el cual el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio puede expresarse libremente en todos los asuntos que le conciernan, y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta según su edad y grado de madurez. Como dice la Ley 26.061, en su art. 2, la Convención es de aplicación obligatoria en referencia al acto o decisión de cualquier naturaleza que adopte la persona menor de dieciocho años. A su vez, los niños,

<sup>11</sup> Recordemos, por otra parte, que en todos los casos -en todas las edades- las Directivas Médicas Anticipadas pueden revocarse o modificarse.

<sup>12</sup> CÓRDOBA, María M.; ECHECURY, Natalia A.; GRAIZZARO, Marianela R. y RAJMIL, Romina A. *Sobre el carácter vinculante de las directivas médicas anticipadas otorgadas por adolescentes y personas con capacidad restringida*, Revista del Notariado n° 926, Buenos Aires, 2016, p. 63.



niñas o adolescentes tienen derechos a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos (art. 2 Ley cit.). Esos principios son de orden público, irrenunciables, intransigibles (cf. art. 2 cit.). Además, no puede obviarse lo previsto por la letra e) del art. 2 de la Ley 26.529 referida a los Derechos del Paciente y Muerte Digna, según la cual y en relación al derecho de aceptar o rechazar determinados tratamientos, dichos menores tienen derecho a la toma de decisión sobre terapias, procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o su salud. De manera que el término *capaz* del art. 60 del Código Civil y Comercial debe ser reorientado hacia una significación que le confiera coherencia y sistematicidad no solo metodológica, sino también funcional y que respete el contenido evolutivo de la categoría bajo análisis. De allí que no es un problema de capacidad jurídica, sino de competencia bioética”<sup>13</sup>.

Tal interpretación es posible, aunque requiere del otorgamiento de un sentido bioético a un vocablo que –por contexto– es estrictamente jurídico. En efecto, para arribar a tal conclusión debe equipararse “capacidad” a “competencia” (ya me referí a la diferencia entre ambos conceptos). Pero el término “capacidad” se encuentra inmerso en un CCC en el cual –en las restantes oportunidades en que se utiliza– tiene otra significación (la clásica capacidad de derecho –atributo de la personalidad–, o la de ejercicio); de modo que habría que otorgarle dos sentidos o acepciones diferentes a la misma palabra dentro del mismo cuerpo legal, lo cual –si bien es valioso debido a la finalidad que lo motiva– sería al menos discutible desde el punto de vista interpretativo. Por otra parte, no hay que olvidar que el art 11 de la ley 26.529 requiere expresamente la mayoría de edad para el otorgamiento de Directivas Médicas Anticipadas, por lo cual la interpretación antedicha no superaría todos los escollos (resulta imposible leer “mayor de edad” como “competente”).

Es evidente, entonces, que si al CCC (y a la ley sobre Derechos del Paciente) se le hubiera incorporado en toda su extensión el concepto bioético de “competencia”, se hubiera llegado a una norma (de bioderecho) adecuada<sup>14</sup>, y se hubieran evitado las inconsistencias y contradicciones normativas que surgen de los textos legales hoy vigentes<sup>15</sup>. Mientras éstos no se reformen, todos los intentos interpretativos son válidos para hacer justicia en los casos concretos; pero –en realidad– lo plausible sería proceder a una reforma legislativa que otorgue claridad y coherencia al sistema. De este modo no nos veríamos forzados a

<sup>13</sup> VALENTE, Luis Alberto; *Directivas anticipadas (Capacidad, competencia y legitimación)*, Perspectivas Revista de ciencias jurídicas y políticas, Universidad nacional de Rosario, 2020, pp. 87 y 88.

<sup>14</sup> Este tema es abordado en PELLE, Walter David; *Los derechos del paciente. Ley 26.529 comentada y concordada*, Mar del Plata, EUDEM, 2021, pp. 143 a 150.

<sup>15</sup> “(...) la capacidad exigible por el art. 60 del Código Civil y Comercial (o como hace lo propio el art. 11 de la Ley 26.529) no se sumerge de plano en la verdadera dimensión práctica de la figura al considerar que las exigencias de fondo deben ser justipreciada de acuerdo a los principios tradicionales y no desde la perspectiva bioética. Ello genera un desbarajuste en la aplicabilidad de la categoría jurídica”. VALENTE, Luis Alberto, op. cit., p. 79.

encauzar los textos legales mediante interpretaciones que dejarían lugar a discrepancias y –lo más importante- podría evitarse la judicialización de los casos controvertidos.

## CONCLUSIONES

En síntesis, si se considera adulto a un sujeto desde los dieciséis años para el cuidado de su cuerpo, conforme el art. 26 del CCC (a pesar de no ser “plenamente capaz”), debería reconocerse que desde la misma edad la persona tiene derecho a determinar Directivas Médicas Anticipadas <sup>16</sup>. Ello, porque carece de sentido permitir que alguien tenga poder de decisión sobre su cuerpo y su salud para el presente, y no para el futuro.

Las Directivas Médicas Anticipadas no dejan de ser manifestaciones de la autonomía personal, del derecho a disponer del propio cuerpo, expresiones de consentimiento informado de ejecución condicionada y diferida; por lo que no está justificada la diferencia de trato en cuanto a la edad para otorgarlas, en relación al régimen general dispuesto para las personas mayores de dieciséis años dispuesto en el art. 26 del CCC.

Hay que admitir –más allá de la valoración que cada uno, desde su subjetivismo, pueda hacer acerca de lo dispuesto en el citado art. 26- que tendría solidez jurídica el sostenimiento de la validez de una Directiva Médica Anticipada generada desde los dieciséis años; apuntalado ello no solo por el art. 26 del CCC sino también por el principio de ejercicio progresivo de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes, con jerarquía constitucional a través de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 CN).

En tal sentido, entonces, se impone el análisis de una posible reforma legislativa, que abarque tanto el art. 60 del CCC como el art. 11 de la ley 26.529, legitimándose a toda persona competente mayor de dieciséis años a otorgar Directivas Médicas Anticipadas.

---

<sup>16</sup> “No se advierte cuál es el sentido de excluir a niños competentes, como puede ser un adolescente, de la posibilidad de dejar establecido este tipo de provisiones, que se vincular con el respeto de su autonomía en materia de derechos personalísimos y con su derecho a morir con dignidad. A menudo se observa que los chicos que han llevado tiempo hospitalizados o sometidos a largos tratamientos maduran profundamente y se encuentran en condiciones de opinar cabalmente sobre qué quieren y qué no para su vida e, incluso, de enfrentar la muerte” (CAMELO, Gustavo. *Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos*, en *Derecho Privado*, Año I, n° 1, Bioderecho, Buenos Aires, Infojus, 2012, pp. 108 y 109).

## A DOS AÑOS DE LA SANCIÓN DE LA LEY DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO. PERSISTENCIA DE LOS DILEMAS BIOÉTICOS Y JURÍDICOS

Por JORGE C. BERBERE DELGADO \*

### **Resumen:**

*Uno de los temas que ha provocado más controversia en el marco de los dilemas bioéticos, ha sido y sigue siendo, sin duda, la posibilidad de decidir sin condicionamiento, la interrupción voluntaria del embarazo. En nuestro país, se ha sancionado hace ya más de dos años y luego de muchos años de debate, se ha sancionado la ley 27.610 que despenaliza el aborto, resolviendo en el ámbito normativo tal conducta, dando respuesta a la problemática que representaba la penalización del aborto para el supuesto ejercicio voluntario de la práctica, la que solo era posible de forma clandestina, con el fuerte impacto que provocaba el eventual fallecimiento de mujeres, que en su gran mayoría pertenecían a los estratos sociales más vulnerables. La norma, no zanja las observaciones realizadas en este trabajo, lo cual sin dudas refleja que se ha obtenido un progreso incompleto, resolviendo parcialmente las consecuencias de una decisión tan drástica e irreversible como el aborto, en lugar de atacar a priori, evitando así, las razones que llevan a una mujer o persona gestante a tomar tal decisión.*

### **Palabras clave:**

*Mujer. Persona gestante. Embarazo. Ley. Aborto. Interrupción voluntaria. Legalización*

\* Profesor Titular de la materia: Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Director del Seminario Permanente de Investigación en Bioética del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Director del Programa de Actualización en Bioética de la Carrera de Posgrado de la Facultad de Derecho (UBA).

## TWO YEARS AFTER THE ENACTMENT OF THE LAW ON VOLUNTARY TERMINATION OF PREGNANCY - THE PERSISTENCE OF BIOETHICAL AND LEGAL DILEMMAS

### **Abstract:**

*One of the most controversial issues in the present time, within the framework of bioethical dilemmas, has been and continues to be, without a doubt, the possibility of deciding on the voluntary interruption of pregnancy without conditions. In our country, more than two years ago, after many years of debate, Law 27.610 was passed, decriminalizing abortion, resolving in the regulatory field such conduct, responding to the problem represented by the criminalization of abortion for the voluntary exercise of the practice. That procedure was only possible clandestinely, with the strong impact caused by the eventual death of women, most of whom belonged to the most vulnerable social classes. The law does not sort out the observations made in this work, which undoubtedly reflects incomplete progress, partially solving the consequences of such a drastic and irreversible decision as an abortion, instead of attacking a priori, thus avoiding the reasons that leads a pregnant person to make such a decision.*

### **Keywords:**

*Female. Pregnant person. Pregnancy. Law. Abortion. Voluntary termination. Legalization.*

## INTRODUCCIÓN

Se cumplió algo más de un año desde la sanción de la Ley 27.610, que regula la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), y resuelve en el ámbito normativo uno de los dilemas bióticos más controvertidos. Asimismo, da respuesta a la problemática que representaba la penalización del aborto para el supuesto ejercicio voluntario de la práctica, la que solo era posible de forma clandestina, con el fuerte impacto que provocaba el eventual fallecimiento de mujeres que, en su gran mayoría, pertenecían a los estamentos sociales más vulnerables, situación que generaba un gran impacto en toda la comunidad.

El proyecto presentado por el poder ejecutivo se transformó en ley el 30 de diciembre del 2020, lo que renovó en esa oportunidad el debate en que una similar regla se discutió pocos años antes, en el 2018, la que no obstante haber conseguido media sanción en Diputados, no se transformó en ley, tras su rechazo en Senadores. Sin embargo, en esta oportunidad, no obstante mantenerse las diversas posturas ideológicas, en un marco de agnosticismo, religiosidad o principios bioéticos, nuevamente, se reprodujo una fuerte confrontación en el espectro social, y se logró en esta oportunidad, en cumplimiento de pautas programáticas del gobierno asumido en diciembre del 2019, la aprobación de la norma presentada. Esto puso fin, en el marco legislativo, a una situación

que revistió y reviste una trascendencia directa en la salud pública, con gran impacto como hecho sanitario de una gran responsabilidad y compromiso para la implementación de biopolíticas a cargo del estado.

Como lo hemos afirmado, el aborto es un hecho individual de la mujer, que ha sido mediatizado socialmente, donde se plantea aún hoy, pese a la legalización de la práctica voluntaria con condicionamiento temporal, la omisión del Estado en la conformación de políticas públicas concretas, que aborden eficientemente el ejercicio de la sexualidad. Pese a la existencia de leyes de educación, salud sexual, y reproducción responsable, puede observarse que aún hoy son deficientes las políticas sanitarias y educacionales, sin lograr regulaciones específicas capaces de prevenir el embarazo no deseado, lo que evitaría las prácticas abortivas en todos los niveles y estratos sociales.

En un escenario de debate y tratamiento, la problemática del aborto aún es muy amplia y compleja, donde se enfrenta dos principios o deberes éticos: por un lado, el derecho a la vida y por otro, los actos de disposición del propio cuerpo de la persona gestante; como dilema bioético, la defensa de uno u otro principio, siempre se logra a expensas de resignar al otro, lo que trae aparejado posiciones inflexibles y de difícil resolución.

Los enfrentamientos y planteos que refieren al debate bioético se sustentan frente al entendimiento de que, a partir de la gestación, se está ante un nuevo ser humano, por lo que resulta un conflicto de alto voltaje ético el hecho de que se le quite la vida sin fracturar y afectar gravemente la convivencia social.

La discusión tiene su génesis en el comienzo de la vida humana ante la visibilidad del feto intrauterinamente y al entender que estamos ante un nuevo ser. Nos encontramos frente a la disyuntiva de cuál es el momento adecuado o más adecuado para su protección. De allí la dificultad de diferenciar entre ser humano concebido, con la calificación arbitraria de persona, considerada tal por el derecho.

Tal situación hace que subsistan aún debates en favor y en contra de la práctica, no obstante la normativa vigente. Las diversas manifestaciones en favor o en contra se sustentan en múltiples y diversos argumentos. Quizá el más contundente en favor de la decisión de la interrupción voluntaria del embarazo ha sido las graves consecuencias a la salud física y psíquica que la prohibición aparejaba, ya que recurrían a la atención clandestina y precaria, en su gran mayoría, las mujeres más pobres, en un marco de riesgo e inseguridad, que podía llevar incluso a la muerte como consecuencia de la práctica encubierta.

Por otro lado, como expresáramos, se alzan los argumentos en contra la IVE, en defensa del derecho a la vida del *nasciturus*, en contraposición al derecho de disponer y decidir sobre el propio cuerpo de aquella mujer que se encuentra embarazada. Todas cuestiones de tal trascendencia que no quedan resueltas al menos desde el punto de vista del debate ideológico, toda vez que la ley no está destinada a modificar el pensamiento, las creencias o los ideales del individuo, sino más bien a regular una situación de hecho reclamada por un

gran sector de la sociedad, en la convicción de que el aborto seguirá existiendo con o sin la normativa actual.

Podemos decir que seguirá en disputa la controversia entre el derecho a la vida y la salud de dos personas: el de la madre y el de su hijo por nacer. Los que han defendido y defienden la normativa vigente no necesariamente niegan que el ser humano exista en el seno materno; este no es el punto de debate: lo importante es que el derecho del Ser por nacer debe ceder frente al riesgo de vida y la salud de la mujer o persona gestante, que voluntariamente decide interrumpir su embarazo. Debe contar con un sistema de salud que la proteja de eventuales y gravísimas consecuencias, incluso la muerte que muchas veces se produce, especialmente en las clases de menores recursos.

En definitiva, en torno a la disputa del aborto pueden esgrimirse diferentes maneras de carácter histórico, religioso, biológico, médico, social, económico, filosófico, entre otros, de colocarse en una u otra postura. Sin embargo, atendiendo a las estadísticas actuales, como resultaba obvio, la sanción de la ley hace ya dos años no ha provocado la realización de más abortos, ni ha impactado en que la gente cambie su forma de pensar. Sin duda, nadie se somete a una práctica abortiva porque esté despenalizada, ni nadie va a dejar de someterse a una interrupción voluntaria de su embarazo por más que esté penalizado.

Tenemos dicho que, a pesar de la postura que cada uno asuma de manera personal, el aborto seguirá siendo una temática política y social que nos atañe a todos, pero sin duda la normativa en análisis contempla las necesidades actuales de la sociedad en la que vivimos. Este trabajo pretende, siguiendo la estructura que hemos expuesto en otros anteriores, realizar un examen crítico de los diferentes argumentos y aspectos para tener en cuenta al abordar de manera ecléctica los dilemas que aún subsisten, a fin mitigar los encarnizados debates, que sabemos seguirán produciéndose.

En esa línea, haremos una referencia sucinta en lo pertinente a las teorías sobre la determinación del comienzo de la existencia del ser humano, desde las diversas posturas del análisis biológico y, a partir de allí, establecer la consideración arbitraria del comienzo de la persona humana en el campo del derecho.

Expondremos el tratamiento y su consideración como persona sujeto de protección sin excepciones, del ser humano, en el marco de la interpretación de las diferentes visiones dogmáticas de los cultos religiosos monoteístas, del tratamiento del aborto en el derecho comparado, algunas estadísticas existentes, y analizaremos finalmente la ley vigente, resaltando algunos aspectos para considerar.

## 1. COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA. DIFERENTES POSTURAS <sup>(1)</sup> <sup>(2)</sup>

Recapitulando lo ya expresado sobre el tema en tratamiento, en lo que se refiere a los dilemas subsistentes en el plano del análisis biológico, que impactan en el derecho, resulta imprescindible efectuar un examen investigativo a fin de encontrar explicaciones con sustento científico para precisar los diferentes fenómenos biológicos que nos indiquen cuándo comenzamos a pertenecer a la clase de los seres humanos. Es decir, desde cuándo comienza como suceso natural la existencia del ser humano, para luego determinar respecto a ello cuándo comenzamos a tener protección como tal.

Diversas teorías han intentado esclarecer esta cuestión, entre ellas pueden destacarse las siguientes:

A) La teoría de la fecundación. Es consideración más temprana y la seguida por la iglesia católica, que sitúa en inicio de la vida en la unión del óvulo y el espermatozoide, y considera que el ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante mismo de la fecundación, momento en el cual se le deben reconocer sus derechos, principalmente el derecho inviolable a la vida.

Según esta visión, el cigoto tendría el mismo estatus y gozaría de la misma protección que la persona ya nacida.

En crítica a esta posición, se sostiene en la inexistencia de una combinación genética nueva y única hasta tanto se produzca la fusión de los núcleos, lo que denotaría un adelantamiento de tiempo de formación de un nuevo individuo.

B) La visión llamada biologicista o genetista sostiene que la persona humana tiene su comienzo y su reconocimiento como tal en el momento de la *singamia* <sup>3</sup>, momento en el cual, al desaparecer las fronteras entre los pronúcleos de ambos gametos se produce el comienzo una combinación genética única y original que da origen a una nueva vida, lo que acontece entre las 24 a 48 horas de la fecundación.

Esta teoría se sustenta en que cada célula del *cigoto* <sup>4</sup> tiene la información completa en su ADN para constituir un nuevo individuo y es el criterio utilizado

<sup>1</sup> Berbere Delgado Jorge Carlos. “Interrupción Voluntaria del Embarazo – Dilemas Bioéticos y Jurídicos” – Suplemento especial de Interrupción Voluntaria del Embarazo – Editorial Erreius, 2018.

<sup>2</sup> Goldsztern de Rempel, Noemi - “La protección jurídica del embrión”, Ed. Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, capítulo 1, pp. 29-53.

<sup>3</sup> Singamia: Proceso natural que se produce dentro de las 48 horas desde la unión del gameto femenino y masculino (células haploides, con la información del 50% cromosómica), intercambian su ácido ribonucleico se fusionan los núcleos, conformando un nuevo individuo con un genoma derivado de ambos progenitores, único y perpetuo.

<sup>4</sup> Cigoto: El vocablo griego *zygoûn*, se traduce como “unir”. Se denomina cigoto a la célula que resulta de la fusión del gameto femenino con el gameto masculino (células sexuales, haploides de 23 cromosomas) en el proceso de reproducción sexual que desarrollan plantas y animales.

por algunas legislaciones denominadas restrictivas para fundar el inicio de la protección jurídica desde la singamia.

Un ejemplo de esta línea de pensamiento lo constituye el artículo 8° de la ley de Reproducción Humana Asistida Alemana, que prescribe que habrá embrión desde que haya fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado a partir de la fusión de los núcleos celulares. Agrega que el mismo término se aplicará a toda célula totipotente extraída de un embrión susceptible de dividirse y desarrollarse hasta formar un individuo.

Las objeciones a esta posición argumentan que el cigoto tiene células individuales, llamadas *totipotenciales*<sup>5</sup>, muy independientes como para constituir un individuo, lo que impide una constitución estructurada. Además, argumentan que las células que se convertirán en embrión no se pueden distinguir en esta etapa de las células que se transformaran en la placenta y la bolsa amniótica.

C) Otra de las teorías, la anidación del embrión o implantación, sostiene que el inicio de la vida se produce con la anidación o implantación del óvulo fecundado en el útero y tiene un claro fundamento biológico. El inicio de la implantación permite el establecimiento del embarazo bajo un ambiente hormonalmente favorable que es el resultado o la culminación de una interacción entre embrión y útero. De acuerdo con esto, solo a partir de la implantación, el embrión mantendrá un directo y continuo intercambio con la madre que le permitirá acceder a todos los elementos necesarios para su desarrollo y crecimiento.

La fecundación es un evento del embrión; en cambio, la anidación es un acontecimiento de la mujer a partir del cual será posible verificar el embarazo por la presencia de la hormona gonadotropina coriónica, que aparece únicamente si la mujer tiene un embrión ya implantado, considerándose a partir de esa circunstancia que la mujer está embarazada. La implantación comienza en el séptimo u octavo día posterior a la fecundación del óvulo y se extiende hasta el día 14 aproximadamente.

Esta línea de pensamiento fue la sostenida por la CIDH en el precedente “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”.

Los detractores de esta posición fundan sus críticas en lo tardío de la determinación y el desconocimiento de vida en estadios más tempranos, sin los cuales la implantación no sería posible, como ser la fecundación.

D) La perspectiva que asienta el inicio de la vida en la formación de la cresta neural, sustentándose en la idea de que no es posible referirse a un nuevo individuo hasta tanto no se haya traspasado el estadio en el cual los embriones dejan de ser una agrupación de células para dar lugar a la formación del tubo neural, esbozo del sistema nervioso.

Este ha sido el criterio seguido por la comisión de Warnok creada en el Reino Unido preparatoria de la ley sobre la cuestión. Uno de los puntos de refe-

<sup>5</sup> Células madre totipotente: Son aquellas que pueden dar lugar a todos los tejidos extraembrionarios, además de todos los tejidos del cuerpo.



rencia dentro del desarrollo del individuo es la formación de la vena primigenia, la cual es situada por la mayoría de los especialistas alrededor del día quince después de la fecundación; ello marca el inicio del desarrollo individual del embrión.

En algunas legislaciones comparadas, como la española, se considera que el comienzo de la persona humana se sitúa en este hecho biológico, que temporalmente sucede en líneas generales a los 14 días desde la fecundación.

E) La postura más extrema equipara el inicio de la vida con el comienzo de la actividad eléctrica o encefálica comprobable del cerebro, la que científicamente se sitúa aproximadamente a partir de la octava y décima semana post fecundación. Esta interpretación es compatible con la seguida por muchas legislaciones que atribuyen el fin de la actividad encefálica al momento del cese de la protección jurídica penal de la vida, por lo que resulta lógico utilizar el comienzo de la actividad encefálica para determinar el momento de inicio de su protección. Argumentos que pretenden desestimar esta alternativa señalan que se omite considerar que el fin de la actividad encefálica señala el momento de la irreversibilidad, punto de no retorno, en tanto el inicio de la actividad eléctrica del cerebro presupone la formación del surco neural o vena primigenia, siendo un momento más del proceso ya iniciado.

Al momento de analizar el comienzo de la vida humana y, por ende, la protección jurídico legal de la persona como sujeto de derecho, resulta de suma importancia el estudio y la formación acerca de las diferentes teorías que han sido elaboradas, desarrolladas y perfeccionadas con el correr de los años, y los avances científicos y tecnológicos. La postura a asumir será de crucial importancia y en función de ella se estructurará el ordenamiento jurídico y la protección legal necesaria para la persona por nacer.

El derecho argentino, en sintonía con el derecho internacional <sup>6</sup>, establece que la existencia de la persona humana y, por ende, su protección como sujeto de derecho, comienza desde el momento de la concepción, aunque sin pronunciarse en qué momento se considera que existe concepción. En este sentido, el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

## 2. POSTURAS DE LAS RELIGIONES EN TORNO AL ABORTO Y EL COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA <sup>7</sup>

Otra temática no menos importante en torno a la discusión y el debate respecto del aborto y su configuración y penalización lo constituyen las distintas

<sup>6</sup> Conforme al art. 4 de la CIDH (derecho a la vida) “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (...)”.

<sup>7</sup> Ídem 2.

posturas asumidas por las diferentes religiones imperantes en la actualidad. En este contexto, el embrión es reconocido y abordado por las religiones; no obstante, existen discrepancias en torno al momento en el cual datan la existencia del comienzo de la vida humana y la penalización o el tratamiento del aborto en cada una.

Sin pretender agotar la materia referida, cuya profundización sugiero a fin de una mayor interiorización y análisis, se resumen a continuación algunas de las posturas asumidas por la religión cristiana, el judaísmo y el islamismo, así como su evolución y análisis <sup>8</sup>:

## *2.1. Posición de la iglesia católica*

### *2.1.a. Los inicios*

En la Doctrina de los Doce Apóstoles, si bien existe referencia a “no matarás con el aborto el fruto del seno y no harás perecer al niño ya nacido”, no hay un único criterio respecto del momento en el cual el ser humano debe ser considerado como tal en cuanto al instante de llegada del alma al cuerpo o determinación de la animación.

Para Tertuliano, el comienzo de la vida se producía en el momento de la concepción, juicio que sienta una clara postura respecto de la llegada del alma al cuerpo desde el comienzo, considerándolo un ser vivo a partir de ese momento y sentenciando: “es un homicidio anticipado impedir el nacimiento, poco importa que se suprima la vida ya nacida o que se la haga desaparecer a nacer. Es un hombre el que está en camino de serlo”.

El escritor eclesiástico Lactancia parece compartir los postulados de Tertuliano al afirmar que “el alma no entra el cuerpo después del parto sino inmediatamente después de la concepción, mientras la ley divina crea el feto en el útero (...) y es una impiedad poner manos criminales sobre la obra del Señor”.

También San Basilio rechaza formalmente la distinción entre feto animado e inanimado, y prescribe la misma pena para ambos al sostener que “en nosotros no existe la discriminación entre formado y no formado”, en armonía con los dichos de Gregorio Niceno: “no puede decirse en verdad que sea el alma antes del cuerpo el cuerpo sin el alma, sino que es preciso decir que único es el principio de ambos”.

En el extremo opuesto, es posible ubicar a San Agustín, quien requería una determinada formación biológica susceptible de manifestarse al exterior por movimientos del feto que solo entonces dejaría de ser visera para transmutarse en hombre, e introduce el criterio de la animación demorada que sostiene que la llegada del alma al cuerpo se produce en algún momento posterior a la concepción. En sus palabras, “no se puede hablar de Alma Viva en un cuerpo

<sup>8</sup> Ídem 2.

que carece de sensación si su carne no está desarrollada y no está dotada aún de sentidos”. En cuanto al plazo en el que ello se producía, se postuló que era a los cuarenta días de la concepción para los varones y a los ochenta días para las hembras. A partir de esta visión, el binomio vida-alma se erigió como determinante para el tratamiento que el cristianismo daría a la muerte provocada del feto.

Muchos siglos continuarían influidos por este pensamiento, que sería recogido por Santo Tomás para postular, en sintonía con Aristóteles, que el embrión comenzaba por una vida vegetativa, pasaba luego a la vida sensitiva y de ella a la intelectual, siendo recién este último estadio el que se le dotaba de un alma.

El Concilio plenario de Elvira de los años 300-303, consideró que el aborto se asimilaba al infanticidio sin distinción entre feto formado y no formado. El Concilio de Lérida del año 546 disminuyó a siete años la pena de excomunión para quien hubiese eliminado hijos adulterinos con infanticidio o aborto. El Concilio de Trujano del año 692, por su parte, retomó la dureza inicial al asimilar el aborto al homicidio voluntario de un adulto. Asimismo, el primer concilio de Maguncia del año 847 ratificó las penas decretadas por los concilios anteriores y determinó que se impusiera la penitencia más rigurosa a las mujeres que provocaran la eliminación del fruto concebido en su seno.

La postura del Papa Gregorio IX se apartó del pensamiento reinante para equiparar el aborto con el homicidio cualquiera fuera el estadio de la gestación en que aquel se produjera.

Sin embargo, a pesar de la claridad de los postulados teológicos en cuanto a la santidad de la vida humana, los primeros siglos del cristianismo no lograron dar una respuesta unánime a la destrucción del embrión y su consideración en el ámbito de la fe.

### *2.1.b. La actualidad*

- Conforme lo refleja “La Declaración sobre el aborto emanada de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe”, la posición de la iglesia católica sobre el embrión y su protección absoluta comienza desde el momento de la fecundación, recordando inicialmente que la tradición de la iglesia ha sostenido siempre que la vida humana debe ser protegida y favorecida desde su comienzo como en las diversas etapas de su desarrollo. El respeto a la vida humana se impone desde que comienza el proceso de su generación. Desde el momento de la fecundación del óvulo, queda inaugurada la vida, que no es ni la del padre ni de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. El fundamento de tal postura asumida por la iglesia católica se apoya en las evidencias que aporta la ciencia genética moderna, la que ha demostrado que desde el primer instante queda fijado el programa de lo que será ese ser viviente: una persona individual con sus notas características ya bien determinadas. Con la fecundación, ha comenzado la aventura de una vida humana. Concluye con

la condena absoluta del aborto voluntario cualquiera sea la razón aducida para justificarlo.

- El 22 de febrero de 1987, el documento conocido como instrucción “*Donum vitae*” sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación afirma que la inviolabilidad del derecho a la vida existe desde la concepción hasta la muerte. Indaga en este sentido sobre respeto que debe tener el embrión humano en virtud de su naturaleza e identidad; la respuesta es que debe ser respetado como persona desde el primer instante de su existencia. Esta doctrina se reputa válida y confirmada por los avances de la biología humana, que reconoce en el cigoto resultante de la fecundación la identidad biológica del nuevo individuo humano. En el capítulo 3, este documento se ocupa de los valores y las obligaciones morales que la legislación civil debe respetar y sancionar en esta materia para impedir que se atente contra la igualdad, la dignidad, los derechos fundamentales de la persona, y prescribe que la legislación debe recordar el derecho de todo ser humano a la vida y a la integridad física desde la concepción hasta la muerte. Su conclusión es la afirmación de que todo ser humano debe ser respetado como persona desde la concepción, basando esta afirmación en tres argumentaciones: 1) la biológica, asentada en los datos que aporta la embriología y la genética, en el sentido de que en los primeros estadios del desarrollo embrionario hay una individualidad biológica humana; 2) la bio-gráfica, en tanto destruir un embrión humano significa impedir el nacimiento de un ser humano; y 3) la ética, ya que nunca es lícito obrar con conciencia dudosa y, ante la duda de si el embrión es una persona humana, debe procederse como si lo fuera, por lo que desde el punto de vista moral, el simple hecho de estar frente a un ser humano exige respeto de su integridad y dignidad, y todo comportamiento que pudiera afectar su derecho a la vida es gravemente inmoral.

- Encíclica “*Evangelium vitae*”. El 25 de marzo de 1995, el papa Juan Pablo II hace suyas las palabras de la instrucción “*Donum Vitae*” sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana. En esta encíclica, se afirma que reivindicar el derecho al aborto, al infanticidio, a la eutanasia y reconocerlos legalmente significa atribuir a la libertad humana un significado perverso e inicuo, tal como lo es el de un poder absoluto sobre los demás y contra los demás. Resalta en este sentido que la eliminación directa y voluntaria de un ser humano inocente es siempre gravemente inmoral. En cuanto al aborto en particular, lo equipara al homicidio calificado por tratarse de la muerte del ser humano más inocente, débil e inermes, totalmente confiado a la protección y el cuidado de la mujer que lo lleva en su seno que, a veces, es quien pretende su eliminación. El último capítulo ressignifica la responsabilidad de todo el personal sanitario, ya sea médicos, farmacéuticos, enfermeros, religiosos, personal administrativo y voluntarios como custodios y servidores de la vida humana, y asegura que el hacer morir nunca puede ser considerado un tratamiento médico, aun cuando fuere pedido por el paciente. Esta postura abre la puerta a un nuevo cambio cultural que consiste en la formación de la conciencia moral sobre el valor incommensurable e inviolable de toda vida humana.

- Instrucción “*Dignitas personae*”: La instrucción “*Dignitas personae*” sobre algunas cuestiones de bioética emanada de la congregación para la doctrina de la fe fue publicada en Roma el 8 de septiembre del 2008, y destaca el respeto incondicional al ser humano desde los primeros instantes de la existencia con la unión de los cigotos, y considera al embrión humano dotado desde el principio de dignidad propia de la persona.

La instrucción concluye con la afirmación de que, en virtud de la misión doctrinal y pastoral de la iglesia, la congregación para la doctrina de la fe ha sentido el deber de reafirmar la dignidad y los derechos fundamentales e inalienables de todo ser humano. Incluso en las primeras etapas de su existencia y de explicitar los requisitos de protección y respeto el reconocimiento de tal dignidad exige a todos, lo que denota una posición coherente con los postulados mantenidos desde los inicios del cristianismo.

En función de la referenciación realizada anteriormente respecto de la postura de la Iglesia Católica, cabe concluir acerca de una protección cerrada y firme sobre el embrión, que debe ser preservado contra todo lo que representa una amenaza contra su vida en cualquier estadio de su evolución y a partir del instante mismo de la unión de los gametos masculinos y femeninos. El respeto de la vida embrionaria y fetal *in útero* y el castigo del aborto son los principios fundamentales del cristianismo.

## 2.2. Posición del judaísmo

### 2.2.a. Los inicios

Según la Torá, más específicamente en el libro Éxodo, se menciona la acción de abortar y su penalización, cuya interpretación se resume en que el aborto no merecía otro reproche más que el pago de una multa a voluntad del marido con acuerdo de los sabios o tribunal rabínico interviniente, en tanto solo la muerte de la mujer habilitaba la aplicación de la muerte del agresor. Es posible sostener entonces que, si bien la religión judía contenía el precepto de “crecer y multiplicarse”, el aborto solo era castigado en el supuesto de la muerte del embrión producida por un tercero y como consecuencia de la lesión a la mujer encinta, lo que marca grandes diferencias entre la muerte de la madre y la del feto, aplicando la ley del talión solo en el primero de los casos.

La protección que se otorgaba al embrión entonces no tenía por fundamento su propia existencia, sino que se lo amparaba por integrar los bienes del padre, concediéndole a este último un verdadero derecho de desagravio, conocido en la antigüedad, por el que podía matar al hijo del agresor.

Ni siquiera la convicción que tenían los hebreos respecto del comienzo de la vida con anterioridad nacimiento impidió que concedieran diferente tratamiento al embrión en las distintas etapas de su desarrollo y, aún más, que marcarán profundas diferencias con la persona ya nacida.

No obstante, la interpretación de estas cuestiones se fue modificando con el tiempo, la influencia de la tradición griega y la práctica pagana del aborto, que derivaron en el inicio de la diferenciación entre feto formado perfecto y no formado o imperfecto compatible con la noción de feto con o sin alma. Según las fuentes talmúdicas, el momento de la llegada de la condición humana al embrión no aparece con claridad, y existen dudas respecto de si el alma es conferida al hombre desde la fecundación o desde su formación. Se produce así la asimilación por la que la muerte del feto formado equivale a un homicidio.

### *2.2.b. La actualidad*

Para la perspectiva judía, el estatus del embrión dentro del seno materno no tuvo ni tiene igual consideración en los distintos estadios de la gestación. Surge del Talmud que los primeros 40 días de gestación no pueden dar lugar a la consideración como un ser para algunos efectos. A partir de los tres meses de gestación, se considera que el feto es discernible o susceptible de apreciarse. Para esta postura, el nacimiento comienza cuando cualquier parte del cuerpo del naciente asoma fuera del cuerpo de la madre, transformándose entonces en un ser humano cuya muerte se castigará con la muerte del agresor. Si existieran dificultades para parir que pusieran en riesgo la vida de la madre, siempre se deberá priorizar la vida de ella por sobre la del ser por nacer, pues la vida consumada prevalece sobre la vida en potencia. En cambio, si ya ha comenzado a nacer, se trata de dos vidas de igual valor, por lo que no resulta posible para esta religión matarlo en pos de salvar la vida de la madre, dado que no se niega la vida de una persona por otra.

Si bien el estatus de persona solo se adquiere con el nacimiento y la separación del seno materno, no existen alusiones a su destrucción por motivos arbitrarios o de mera voluntad.

En este sentido, el judaísmo condena severamente el aborto, salvo que se realizara por razones terapéuticas y lo considera una grave transgresión, pero reconoce sin embargo que bajo ciertas condiciones es perfectamente lícito. El caso más claro de licitud del aborto lo exhibe el llamado aborto terapéutico explícitamente regulado.

En conclusión, en el judaísmo se escinde el momento de la concepción de aquel en que el embrión se transforma en ser humano (momento en que el alma es insuflada). El momento de la concepción entendido como el de la unión del óvulo y el espermatozoide no es el momento en el cual aparece un ser humano que debe ser protegido. Desde la concepción, hay potencialidad de ser humano, pero aún no tienen la santidad. El Talmud afirma que hasta el día 40 de embarazo el embrión no es considerado como un ser humano, por lo que en ciertas condiciones puede ser sometido a aborto. A partir del día 40, el embrión tiene ya forma humana y los problemas éticos adquieren entonces plena dimensión, y deberá aguardar la salida de la matriz materna para adquirir la plena persona-

lidad. La ley solo reconoce al ser humano después de su nacimiento, a pesar de que la protección del embrión se inició mucho antes desde el proyecto parental del niño y fue adquiriendo fuerza a través de los medios utilizados para favorecer el acercamiento entre ovocito y espermatozoide, la posterior anidación del embrión y, finalmente, el embarazo.

### *2.3. Posición del islam*

Conforme a los postulados del islamismo, a los 120 días el feto era infundido por Dios de su alma, lo que le otorgaba calidad de persona y transformaba su destrucción en punible a partir de ese momento.

La no punibilidad de la destrucción antes de la llegada del alma al cuerpo es compatible con las teorías del medioevo y de los primeros años del cristianismo sobre la animación del ser humano.

El Corán insiste en que el hombre, durante su formación embrionaria evolutiva, ha sido hecho perfecto. Toda la evolución ha sido interpretada en el sentido de siete etapas sucesivas que atravesaría el embrión, de las cuales la última (número siete, denominada etapa de “Nueva creación”) sería entendida como el momento del nuevo ser. Si bien antes de los 120 días no tendría espíritu, su destrucción sin justificación no sería lícita. La justificación se asienta no solo en los motivos terapéuticos en función del principio del mal menor, sino también en razones de contenido ético como la violencia sexual en la madre. Pasados los 120 días de la concepción, la destrucción del embrión no presenta diferencias con el homicidio.

La dualidad espíritu-cuerpo acompaña el concepto de ser vivo desde los primeros tiempos del embrión, y el hombre está sometido a la creación continua que lo va conduciendo de etapa en etapa hasta la muerte sin poder modificar ese continuo que escapa las reglas de la causalidad.

La posición del islam entonces es que la embriogénesis obedece a reglas inmutables, inviolables y válidas en todo tiempo y en todo lugar. La dignidad de la persona requiere que se proteja el cuerpo humano, sobre todo durante la fase frágil de la vida embrionaria. El embrión debe ser considerado como promesa actual e inmediata de vida humana, y la procreación es una recreación divina y no una simple transubstanciación de moléculas.

Como puede observarse, las tres religiones estudiadas comparten en sus dogmas la protección absoluta de la vida desde el inicio. Sin embargo, las diferencias asoman cuando se intenta situar su inicio.

Para el cristianismo, la vida humana debe ser protegida de manera absoluta desde la concepción; es decir, desde el instante primero de la unión del gameto masculino con el femenino, sea que se produzca en el seno materno o fuera de él.

El islam y el judaísmo, con mayores semejanzas que diferencias, separan el momento biológico de la concepción del momento del inicio de la vida protegida. Para el judaísmo, los primeros 40 días contados de la unión de los game-

tos no contienen aún la santidad de la vida. Se trata de un período de actividad meramente biológica en el que únicamente han intervenido los padres terrenales faltando la participación del tercer creador que debe insuflarle el alma al nuevo ser. Por ello, la protección comienza a partir del momento en que con la llegada del alma el cuerpo se transforma en un ser humano digno de la santidad divina.

El islam coincide en la separación entre la creación meramente biológica y la creación divina. El período no resulta uniformemente claro pareciendo situarse a los ciento veinte días desde la concepción.

Aunque una minoría, en consonancia con lo dispuesto por el Talmud, lo fija directamente en cuarenta días. De todas formas, lo relevante no es la duración del plazo, sino por el contrario que exista lo que significa el diferimiento del momento del inicio de la protección, que opera solo cuando el alma llega al cuerpo por la intervención del creador, pues la vida humana es un don sagrado de Dios y debe ser respetado por ello.

### 3. EL ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO <sup>9</sup>

Actualmente, más del 60% de la población mundial vive en países donde el aborto inducido está permitido, ya sea en una amplia variedad de supuestos o causas, o bien sin restricción alguna en cuanto a las razones. En contraste, más de 25% de la población mundial reside en países donde el aborto se encuentra esencialmente prohibido, cuando cerca del 14% vive en países donde el aborto está permitido para preservar la salud de la mujer o persona gestante.

En América Latina, solo Puerto Rico, Cuba, Uruguay, Guyana y México D.F. se encuentran en ese grupo. Con restricciones de algún tipo, se encuentran Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, Chile y Venezuela. Penalizado bajo todas las circunstancias están Honduras, El Salvador, Nicaragua y República Dominicana

En la Unión Europea, existen diferentes legislaciones en torno al aborto <sup>10</sup>: Malta es uno de los últimos países del mundo donde el aborto está fuertemente resistido, en donde la interrupción del embarazo aún está prohibida y penada por ley –de 18 meses hasta 3 años de prisión–. A contrario de lo que sucede en los Países Bajos, en cuya legislación se permite el aborto dentro de las 24 primeras semanas de gestación. Sin embargo, casi la totalidad de los países europeos efectuaron cambios desde principios del siglo XX y, sobre todo, en su segunda mitad, respecto a la legislación del aborto.

<sup>9</sup> Ídem 2.

<sup>10</sup> Ramón Maciá Gómez, “Sistemas legales del aborto en Europa”, 20 de noviembre de 2015, en <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/sistemas-legales-del-aborto-en-europa>, página consultada el 11/06/2018.



En cualquier caso, pese a concretas diferencias, existe una tendencia general entre los países europeos a no penalizar el aborto, contemplando las Leyes de Plazos, lo que deja en decadencia la modalidad de las Leyes de Supuestos.

En este sentido, cabe mencionar las Leyes de Plazos, que permiten el aborto a la mujer encinta durante el periodo inicial del embarazo, que llega hasta las 24 semanas como se mencionó, en los Países Bajos, y las Leyes de Supuestos que permiten y dejan impunes los abortos cuando concurren determinados factores o circunstancias, sea en el feto o sea en la mujer, de muy variada catalogación.

En 1995, con el fin de reconciliar las leyes sobre aborto de las antiguas repúblicas de Alemania del Este y del Oeste, Alemania adoptó una ley que ampliaba las circunstancias bajo las cuales el aborto estaba permitido en lo que era Alemania Oriental y en 1996.

Albania liberalizó significativamente su ley nacional sobre el aborto y la nueva ley lo permite sin ninguna restricción durante las primeras doce semanas del embarazo. Por el contrario, existe una manifiesta estabilidad de legislaciones tales como las de Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Francia, Grecia, Eslovaquia, Hungría, Letonia, Lituania y Chequia que vienen a admitir, desde hace tiempo, el aborto a petición de la mujer durante las primeras semanas del embarazo. Entre algunos ejemplos pueden citarse los siguientes: en Rumanía, el aborto es libre durante las 14 primeras semanas; en Italia el límite está en 90 días; y en Portugal en 10 semanas. Holanda, tal hemos dicho, tiene la legislación más permisiva de la Unión Europea con una ley de plazos, seguida de Suecia, donde está permitido hasta las 18 semanas.

Como puede apreciarse, la Legislación de Supuestos en Europa es minoritaria frente a la Legislación de Plazos. Sin embargo, encontramos algunos casos como el Reino Unido, que tiene una de las legislaciones relativas al aborto con más antigüedad de Europa, en la que el aborto solo está permitido hasta la semana 24 de embarazo y siempre que concurra cierto riesgo para la salud física o psíquica de la mujer o por causas socioeconómicas y sin límite temporal en caso de grave riesgo o malformaciones del feto.

Finlandia, por su parte, permite el aborto dentro de las 12 primeras semanas en caso de riesgo para la salud de la madre gestante, por razones económico-sociales o en caso de violación, y en las 20 primeras semanas en caso de menores de 17 años, si bien ha de estar sumado a un riesgo para la salud psíquica de la mujer.

En América Latina, la legislación del aborto es en general restrictiva, pero países que lo prohíben han abierto recientemente importantes precedentes que dan cuenta de su tratamiento y debate <sup>11</sup>. Existen diferentes contrastes en torno a esta temática.

<sup>11</sup> “El aborto en América Latina: restricciones, contrastes y un debate creciente” EFE 24.10.2012, Ver más en: <https://www.20minutos.es/noticia/1620644/0/aborto-america/latina-panoramica/#xtor=AD-15&xts=467263>

En el caso de México, aunque cada estado cuenta con su código penal y todos permiten el aborto en casos de violación, desde 2007 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó que las mujeres aborten hasta la semana duodécima de gestación y accedan al servicio gratuito en hospitales de la Secretaría de Salud capitalina.

En el caso Colombia, la Corte Constitucional del país, en el mes de febrero último, ha decidido, por cinco votos a favor y cuatro en contra, retirar el delito de aborto del código penal, despenalizando hasta la semana 24 de embarazo. En tal sentido, ha modificado el criterio que imperaba desde un fallo del año 2006, que había declarado no punibles los abortos en el caso de que el embarazo sea por violación, que el feto presente malformaciones o que la vida de la embarazada o del feto corran peligro.

El Código Penal de Bolivia conforme al art. 157 del Código Penal, entre otras cosas, establece:

V. No constituirá infracción penal cuando la interrupción voluntaria del embarazo sea solicitada por la mujer y concurran cualquiera de las siguientes circunstancias: 1. Se realice durante las primeras ocho semanas de gravidez, por única vez y además la mujer: a. Se encuentre en situación de calle o pobreza extrema; b. No cuente con recursos suficientes para la manutención propia o de su familia; c. Sea madre de tres o más hijos o hijas y no cuente con recursos suficientes para su manutención; o, d. Sea estudiante; o, 2. En cualquier etapa de la gestación cuando: a. Se realice para prevenir un riesgo presente o futuro para la vida de la mujer embarazada; b. Se realice para prevenir un riesgo presente o futuro para la salud integral de la mujer embarazada; c. Se detecten malformaciones fetales incompatibles con la vida; d. El embarazo sea consecuencia de violación o incesto; o, e. La embarazada sea niña o adolescente.

En Paraguay, Perú, Venezuela y Ecuador el aborto es ilegal a excepción de casos en los que el embarazo ponga en peligro la vida o la salud de la mujer, mientras que en otras situaciones la ley castiga con prisión tanto a las mujeres como a los médicos que incurran en esta práctica.

Chile y Surinam son los países que aún mantienen un criterio restrictivo en los cuales se castigan la interrupción del embarazo en todos los casos. No obstante, en Chile en 2017, luego de 27 años de democracia y muchas resistencias, se avanzó en la despenalización cuando hay peligro de vida de la madre, malformación fetal y violación. Actualmente, en Chile se debate la reforma constitucional que será votada en el mes de septiembre, para incluir en la Carta Magna el derecho al aborto de la mujer.

En los países de Centroamérica y el Caribe: El Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua y República Dominicana, que completan el grupo de 7 países, de los 34 del continente, donde el aborto está totalmente prohibido. Por último, Brasil ha tipificado como crimen por el código penal el aborto, y lo permite solo en

los supuestos de violación, riesgo para la madre y, desde 2012, en el caso de un feto sin cerebro.

En Estados Unidos – Un cambió reciente de la jurisprudencia.

Históricamente, en ese país el aborto se encuentra despenalizado desde el 22 de enero de 1973, conforme un fallo impulsado por dos jóvenes abogadas del estado de Texas, Sarah Weddington y Linda Coffee, en un *leading case* caratulado “Roe vs. Wade”, que llega a la Corte Suprema y en un fallo dividido de 7 contra 2 despenaliza el aborto. Pasaron casi 50 años y, sin embargo, la sociedad de Estados Unidos mantuvo la división y las discusiones, en el marco del debate entre la proelección y la provida.

Ha resultado de tanta importancia este tema que quienes pretenden ser candidatos para ocupar cargos políticos deben expresar sus convicciones al respecto para que la sociedad pueda adherir o no a ese candidato, ello como consecuencia de los candidatos que este pueda elegir para la Corte Suprema, que puedan modificar o no el fallo Roe v. Wade, circunstancia que se evidenció en la presidencia de Donald Trump en el período anterior al presente.

Como consecuencia de la composición del Tribunal Supremo de Estados Unidos, donde con la designación por parte del expresidente Trump de los magistrados Neil M. Gorsuch; Brett M. Kavanaugh y Amy Coney Barrett, de ideología afín a la del mencionado mandatario, se ha transformado en una corte netamente conservadora, donde seis de sus miembros son partidarios de tal ideología, lo que quedó plasmado en la sentencia en el caso *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, dictada el 24 de junio de 2022, con grandes consecuencias. donde la corte federal derribó los antecedentes jurisprudenciales al determinar que el derecho al aborto no se encuentra expresamente reconocido entre los derechos tutelados por la Constitución de los Estados Unidos, por lo que dependerá de aquí en más su legislación a la normativa de cada uno de los Estados, que permita o no tal práctica.

En este sentido, la sentencia señala puntualmente que la Constitución de los Estados Unidos no otorga el derecho al aborto y devuelve la autoridad para poder legislar sobre el aborto al “pueblo” y sus “representantes electos”, revocando de esta manera tanto el fallo “*Roe v. Wade*”, dictado hace 49 años, que protegía el derecho al aborto en todo el país, como otra resolución de 1992, “*Planned Parenthood v. Casey*”, que reafirmaba dicha protección, pero permitía a los estados establecer regulaciones sobre el proceso.

La decisión ha salido adelante por mayoría, con seis votos a favor, aunque con uno de los magistrados con una opinión separada, y tres votos en contra. Los que han votado a favor insisten en no considerar el aborto un derecho constitucional, ni tampoco un derecho apoyado por la “historia o la tradición” de los estadounidenses.

Se atribuye este cambio de paradigma a la nueva composición de la Corte con mayoría conservadora, pero lo cierto es que ha dado un giro en un tema que ya se creía zanjado con el antecedente mencionado y permite en los hechos

decidir a cada uno de los estados que componen los Estados Unidos acerca de su regulación, sea de manera favorable o desfavorable.

Frente a este pronunciamiento, no tardaron en destacar su opinión algunos actores de relevancia en la vida política de Estados Unidos <sup>12</sup>: El presidente, Joe Biden, manifestó que:

Hoy la Corte Suprema de Estados Unidos ha quitado expresamente al pueblo estadounidense un derecho constitucional que ya había reconocido... Este es un día triste para mi país en mi opinión, pero no significa que la lucha haya terminado...” Por su parte, Donald Trump, expresidente los Estados Unidos, expresó que “Esto es seguir la constitución y devolver derechos que deberían haber sido dados hace mucho tiempo (...) Esto devuelve todo a los Estados, a donde siempre pertenecieron.

Barack Obama, también expresidente de Estado Unidos, destacó que:

Hoy el Tribunal Supremo no sólo revirtió casi cincuenta años de precedentes, sino que relegó la decisión más intensamente personal que alguien puede tomar a los caprichos de políticos e ideólogos, atacando las libertades esenciales de millones de estadounidenses (...) Habiendo recibido esta segunda oportunidad para la vida, no debemos descansar y no debemos ceder hasta que la santidad de la vida sea restaurada al centro de la ley estadounidense en cada Estado de la Tierra (...)

Por último, la ex secretaria de Estado de los Estados Unidos, Hillary Clinton, se pronunció en los siguientes términos:

La mayoría de los estadounidenses creen que la decisión de tener un hijo es una de las más sagradas que existen, y que tales decisiones deben ser de los pacientes y sus médicos. La opinión de hoy de la Corte Suprema vivirá en la infamia como un paso atrás para los derechos de las mujeres y los derechos humanos.

Si bien podemos decir que en la mayoría de los casos el derecho comparado tiene influencia en nuestra legislación, lo cierto es que las circunstancias imperantes en nuestro país y el desarrollo de la legislación en torno al tema de análisis, tal como se verá en el punto siguiente, responde a las circunstancias de hecho y derechos propias de nuestra historia y el debate doctrinario y jurídico, por lo que consideramos que este nuevo enfoque de la resolución reciente, que en parte modifica la postura anterior en Estados Unidos, no traerá mayores repercusiones en nuestro país. Recordamos, asimismo, que el sistema de *common law* como el de Estados Unidos difiere considerablemente del nuestro, más allá

<sup>12</sup> “Datos- Reacciones a la anulación en EE.UU. del fallo Roe vs. Wade sobre el aborto”, Infobae, 24 de junio de 2022, en <https://www.infobae.com/america/agencias/2022/06/24/datos-reacciones-a-la-anulacion-en-eeuu-de-fallo-sobre-el-aborto/>

del valor de la jurisprudencia, en los cambios que se producen en el derecho, no obstante existir en la actualidad varias presentaciones que reclaman la inconstitucionalidad de la ley en tratamiento.

#### 4. TRATAMIENTO DEL ABORTO EN EL SISTEMA LEGAL ARGENTINO<sup>13</sup>

En lo que concierne al derecho argentino, cabe destacar la evolución normativa hasta llegar a la ley 27.610 sancionada el 30 de diciembre de 2020.

Como punto de partida y a nivel histórico, en lo que respecta a la normativa de nuestro país, no existía ningún documento internacional ni tratado vinculante que expresamente estableciera un derecho al aborto. Toda interpretación normativa debe realizarse atendiendo a los principios *pro homine*, de progresividad y no regresividad, autonomía e igualdad, entre otros (arts. 1 y 2 del CCCN). Cuando se interpretan normas relacionadas con el ejercicio de los derechos humanos, siempre debe preferirse la interpretación o aplicación de la norma que conceda un alcance más amplio a los derechos para el mayor número de personas.

El ordenamiento jurídico nacional posee una sólida tradición de reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano desde la concepción, ratificada recientemente por el Código Civil y Comercial (cfr. arts. 19 y 57).

La legalización del aborto y la tutela del derecho a disponer del propio cuerpo por sobre la protección del derecho a la vida significa un quiebre en la coherencia del sistema punitivo del Código Penal, de tal modo que la vida humana como bien jurídico queda relegada en su protección ante bienes como la propiedad o la seguridad.

Pese a lo antes mencionado, el sistema legal anterior a la sanción de la ley 27.610, nuestro sistema legal actual contemplaba y aun contempla la figura del aborto, permitiéndolo únicamente en determinadas circunstancias. En este sentido, el aborto inducido (por oposición al natural), entendido como la provocación deliberada de la muerte biológica de un embrión o feto para lograr su eliminación del útero materno se encuentra contemplado en los artículos 85 a 88 del Código Penal, que forman parte del Libro Segundo (De los delitos), Título I (De los delitos contra las personas), Capítulo I: Delitos contra la vida.

En nuestro ordenamiento jurídico anterior a la sanción de la ley vigente, el aborto se encontraba penalizado y constituía un delito, a excepción de los casos contemplados en el art. 86, es decir, el aborto terapéutico y el aborto consecuencia de una violación o de un atentado al pudor. Resaltando en este punto que, tal como se desarrollará a continuación, la interpretación de este artículo ha resultado discutida y en la actualidad predomina una interpretación amplia a raíz del precedente jurisprudencial “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva.

<sup>13</sup> Ídem (notas 1 y 2).

## 5. ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL: FALLO “F. A. L. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA”. INTERPRETACIÓN DEL ABORTO NO PUNIBLE

En un fallo histórico emitido hace poco más de un año, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, intérprete final de la constitución nacional, se pronunció respecto de los alcances del supuesto legal para interrumpir el embarazo en casos de violación, a través del fallo “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”<sup>14</sup>. El caso se inició cuando la madre de la menor invocó el artículo 86 del Código Penal, y solicitó a la justicia de la provincia de Chubut que dispusiera la interrupción del embarazo que cursaba su hija de 15 años, producto de una violación. En el caso se discutía si el código penal habilitaba: únicamente el aborto cuando la víctima padecía una discapacidad intelectual y psicosocial (interpretación restrictiva), o si la opción estaba disponible para cualquier mujer víctima de abuso (interpretación amplia).

Aunque el aborto ya se había practicado, el caso llegó a conocimiento de la Corte Suprema el 30 de junio de 2010. En su sentencia del 13 de marzo de 2012, el máximo tribunal dejó en claro que la constitución y los tratados de derechos humanos no solo impiden interpretar el supuesto legal en sentido restrictivo, sino que obligan a una interpretación amplia, de acuerdo con la cual no es punible el aborto practicado sobre cualquier embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de la víctima. Tras fijar el alcance de la norma cuestionada, la Corte fijó distintas pautas de implementación para asegurar el acceso efectivo a los abortos legales y la vigencia de los derechos humanos de las mujeres. En este sentido, se refirió a la ilegalidad de ciertas prácticas extendidas, que demoran o impiden el acceso a los abortos permitidos, y que contrarían los estándares constitucionales e internacionales entre tales barreras ilegales. Se refirió a la frecuente solicitud de una autorización judicial previa, a la exigencia de denuncia o elementos probatorios en casos de violación, a la intervención de más de un profesional de la salud, o la solicitud de consultas o dictámenes médicos o interdisciplinarios y aclaró que, ante el pedido de la mujer embarazada, debe intervenir un único médico diplomado y no cabe requerir autorización alguna.

Por otra parte, el tribunal consideró que el Estado, como garante del sistema de salud pública, debe asegurar las condiciones necesarias para que los abortos no punibles se lleven a cabo de manera rápida, segura y accesible, y exhortó a las autoridades nacionales y locales a implementar y hacer operativos protocolos hospitalarios de atención de los abortos no punibles y la Corte extendió así su preocupación respecto del fenómeno de inaccesibilidad a todos los supuestos de aborto legal contemplados, y no únicamente al referido a la situación particular de la demandante en los términos referidos.

<sup>14</sup> F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva. Sentencia 13 de marzo de 2012, Corte Suprema de Justicia de la Nación. capital federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La decisión del máximo tribunal es especialmente importante en tanto refleja la voluntad de saldar una disputa interpretativa y superar obstáculos de una práctica de violación de derechos y de sistemática denegación de acceso a los abortos permitidos desde 1921.

Sin embargo, aún se encuentran comprometidos el respeto a las decisiones institucionales de la máxima magistratura y los derechos de igualdad, autonomía, salud e integridad personal de todas las mujeres. Esos objetivos han sido alcanzados solo parcialmente luego del fallo "F.A.L", dado que el paisaje federal nos muestra niveles de respeto dispares, siendo varias las provincias que cuentan con protocolos de actuación; sin embargo, no todas esas regulaciones cumplen con los estándares fijados por la Corte Suprema.

Pocos días atrás los médicos de un hospital público de la provincia de Tucumán realizaron un aborto no punible a una niña de 11 años que había sido violada. Aunque la interrupción del embarazo se enmarca dentro de los permisos legales para interrumpir el embarazo y fue llevado a cabo de acuerdo a las pautas fijadas por la Corte Suprema, los profesionales fueron denunciados en sede penal por la posible comisión de los delitos de aborto, abuso de autoridad y mal desempeño de los deberes de funcionarios públicos.

Con el dictado del fallo "F.A.L", la Corte dio un gran paso para garantizar el acceso a la interrupción del embarazo en los casos regulados legalmente. No obstante, resulta preciso seguir avanzando en esa línea, a fin de asegurar la vigencia de los derechos humanos de las mujeres y de cumplir con los mandatos internacionales asumidos en la materia, para evitar así que el Estado incurra en responsabilidad internacional. Respecto a ello, cabe recordar que el Estado argentino ya fue encontrado responsable internacionalmente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por no garantizar el acceso efectivo al aborto no punible. Además de esta condena, entre el año 2010 y 2011, cuatro organismos de monitoreo de instrumentos de derechos humanos que gozan de rango constitucional manifestaron su preocupación por las dificultades que existen en el país para obtener la interrupción del embarazo en los casos permitidos por la ley. Estos órganos internacionales son el Comité de Derechos Humanos, el Comité sobre los Derechos del Niño, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, muy recientemente la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ratificó muchos de los presupuestos de derecho internacional que nuestra propia Corte habla tenido en cuenta en este fallo.

Este caso deja al descubierto tanto los avances obtenidos –pues sin dudas resulta auspicioso que la niña haya accedido a la práctica en el sistema público de salud– como los obstáculos que aún persisten para que las niñas, adolescentes y mujeres puedan interrumpir un embarazo que sea producto de una violación o que ponga en riesgo su salud o su vida. En este sentido, la denuncia penal formulada carece de todo asidero legal, pues se trata de una conducta lícita, y es demostrativa de las dificultades y resistencias que deben enfrentar no solo las

mujeres afectadas, sino también las y los profesionales de la salud que actúan conforme a la ley. En el caso de no corregirse de modo inmediato los obstáculos burocráticos y fácticos que persisten para la interrupción de los embarazos en los casos de permiso legal, el Estado seguirá sin honrar los derechos humanos de las mujeres y los compromisos constitucionales e internacionales asumidos, y se expondrá a tener que asumir su responsabilidad frente a la comunidad internacional.

A continuación, se referenciará la existencia de protocolos hospitalarios a los cuales el fallo bajo análisis hace mención en las provincias que integran la República Argentina, y se demuestran las falencias que existen en torno a la efectiva implementación de las pautas establecidas en dicho precedente.

## 6. COMENTARIOS Y DATOS ESTADÍSTICOS

En relación con la temática abordada en el presente trabajo, existen cifras y estadísticas que no pueden ser desoídas al momento de evaluar la legislación y el debate referido al aborto, tanto a nivel interno de nuestro país como a nivel internacional. Entre ellas, cabe hacer mención:

1. Como principio, se ha establecido en diversos informes de organismos públicos como privados que el impacto negativo de la interrupción del embarazo bajo condiciones no seguras es significativo en Argentina dado que, de manera constante, un tercio de las muertes maternas son atribuibles a complicaciones por aborto.

2. Según un informe de amnistía internacional, en Argentina se practican entre 446.000 y 522.000 abortos al año.

3. En el año 2015, el Ministerio de Salud de la Nación reconoció que “en la Argentina se realizan entre 370.000 y 522.000 interrupciones de embarazos por año.

4. El Ministerio de Salud de la Nación, conforme estadísticas e información en salud del año 2016, informa que ese año murieron 245 mujeres embarazadas, de las cuales 43 defunciones fueron por un "embarazo terminado en aborto”.

5. Según el Ministerio de Salud, desde la recuperación de la democracia murieron 3030 mujeres por abortos inseguros, y en 2013 unas 49.000 se internaron en los hospitales públicos por problemas relacionados. Más precisamente, se hospitalizaron unas 135 mujeres por día por este tema; de ellas, 2 de cada 10 tenían 19 años o menos y 3 de cada 10 tenían entre 20 a 24 años.

6. En 2014, de acuerdo con las estadísticas vitales publicadas por el Ministerio de Salud de la Nación, 290 mujeres murieron por causas relacionadas con el embarazo (que exceden al aborto).

7. En 2013, hubo 243 muertes y en 2012, 258. Según datos del Ministerio de Salud de la Nación, en 2015 murieron 55 mujeres por abortos.



8. Un estudio realizado en profundidad para 6 provincias argentinas muestra grandes diferencias entre provincias: en el caso de la Ciudad de Buenos Aires, era de 14 por 100 mil, pero en el caso de Formosa llegaba al 166 por 100 mil, casi 12 veces más alto. Las jóvenes hasta 20 años explican el 23% de las muertes maternas, las mujeres de entre 20 y 34 años, el 53,8% y las mujeres de 35 años o más, el 35% restante. El 26% de las muertes ocurren después de la semana 20 de gestación.

9. A nivel mundial, cerca de 46 millones de mujeres en el mundo se someten a un aborto inducido; 78% de ellas se ubican en los países en desarrollo y el 22% restante en los desarrollados. El 11% de todas las mujeres que sufren un aborto residen en África, el 58% en Asia, y el 9% en Latinoamérica y el Caribe. El continente europeo y otros países del primer mundo cubren el 22% faltante.

10. Asimismo, se calcula que, en el mundo, de cada 1000 mujeres en edad reproductiva, 35 se practican un aborto inducido.

11. Las razones que llevan a las mujeres en situación de vulnerabilidad a considerar un aborto: según un estudio chileno entre mujeres que pensaron realizar un aborto, el 44,4% alegó como motivo la coerción sufrida de parte de los padres o la pareja, con o sin la presencia de violencia intrafamiliar; el 22,8% informó factores asociados a expectativas de vida, incluido continuar estudios, proyecto de vida, situación socioeconómica y temor a ser madres solteras; el 20,4%, ocultar el embarazo por temor a la reacción de la pareja o de los padres; el 2,1%, por abuso sexual; y el 1,9%, por abandono de la pareja. Entre las que presentaban embarazos vulnerables y requerían ayuda, aunque no manifestaron buscar un aborto, el 36,9% fue por necesidad de apoyo psicológico o emocional; el 20,1% por situación de abandono con pérdida de hogar; el 12,9% para ocultar embarazo por temor a la reacción de la pareja o de los padres; el 9,4% por posibilidad de dar en adopción; el 7,9% por abandono de la pareja; el 3,7% por coerción o violencia intrafamiliar; y el 1,8% por abuso sexual.

Si se tiene en cuenta la problemática del aborto, su tratamiento y legalización en forma seria y con sistemas legales tendientes a evitarlos, pero eficientes al momento de realizar la práctica en aquellos casos en los cuales es procedente, se entenderá que las cifras mencionadas anteriormente resultan alarmantes y que su disminución requiere de un esfuerzo conjunto de los individuos a nivel nacional, regional e internacional, así como de la implementación de políticas públicas eficientes en el sistema de salud y prevención del embarazo y del sistema educativo, tanto escolar como familiar.

Es la práctica clandestina lo que torna inseguro el aborto, no solo en los casos en que se practica sin la adecuada profilaxis médica, sino también en aquellos casos donde es realizado por un profesional capacitado. Por esta razón, la sociedad y el Estado deben debatir y encontrar soluciones que den respuesta a un problema que no puede continuar en el campo de la clandestinidad y de la negación en su importancia sociosanitaria.

En el mundo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) estimaba para fines de los años noventa que la mitad de los abortos inducidos anualmente son abortos inseguros y que el 95% de ellos ocurrían en países en vías de desarrollo. Si la relación del aborto inseguro por cada 7 nacidos vivos era lo observable a nivel global, en el caso de América Latina se producía más de 1 aborto inseguro por cada 3 nacidos vivos.

Las complicaciones relacionadas con el aborto son la primera causa de muerte materna y esto adquiere gravedad ética, dado que son muertes de mujeres o personas gestantes en edad reproductiva, evitables por medio de políticas públicas de salud y educación. La escasez o insuficiencia de estas políticas vulnera derechos fundamentales tales como: acceso a la salud, derecho a una vida sana y plena, derecho al ejercicio de la autonomía y autodeterminación sobre el propio cuerpo, la sexualidad y la reproducción <sup>15</sup>.

## 7. SANCIÓN DE LA LEY 27.610 DE ACCESO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO. ANÁLISIS E IMPLEMENTACIÓN

El 30 de diciembre de 2020, se sancionó la ley 27.610, de interrupción voluntaria del embarazo, la cual entró en vigencia el 24 de enero de 2021, y tiene por objeto:

(...) regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el estado argentino en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y de personas con otras identidades de género con capacidad de gestar y a fin de contribuir a la reducción de la morbilidad y mortalidad prevenible.

En el análisis y comprensión detallada de esta ley, resulta necesario destacar algunas cuestiones:

### *A) Derecho de interrupción voluntaria del embarazo. Límite temporal*

El artículo 2° establece que:

Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a: a) Decidir la interrupción del embarazo de conformidad con lo establecido en la presente ley; b) Requerir y acceder a la atención de la interrupción del embarazo en los servicios del sistema de salud, de conformidad con lo establecido en la presente ley; c) Requerir y recibir atención postaborto en los servicios del sistema de salud, sin perjuicio de que la decisión de abortar hubiera sido contraria a los casos legalmente habilitados de conformidad con la presente ley; d) Prevenir los embarazos no intencionales mediante el acceso a información, educación sexual integral y a métodos anticonceptivos eficaces.

Sin embargo, el ejercicio del derecho de interrumpir el embarazo no resulta absoluto, sino que, como todo derecho, se encuentra limitado, en este caso

<sup>15</sup> Dato extraído de la “Fundamentación de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo”, en la presentación ante ambas Cámaras Legislativas, año 2020.

por un límite temporal; esto es, las 14 semanas desde la concepción. En tal sentido, las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce, inclusive, del proceso gestacional.

Fuera de este plazo, la persona gestante tiene derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo solo en las siguientes situaciones excepcionales:

a) Si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente (no siendo este requisito requerido en el caso de las niñas menores de trece años);

b) Si estuviere en peligro la vida o la salud integral de la persona gestante.

Es decir, la persona gestante no podrá interrumpir el embarazo luego de las catorce semanas, salvo estas dos excepciones, para las cuales la ley no establece límite temporal para abortar.

*B) Procedimiento y protección del derecho a la salud*

El artículo 5° de la ley establece la cobertura y el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo dentro de nuestro sistema de salud al destacar que toda persona gestante tiene derecho a acceder a la interrupción de su embarazo en los servicios del sistema de salud o con su asistencia, en un plazo máximo de diez días corridos desde su requerimiento y en las condiciones que se establecen en la presente ley y en las leyes 26.485 (ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), 26.529 (ley de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud) y concordantes.

En este contexto, el sector público de la salud, las obras sociales enmarcadas en la ley 23.660 y en la ley 23.661, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados creado por la ley 19.032, las entidades y los agentes de salud comprendidos en la ley 26.682, de marco regulatorio de medicina prepaga, las entidades que brinden atención dentro de la reglamentación del decreto 1.993/11, las obras sociales de las fuerzas armadas y de seguridad, las obras sociales del Poder Legislativo y Judicial y las comprendidas en la ley 24.741, de obras sociales universitarias, y todos aquellos agentes y organizaciones que brinden servicios médico-asistenciales a las personas afiliadas o beneficiarias, independientemente de la figura jurídica que posean, deben incorporar la cobertura integral y gratuita de la interrupción voluntaria del embarazo prevista en la presente ley en todas las formas que la Organización Mundial de la Salud recomienda. Estas prestaciones quedan incluidas en el Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica y en el PMO con cobertura total, junto con las prestaciones de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo.

Tanto en la etapa previa a efectuar el aborto, durante la práctica de este y con posterioridad a ello, el personal de salud debe garantizar las siguientes condiciones mínimas y derechos en la atención del aborto y postaborto:

- *Trato digno*. El personal de salud debe observar un trato digno, respetando las convicciones personales y morales de la paciente, para erradicar prácticas que perpetúan el ejercicio de violencia contra las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar.

- *Privacidad*. Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener y transmitir información y documentación clínica de la paciente debe garantizar la construcción y preservación de un ambiente de confianza entre el personal de salud y las personas que solicitan la atención, y observar el estricto respeto por su intimidad, dignidad humana y autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la confidencialidad. Solo se compartirá información o se incluirá a su familia o a su acompañante con su expresa autorización, conforme las previsiones del artículo 8° de la ley. Asimismo, deberá protegerse a la paciente de injerencias ilegítimas por parte de terceros.

En los casos de violación cuyas víctimas fueran niñas o adolescentes, el deber de comunicar la vulneración de derechos previsto en el artículo 30 de la ley 26.061 y el deber de formular denuncia penal establecido en el artículo 24, inciso e), de la ley 26.485 en el marco de lo dispuesto por el artículo 72 del Código Penal, deberán cumplirse respetando el derecho a la privacidad y confidencialidad de niñas y adolescentes, su capacidad progresiva e interés superior de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061 y el artículo 26 del Código Civil y Comercial, y no deberán obstruir ni dilatar el acceso a los derechos establecidos en la presente ley.

- *Confidencialidad*. El personal de salud debe crear las condiciones para el resguardo de la confidencialidad y el secreto médico durante todo el proceso de atención y también con posterioridad. Debe informar durante la consulta que la confidencialidad está garantizada y resulta alcanzada por el secreto médico. La paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o el manejo de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de esta deba respetar el derecho a la confidencialidad, salvo expresa autorización escrita de la propia paciente.

- *Autonomía de la voluntad*. El personal de salud debe respetar las decisiones de las pacientes respecto al ejercicio de sus derechos reproductivos, las alternativas de tratamiento y su futura salud sexual y reproductiva. Las decisiones de la paciente no deben ser sometidas a juicios derivados de consideraciones personales, religiosas o axiológicas por parte del personal de salud, debiendo prevalecer su libre y autónoma voluntad.

- *Acceso a la información*. El personal de salud debe mantener una escucha activa y respetuosa de las pacientes para expresar libremente sus necesidades y preferencias. La paciente tiene derecho a recibir la información sobre su salud; el derecho a la información incluye el de no recibir información inadecuada en relación con la solicitada.

Se debe suministrar información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, los alcances y las consecuencias de la práctica. Dicha infor-

mación debe ser actualizada, comprensible, veraz y brindada en lenguaje y con formatos accesibles. El personal de salud y las autoridades públicas tienen la obligación de suministrar la información disponible sobre los derechos protegidos por la presente ley de forma dinámica y a lo largo de todo el proceso de atención, incluso si no hay una solicitud explícita.

En sintonía con esto, una vez efectuada la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo de conformidad con el artículo 4º, el establecimiento de salud pondrá a disposición de las personas gestantes que así lo requieran, en el marco del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, ley 25.673, lo siguiente: a) Información sobre el procedimiento que se llevará a cabo y los cuidados posteriores necesarios, siguiendo los criterios del artículo anterior; b) Atención integral de su salud a lo largo de todo el proceso; c) Acompañamiento en el cuidado de la salud e información adecuada y accesible a las necesidades de cada persona, científica, actualizada sobre los distintos métodos anticonceptivos disponibles, así como la provisión de los métodos anticonceptivos previstos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) y en la ley 25.673 o la normativa que en el futuro la reemplace. Estos servicios no son obligatorios para la paciente ni condición para la realización de la práctica.

Previo a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo se requiere el consentimiento informado de la persona gestante expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la ley 26.529 y concordantes, y en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación. Nadie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho.

- *Calidad.* El personal de salud debe respetar y garantizar el tratamiento del aborto conforme los alcances y la definición de la Organización Mundial de la Salud. La atención será brindada siguiendo los estándares de calidad, accesibilidad, competencia técnica, rango de opciones disponibles e información científica actualizada.

A fin de garantizar el cumplimiento de todo lo antes dispuesto, la ley establece que todo el personal de salud deberá capacitarse en los contenidos de la ley y de la normativa complementaria y reglamentaria. A tal fin, el Ministerio de Salud de la Nación y los ministerios provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires implementarán los correspondientes programas de capacitación.

*C) Derechos de los menores de edad y personas con capacidad restringida*

En cuanto a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y el tratamiento de la minoridad en la interrupción voluntaria del embarazo, la ley 27.610 determina que la solicitud de la interrupción voluntaria del embarazo deberá ser efectuada de la siguiente manera:

c.1) Las personas mayores de dieciséis años de edad tienen plena capacidad por sí para prestar su consentimiento a fin de ejercer los derechos reconocidos por esta ley;

c.2) En los casos de personas menores de dieciséis años de edad, se requerirá su consentimiento informado y se procederá conforme lo dispuesto en el

artículo 26 del Código Civil y Comercial y la resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061, el artículo 7° del anexo I del decreto reglamentario 415/06 y el decreto reglamentario 1.282/03 de la ley 25.673.

c.3) En el caso de las personas con capacidad restringida se destaca que si el alcance de la restricción determinada por la sentencia judicial no tuviere relación con el ejercicio de los derechos que otorga la ley de interrupción voluntaria del embarazo, la persona podrá prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento ni necesidad de autorización previa alguna y, si lo deseara, con la asistencia del sistema de apoyo previsto en el artículo 43 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Las personas que actúan como sistema de apoyo no representan ni sustituyen a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos y, por tanto, es necesario que el diseño del sistema de apoyo incorpore salvaguardas adecuadas para que no existan abusos y las decisiones sean tomadas por la titular del derecho.

Por el contrario, si la sentencia judicial de restricción a la capacidad impide prestar el consentimiento para el ejercicio de los derechos previstos o la persona ha sido declarada incapaz judicialmente, deberá prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal o, a falta o ausencia de este o esta, la de una persona allegada, en los términos del artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación.

#### *D) Respecto a la objeción de conciencia*

A los fines de resguardar o tutelar el derecho de objeción de conciencia de los profesionales de salud intervinientes en la interrupción voluntaria del embarazo, la ley estipula que el o la profesional de salud que deba intervenir de manera directa en la interrupción del embarazo tiene derecho a ejercer la objeción de conciencia.

A los fines del ejercicio de esta, deberá:

- a) Mantener su decisión en todos los ámbitos, público, privado o de la seguridad social, en los que ejerza su profesión;
- b) Derivar de buena fe a la paciente para que sea atendida por otro u otra profesional en forma temporánea y oportuna, sin dilaciones;
- c) Cumplir con el resto de sus deberes profesionales y obligaciones jurídicas.

Al respecto, cabe aclarar que el personal de salud no podrá negarse a la realización de la interrupción del embarazo en caso de que la vida o salud de la persona gestante esté en peligro y requiera atención inmediata e impostergable. Tampoco se podrá alegar objeción de conciencia para negarse a prestar atención sanitaria postaborto. Todo ello bajo apercibimiento de sanciones disciplinarias, administrativas, penales y civiles, según corresponda.

No obstante, a modo de impedir que la objeción de conciencia obstaculice el ejercicio de los derechos reconocidos por la ley, aquellos efectores de salud

del subsector privado o de la seguridad social que no cuenten con profesionales para realizar la interrupción del embarazo a causa del ejercicio del derecho de objeción de conciencia conforme lo antes explicado, deberán prever y disponer la derivación a un efector que realice efectivamente la prestación y que sea de similares características al que la persona solicitante de la prestación consultó.

En todos los casos, se debe garantizar la realización de la práctica conforme a las previsiones establecidas en la ley. Las gestiones y los costos asociados a la derivación y el traslado de la paciente quedarán a cargo del efector que realice la derivación. Todas las derivaciones contempladas en este artículo deberán facturarse de acuerdo con la cobertura a favor del efector que realice la práctica.

*E) Educación sexual y reproductiva integral*

En el marco de la ley de interrupción voluntaria del embarazo, se establece el derecho y deber de implementar en las instituciones educativas la educación sexual integral y salud sexual y reproductiva. En este sentido, el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios tienen la responsabilidad de implementar la ley 26.150, de Educación Sexual Integral, y establecer políticas activas para la promoción y el fortalecimiento de la salud sexual y reproductiva de toda la población.

Deberán, además, capacitar sobre perspectiva de género y diversidad sexual a los y las docentes, y a los y las profesionales, demás trabajadores y trabajadoras de la salud, a fin de brindar atención, contención y seguimiento adecuados a quienes soliciten realizar una interrupción voluntaria del embarazo, así como a los funcionarios públicos y las funcionarias públicas que actúen en dichos procesos.

*F) Concordancia con Tratados de Derechos Humanos, art. 75, inc. 22 CN*

Por último, aunque no menos importante, la ley bajo estudio destaca que los derechos y las disposiciones por ella reconocidos se enmarcan y condicen con los tratados de derechos humanos de rango constitucional reconocidos en el art. 75, inciso 22, entre los que se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en virtud de la protección que otorgan a los derechos sexuales y reproductivos, a la dignidad, a la vida, a la autonomía, a la salud, a la educación, a la integridad, a la diversidad corporal, a la identidad de género, a la diversidad étnico-cultural, a la privacidad, a la libertad de creencias y pensamientos, a la información, a gozar de los beneficios de los avances cien-

tíficos, a la igualdad real de oportunidades, a la no discriminación y a una vida libre de violencias.

#### *G) Modificaciones al Código Penal de la Nación*

La sanción de la ley en análisis de IVE, en sus artículos 14, 15, 16, 17 y 18, provocó la modificación del articulado del Código Penal de la Nación, en lo referente al tratamiento de despenalización del aborto voluntario, en cuanto a su tipificación como delito, solo restringido a ciertos casos que refieren a la falta de consentimiento para la práctica y su realización fuera del plazo legal, máximo estipulado.

Específicamente, se modificaron los artículos 85, 86, 87 y 88, del Código represivo, estableciéndose penalidades, exclusivamente para aquellos casos en los que el aborto se realice sin consentimiento de la persona gestante, con el agravante en caso de muerte.

Del mismo modo, existen penalidades en caso de que la interrupción del embarazo se practique luego de la semana catorce, plazo máximo permitido por la ley, siempre que no nos encontremos frente a casos de excepción, estipulados en el artículo 86, de violación o riesgo de vida o la salud integral de la persona gestante.

Es dable aclarar en este supuesto que, incluso en el caso del aborto efectuado por la propia persona gestante luego del plazo máximo legal, es reprimido, aunque la tentativa de la persona gestante no es punible y podrá eximirse la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta.

También reprime a quien con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la persona gestante fuere notorio o le constare.

Por último, teniendo en cuenta las obligaciones impuestas al personal de salud y autoridades de aplicación de la Ley de interrupción voluntaria del embarazo, el Código penaliza al funcionario/a público/a o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que, “dilatarse injustificadamente, obstaculizarse o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados”.

## 8. REFLEXIONES FINALES

Han transcurrido más de veinte <sup>16</sup> años desde que en nuestro país fuera presentado el primer proyecto de despenalización o interrupción voluntaria del embarazo, para lograrse en definitiva la sanción de la ley 27.610, vigente desde el 24 de enero del 2021, la que ha sido consecuencia de la lucha de organizaciones, grupos y personalidades vinculadas al movimiento de mujeres, organismos de derechos humanos, científicos, académicos, expresiones artísticas, trabajado-

<sup>16</sup> Presentado el 10 de diciembre de 2002 – Expte. D-7750 – 02.



res de salud, y a un sin número de movimientos sociales y culturales, como las resoluciones en el ámbito jurisprudencial y diferentes leyes sancionadas durante ese período.

Podemos referirnos, entonces, a algunas manifestaciones concretas que fueron determinantes para la materialización de la norma en análisis, teniendo en cuenta principalmente lo expresado en algunos fallos, en especial el ya analizado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el denominado fallo de fecha 13/03/2012, “FAL S/medidas autosatisfactiva”, como también la sanción de importantes leyes sustentadas en los derechos humanos de las personas y de las familias, las que se pueden considerar, como ser la ley 26.529, atinente a los Derechos del Paciente y su relación con los profesionales e instituciones de la salud, que sustenta el derecho autónomo de los pacientes, la ley 26.743 de identidad de género, la 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, en el marco de sus relaciones interpersonales.

Como fundamental, el Código Civil y Comercial de la Nación, el que se inspira y sustenta en los principios de derechos humanos, que inspiran los artículos 1º y 2º, en cuanto a establecer la competencia bioética o médica en el artículo 26, la que no se alcanza en un momento determinado de la vida, sino que se va desarrollando y evolucionando con el paso del tiempo, hasta que paulatinamente se alcanza la madurez, en lo concreto a partir de los 13 años; lo que refiere el art. 402, donde se establece concretamente que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de *limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derecho* y no discriminación. Normas como los artículos 441 y 524, que se ocupan de favorecer a los más vulnerables a los fines de lograr su fortalecimiento y empoderamiento. El artículo 1710 centrado en la noción de prevención del daño.

No obstante lo expresado, sabemos que se mantendrán, en el marco social, los debates sobre el aborto, contemplados en una gama de aspectos que permitan lograr soluciones tendientes a evitar la toma de una decisión tan drástica como lo es dar fin a la vida de un ser humano, sabiendo también que no puede vulnerarse el derecho de la mujer o persona gestante como una cuestión estrictamente personal, a la interrupción voluntaria del embarazo sustentado en la autodeterminación, pero de gran impacto social.

Entendemos que la vida humana, su desarrollo, conservación y plenitud, resulta ser el más básico y fundamental de los bienes jurídicos que debe ser protegidos por el ordenamiento normativo interno e internacional. Traspasando esto al plano ético, se traduce en la necesidad de propender a su defensa, resguardo y perfeccionamiento, pero, ante todo, de evitar acciones que atenten contra ella, con la finalidad de suprimirla, por lo que se sostiene sin hesitación, que el principio de defensa de la vida es el principio central de la existencia y de la coexistencia humana. No existen titubeos cuando se afirma que el aborto consiste en la muerte intencional de un ser humano vivo, por parte de quienes,

por razones que son exclusivamente propias y que no pueden trasuntar a la esfera social, recurren al mismo. La toma de tal decisión revela que el derecho autónomo de la madre se sobrepone al derecho a la vida del no nacido.

A partir de la incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nuestro país tiene establecido que "persona es todo ser humano" (art. 1) y que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida" y finalmente que-"este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción" (art. 4).

Creemos, como ya lo hemos expuesto, que a pesar de la existencia de la norma que autoriza la interrupción voluntaria del embarazo por tiempo (las primeras 14 semanas), no existe un desarrollo de políticas públicas destinadas a evitar de manera concreta los embarazos no deseados –lo cual se lograría con una correcta e intensa educación sexual en edades tempranas, la propagación e información de métodos de anticoncepción eficientes, como el acceso garantizado a todos los niveles socioeconómicos–.

Existe, por la situación, política y socio económica, que no se implementan ni desarrollan biopolíticas públicas eficientes que propendan a la protección de la familia, a una educación sexual efectiva desde temprana edad que eviten embarazos no deseados, ni existe un sistema integrado de prestaciones con prioridad de atención de la madre vulnerable, pese a la sanción de la Ley de protección de los mil días, nro. 27.611, en especial atención a la embarazadas adolescentes, de los sectores frágiles, ni una inversión en infraestructura e insumos con capacitación e intervención interdisciplinaria, coordinación y articulación de la red de prestadores con capacitación suficiente en la implementación de tales políticas. Todo esto habla de la ausencia del Estado y de políticas públicas eficientes para evitar el aborto.

La norma vigente no zanja las observaciones realizadas anteriormente, lo cual sin dudas refleja que se ha obtenido un progreso incompleto, que resuelve parcialmente las consecuencias de una decisión tan drástica e irreversible como el aborto, en lugar de atacar y evitar las causales que llevan a tomar tal opción. Ello denota que, lamentablemente, queda un largo camino para recorrer en referencia a la temática estudiada, donde el mayor perjudicado será el sujeto en desarrollo que se encuentra indefenso y carente de todo tipo de intervención a la hora de la toma de la decisión concreta. En este aspecto, cobra importancia la aseveración de que "El embrión tiene esto de único, que su pasado y su presente se definen por su futuro, es siempre un "entre dos" entre el futuro que lo llama y el presente que lo estructura" <sup>17</sup>.

17 SIBONY D., intervención en "L'embryon entre chose et personae humaine", coloquio en el Centro Rachi, noviembre de 1995, citado por Myriam Hunter-Henin, Pour une redefinition du status personnel, Aix en provence, Presses Universitaires d Aix-Marseille, 2004, p.107 en "La protección jurídica del embrión", Noemí G. De Rempel, Ed. Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 155.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, “*Interrupción Voluntaria del Embarazo – Dilemas Bioéticos y Jurídicos*” – Suplemento especial de Interrupción Voluntaria del Embarazo – Editorial Erreius, 2018.
- GOLDSZTERN DE REMPEL, Noemi, “*La protección jurídica del embrión*”, Ed. Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capítulo 1, 2016, pp. 29-53.
- Ramón Maciá Gómez, “Sistemas legales del aborto en Europa”, 20 de noviembre de 2015, en <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/sistemas-legales-del-aborto-en-europa> , página consultada el 11/06/2018.
- El aborto en América Latina: restricciones, contrastes y un debate creciente” EFE 24.10.2012, Ver más en: <https://www.20minutos.es/noticia/1620644/0/aborto-america/latina-panoramica/#xtor=AD-15&xts=467263>
- “Datos- Reacciones a la anulación en EEUU del fallo Roe vs Wade sobre el aborto”, Infobae, 24/06/2022 en <https://www.infobae.com/america/agencias/2022/06/24/datos-reacciones-a-la-anulacion-en-eeuu-de-fallo-sobre-el-aborto/>
- “F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva”. Corte Suprema De Justicia De La Nación. Capital Federal, Ciudad Autónoma De Buenos Aires. SENTENCIA 13 de marzo de 2012.
- Dato extraído de la “Fundamentación de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo”, en la presentación ante ambas Cámaras Legislativas, año 2020.



## LA SUSPENSIÓN DE CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA SANITARIA

Por RICARDO S. DANUZZO \*

*“La doctrina que se viene ocupando del impacto de la crisis del COVID-19 sobre las relaciones contractuales no duda en identificar a este instituto como uno de los instrumentos a los cuales puede recurrirse para intentar superar la crisis en que la emergencia sanitaria coloca a los contratos” \*\**

### **Resumen:**

*El presente trabajo aborda, en el contexto de excepcionalidad de la pandemia, tres figuras jurídicas de esencial utilidad para la solución de los múltiples problemas que ella genera en las relaciones jurídicas como son la suspensión de cumplimiento contractual, la tutela preventiva del contrato y el principio de prevención del daño y la renegociación. Se analiza pormenorizadamente su regulación legal en los artículos 1031 y 1032 del Código Civil y Comercial de la Nación, ubicándolos en el marco de la teoría general del contrato dentro de la categoría de la suspensión de sus efectos, suspensión del contrato frente al incumplimiento total o parcial, siendo vinculada a ella la tutela preventiva que prevé otros casos de suspensión del contrato, que apuntan a la tutela preventiva de quien los invoca. Luego se aborda su finalidad práctica poniendo de resalto que se trata de una figura que tiene por finalidad mantener la relación de nexo de interdependencia de las obligaciones surgidas de un contrato bilateral y asimismo realizar a través de la misma el deber genérico de prevención del daño. Se analizan a su vez los supuestos de improcedencia de la figura y de procedencia de la resolución por incumplimiento. Finalmente se analiza la utilidad de estas figuras en tiempos de emergencia sanitaria y se desarrolla el deber de renegociar como especie*

\* Doctor Ricardo Sebastián Danuzzo, Abogado UNNE (1997), Doctor en Derecho UNNE (2013), Magister en Derecho Empresario UNNE (2021), Profesor Titular Ordinario de la materia Derecho de los Contratos y Derecho de Daños, Catedra “B”, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de Universidad Nacional del Noreste. Profesor Titular Interino de la materia Derecho de los Contratos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata.

\*\* Sozzo Gonzalo, “Las relaciones contractuales en tiempos de emergencia”, Contratos Resilientes, Editorial Rubinzal- Culzoni, año 2020.

*del denominado deber general de negociación y se plasman las conclusiones del presente trabajo.*

**Palabras clave:**

*Cumplimiento, Suspensión, Prevención, Tutela, Renegociación.*

THE SUSPENSION OF CONTRACTUAL COMPLIANCE IN THE  
FRAMEWORK OF THE HEALTH EMERGENCY

**Abstract:**

*The present work addresses, in the context of the exceptionality of the pandemic, three legal figures of essential utility for the solution of the multiple problems that it generates in legal relations, such as the suspension of contractual compliance, the preventive protection of the contract and the principle of harm prevention and renegotiation. Its legal regulation is analyzed in detail in articles 1031 and 1032 of the Civil and Commercial Code of the Nation, placing them within the framework of the general theory of the contract within the category of the suspension of its effects, suspension of the contract in the face of total breach or partial, being linked to it the preventive guardianship that foresees other cases of suspension of the contract, which point to the preventive guardianship of the person who invokes them. Then its practical purpose is addressed, emphasizing that it is a figure whose purpose is to maintain the relationship of interdependence link of the obligations arising from a bilateral contract and also carry out through it the generic duty of prevention of damage. In turn, the assumptions of inadmissibility of the figure and of origin of the resolution for non-compliance are analyzed. Finally, the usefulness of these figures in times of health emergency is analyzed and the duty to renegotiate is developed as a kind of the so-called general duty of negotiation and the conclusions of this work are reflected.*

**Keywords:**

*Compliance, Suspension, Prevention, Guardianship, Renegotiation.*

INTRODUCCIÓN

El tema cuyo estudio abordamos, se presenta como una de las más interesantes novedades que incorpora el Código Civil y Comercial unificado a la legislación. Como hemos señalado en su oportunidad <sup>1</sup>, su incorporación obe-

<sup>1</sup> Midón (dir.), *Impacto procesal de la unificación civil y comercial*, Editorial Contexto, p. 263, 2018.

dece a la necesidad de adecuar la regulación contractual, a las directivas más modernas, que respecto de la figura nos presenta, como a continuación veremos, el derecho comparado. Asimismo, representa, para el operador jurídico, una importante herramienta jurídica a las que puede recurrir, para una adecuada defensa técnica de los intereses que le son confiados, en tiempos de emergencia como los que vivimos.

## 1. ANTECEDENTES DEL DERECHO COMPARADO

La figura que analizamos es regulada y presenta algunas diferencias de matices en el derecho comparado.

Señala Leiva Fernández <sup>2</sup> que la *exceptio non adimpleti contractus* no estaba prevista expresamente en el Código Civil francés. Recientemente la Ordenanza 2016-131 del 10/2/16, con vigencia el 1º de octubre del mismo año, modificó el Código francés incorporando el siguiente artículo: «Art. 1219. Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave» (“Una parte podrá rehusar cumplir su obligación, aun cuando esta sea exigible, si la otra no cumple la suya y si dicho incumplimiento es suficientemente grave”).

Si la regula el Código Civil italiano de 1942, el Código de las Obligaciones suizo y el Código Civil alemán de 1990.

El Código Civil alemán de 1990 (*BGB*) contiene un instituto mucho más amplio que la *exceptio* pues cumple parte de la función que en el derecho argentino se satisface a través del derecho de retención. En el *BGB* la retención no solo puede ser de cosas sino de prestaciones con lo que se configura un instituto más fuerte y abarcador que el del derogado art. 1201 y el Código vigente.

Con notoria sencillez, el art. 476 del *CC* de Brasil de 2002 regula “*da execao de contrato nao cumprido*” al disponer que “*nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigacao, pode exigir o implemento da do outro*”. Anteriormente también había sido receptado en el art. 1092 del Código Civil brasileño de Clovis Bevilacqua, derogado en 2003 <sup>3</sup>.

Los Principios de UNIDROIT regulan la excepción de incumplimiento (art. 7.1.3) <sup>4</sup> que incluso autoriza la suspensión unilateral del cumplimiento antes de que la prestación de la contraparte sea exigible.

<sup>2</sup> Leiva Fernández, *Tratado de los contratos*, Tomo II, Editorial Thomson-Reuters - La Ley, p. 10, Bs. As., 2017.

<sup>3</sup> Véase sobre la historia de la suspensión de cumplimiento y su recepción en derecho comparado, Spota - Leiva Fernández, *Contratos. Instituciones de derecho civil*, 2ª ed., T. III, Nro. 688 y 689, pp. 598 a 607, Editorial La Ley, 2009.

<sup>4</sup> Art. 7.1.3. “Suspensión del cumplimiento. 1). Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca

El Proyecto de Código Civil para el Estado Libre Asociado de Puerto Rico reguló la tradicional figura en el art. 1366 que expresa: “Excepción de incumplimiento contractual. En los contratos con prestaciones recíprocas, una de las partes puede rehusar su cumplimiento mientras la otra no cumpla su contraprestación u ofrezca cumplirla. La defensa de incumplimiento no procede si la contraprestación debida por el reclamante debe cumplirse luego de la prestación que está a cargo del reclamado. Si la contraprestación se cumplió en forma parcial o defectuosa el reclamado puede reducir su prestación en proporción a lo que sigue adeudando el reclamante”.

## 2. LA TUTELA PREVENTIVA DEL CONTRATO Y EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN DEL DAÑO

La tutela preventiva del contrato es una herramienta del universo de las soluciones concretas que el Código Civil y Comercial trae inspirado en el principio de prevención del daño de reconocida raigambre constitucional.

Este vínculo tiene relevancia práctica por diferentes motivos. En primer término, inscribe a la tutela preventiva del contrato dentro de la "función preventiva" de la responsabilidad por daños. En segundo término, pues, al hacerlo, conecta la figura con la norma que funda el subsistema de prevención del daño del Código Civil y Comercial (art. 1710) que establece cuáles son los deberes de prevención. En tercer término, pues permite que la acción judicial que se inicie, pretendiendo la aplicación de este instituto, se valga de las normas institucionales que se establecen en el Código Civil y Comercial para la pretensión preventiva (arts. 1711 a 1715, CCC) <sup>5</sup>.

## 3. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA SUSPENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

El Código Civil y Comercial de la Nación regula expresamente la figura jurídica *sub examine* en la Sección Tercera, puntualmente en el art. 1031 en los siguientes términos: “Art. 1031. Suspensión del cumplimiento. En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación”.

su prestación. 2). Cuando el cumplimiento ha de ser sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que haya cumplido la parte que debe hacerlo primero”.

<sup>5</sup> Sozzo Gonzalo, “Las relaciones contractuales en tiempos de emergencia”, Contratos Resilientes, Editorial Rubinzal- Culzoni, p. 145, 2020.



#### 4. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Señala Lorenzetti <sup>6</sup> que la figura en análisis se ubica en la teoría del contrato dentro de la categoría de la suspensión de sus efectos, que actúa como un género dentro del cual se reconocen diferentes figuras, tales como la excepción de incumplimiento contractual, la excepción de cumplimiento parcial o defectuoso, la excepción de caducidad y la paralización derivada de la previsibilidad del incumplimiento de la contraparte.

El art. 1031 se ocupa especialmente de las dos primeras. La regulación debe ser integrada con los principios generales insertos en el Título Preliminar, lo que permite una adecuada ponderación de las circunstancias a fin de reconocer o rechazar la suspensión. El emplazamiento no impide el despliegue de estos institutos en otras áreas del derecho privado.

Para que la suspensión del cumplimiento del contrato resulte procedente es ineludible que la obligación incumplida por la otra parte no esté sujeta a plazo o condición suspensiva. Si una de estas modalidades de los actos jurídicos concurre en el contrato y posterga el cumplimiento de la prestación a cargo del incumplidor, la suspensión de la otra parte no puede prosperar, pues la parte deudora todavía no está obligada a cumplir. La inexistencia de plazos estaba prevista expresamente como requisito en la parte final del art. 1201 del Código histórico. El Proyecto de 1998 lo expresaba de otra manera: quien se exceptiona no debía estar obligado a cumplir en forma anticipada al accionante (art. 990).

Señala Leiva Fernández <sup>7</sup> que con la actual redacción del art. 1031 del *CCCN* es posible concluir que el requisito se mantiene, dado que si la suspensión resulta viable cuando ambas partes deben cumplir simultáneamente, ello no ocurriría cuando la prestación de una está sometida a plazo o condición suspensiva. No existe correlatividad, una debe cumplirse antes que otra.

La excepción de incumplimiento tampoco procede si quien demandada ofrece cumplir en ese acto, aunque no lo haya hecho hasta entonces. Se han ensayado diversas posturas en cuanto a qué debe entenderse por el “ofrecimiento a cumplir”.

Para una primera opinión <sup>8</sup>, el solo hecho de promover la demanda por cumplimiento de contrato implica un tácito ofrecimiento de cumplir con las prestaciones a su cargo. Es decir que no se exige un punto expreso de la demanda donde el accionante deba ofrecer cumplir su obligación. Esto

<sup>6</sup> Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, T. VI, p. 44, 2015.

<sup>7</sup> Leiva Fernández, *Tratado de los contratos*, T. II, Editorial Thomson-Reuters - La Ley, p. 5, 2017.

<sup>8</sup> Salas - Trigo Represas, *Código Civil y leyes complementarias anotadas*, T. II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1972. p. 54. En el mismo sentido, véase Compagnucci de Caso, *La exceptio non adimpleti contractus*, LL, 1993-B-315, con citas de Llerena, Morello y Acuña Anzorena, 1972.

llevaría a concluir que no podría prosperar la suspensión del cumplimiento contractual por el solo hecho de que quien reclama no haya ofrecido cumplir expresamente.

Para otra opinión <sup>9</sup>, ello no podría ser así, dado que quitaría campo de aplicación a la figura de suspensión del cumplimiento: si todos los reclamos llevarán tácitamente el ofrecimiento de cumplir, carecería de sentido el tratamiento de la suspensión. Podría pensarse en otro tipo de posibilidad, como exigirle al actor que efectivamente ponga a disposición del juez la prestación a su cargo, por ejemplo, recurriendo a la vía que prevén los arts. 904 o 910 del CCCN. Pero este enfoque sería un error, en la medida que la condición que se exige al accionante es que ofrezca cumplir y no el cumplimiento efectivo.

El art. 1031 del CCCN distingue dos supuestos: hasta que la otra parte cumpla u ofrezca cumplir. Si se exigiera el cumplimiento efectivo como sinónimo de ofrecer cumplir no habría nunca dos posibilidades sino una sola: siempre se debe cumplir, o antes de iniciar la demanda o en el momento de hacerlo.

Un último enfoque es el de exigir al reclamante el ofrecimiento expreso o inequívoco de cumplir, lo que sería poner su prestación a disposición del juez, reconociendo que no ha dado cumplimiento todavía, pero que lo hará ni bien obtenga la prestación que le es debida. Da lo mismo si el requerimiento es extrajudicial o judicial. Esta postura intermedia es la que mejor se condice con las reglas del nuevo instituto contenido en el art. 1031 <sup>10</sup>.

## 5. INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

Señala Lorenzetti <sup>11</sup>, que, en sintonía con los modelos más modernos del derecho comparado, el nuevo Código ha preferido dedicar una sección a la *suspensión del cumplimiento y fuerza mayor*. El sentido no es otro que brindar herramientas que tiendan a evitar o disminuir los efectos nocivos del incumplimiento, en línea con la función preventiva consagrada en el art. 1710 en materia de responsabilidad civil.

La suspensión del contrato se constituye en el hilo conductor dentro del cual se explican sus diferentes variantes, dentro de las cuales se reconoce a la excepción de incumplimiento, a la excepción de caducidad y a la paralización derivada de la previsibilidad del incumplimiento de la contraparte <sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Conf. Gastaldi - Centennaro, *Excepción de incumplimiento contractual*, p. 102, 1995.

<sup>10</sup> Conf. Hernández - Trivisonno, *La suspensión del contrato en el Proyecto de Código*, LL, 2012-E-1067.

<sup>11</sup> Lorenzetti (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, T. VI, p. 44, 2015.

<sup>12</sup> Hernández - Trivisonno, *La suspensión del contrato en el Proyecto de Código*, LL, 2012-E-1067.

### 5.1. La suspensión del contrato frente al incumplimiento total o parcial

El art. 1031, titulado “Suspensión del cumplimiento”, comienza por re-ceptar el supuesto tradicional de la excepción de incumplimiento contractual, según la cual nadie puede reclamar a otro el cumplimiento de una obligación si él mismo no ha cumplido con la obligación recíproca a su cargo. Para ello, se utiliza una fórmula que se aparta del despliegue procesal de la cuestión y se acerca a la lisa y llana expresión del principio del *trait pour trait*, a diferencia del art. 1201 del *CC* de Vélez Sarsfield. Se siguen los lineamientos del art. 7.1.3 de *Unidroit* –en relación con la formulación de la regla y su colocación bajo el título de “Suspensión del cumplimiento”– y del § 320 del *BGB* en lo relativo a cómo opera la suspensión de ser plurisubjetiva la composición de una de las partes del negocio.

El fundamento radica en el nexo de interdependencia que existe entre las obligaciones surgidas de los contratos bilaterales, que implica que una prestación es el presupuesto de la otra <sup>13</sup>. Este nexo se manifiesta no solo en el momento del perfeccionamiento, condicionando el nacimiento de una obligación al de su correspondiente (sinalagma genético), sino también en la fase de ejecución del contrato (sinalagma funcional), sujetando una prestación al cumplimiento simultáneo de la otra. Actualmente y en virtud del vínculo de interdependencia, se sostiene que si las partes no han previsto el orden en que han de ejecutarse las prestaciones, rige el principio de cumplimiento simultáneo, según el cual las mismas deben cumplirse contemporáneamente. Se presupone, entonces, que las partes han querido que el intercambio sucediese en un mismo y solo acto. Aquí se observa el profundo arraigo de la disposición en el principio de buena fe objetiva, dado que no resulta acorde a ella requerir el cumplimiento de la contraparte sin haber cumplido. Sin embargo, señala Alterini, este aspecto del sinalagma funcional se ha ido ampliando permitiendo la suspensión del cumplimiento de las obligaciones no solo en supuestos en que exista simultaneidad, sino también en otras circunstancias que ameritan dicha tutela <sup>14</sup> como luego se verá.

La norma que analizamos tiene la suficiente amplitud para comprender también a la llamada *exceptio non rite adimpleti contractus*, que permite al demandado o requerido abstenerse legítimamente de ejecutar la prestación a su cargo cuando media cumplimiento parcial o defectuoso del actor. Señala Nicolau que el supuesto de hecho aquí descripto es diverso, porque existe cumplimiento, pero el mismo no satisface los principios de identidad e integridad del pago (arts. 868 y 869, *CCCN*) <sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Spota, *La “exceptio non adimpleti contractus”*, *LL*, 17-217 y ss.

<sup>14</sup> Alterini, *Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno*, p. 1172 y ss.; Hernández - Esborraz, *Ciertos efectos de los contratos con prestaciones recíprocas en los Proyectos y Reformas al Código Civil*, *ED*, 156-802 y siguientes.

<sup>15</sup> Nicolau, *Fundamentos de derecho contractual*, Editorial La Ley, p. 343 y ss. 2009.

## 6. NATURALEZA JURÍDICA

Señala Lorenzetti que el fundamento debe situarse en el acreedor. Se trata, señala este autor, de una acción preventiva, que se concede a la parte cumplidora, puesto que no tendría sentido obligarla a seguir cumpliendo cuando es seguro que la parte contraria no lo hará. Nosotros, por nuestro lado, preferimos seguir calificando la figura, en su esencia o naturaleza jurídica, como una medida de autodefensa, criterio este propiciado por la doctrina italiana. En efecto, señala Colagrosso (citado por Mosset Iturraspe 16) que la institución en estudio figura en el repertorio de las medidas de autodefensa privada, con cierto carácter coercitivo, tendientes a salvaguardar el equilibrio contractual.

En términos generales coincidentes, se puede afirmar señala Stiglitz<sup>17</sup> que la excepción de incumplimiento permite a cada contratante defenderse a sí mismo y a esa posibilidad se la enuncia como “autotutela”, siendo coincidente en este sentido prestigiosos juristas italianos<sup>18</sup>. Consiste en que un contratante se abstenga (legítimamente) de cumplir la prestación (la suspenda), si el otro no cumpliera o no ofreciese cumplir simultáneamente la suya<sup>19</sup>. O, dicho de otro modo, es un medio compulsivo de autodefensa para preservar el equilibrio funcional del contrato y tiene como propósito atribuir a la otra parte, el incumplimiento total o parcial o defectuoso de la obligación a su cargo, lo que le permite suspender la prestación debida o el pago de lo adeudado<sup>20</sup>.

Señala Rinesi<sup>21</sup>, que, como defensa del derecho sustancial, ha sido considerada como un requisito de la acción, y como una verdadera defensa del demandado. El derecho del actor, explica siguiendo a Mosset Iturraspe, no es negado, queda subsistente, pero se le opone otro derecho que lo torna total o parcialmente ineficaz.

Se trata –en los hechos– señala Muguillo<sup>22</sup> de un medio de presión que ejerce directamente un contratante contra el otro –con apoyo en la ley– para obligarlo a la ejecución de la obligación. En pocas palabras, “no cumplo si no cumples”, por lo que mi conducta legítima es la de oponerme a ejecutar mi obligación –al menos provisoriamente–, mientras mi reclamante no cumpla o se allane a cumplir. Esta defensa no solo es oponible judicialmente, sino que

<sup>16</sup> Mosset Iturraspe, *Contratos*, Rubinzal Culzoni, p. 433, año 2008.

<sup>17</sup> Stiglitz, R. - Stiglitz, G. - Caramelo Díaz - Rocca, *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, 3ª ed, La Ley T. III, 2015.

<sup>18</sup> Roppo, *Il contratto*, 1977, p. 236; Messineo, *Doctrina general del contrato*, 1948, T. II, Nº 7, p. 431.

<sup>19</sup> CNCom., Sala B, 30/9/98, “Argentina Televisora Color c. Bolla R.”, *JA*, 2002-II, síntesis; CACC Morón, Sala II, 21/2/06, “Paoli A. c. Piñero L.”, *JA*, 2008-I, síntesis.

<sup>20</sup> CNCom., Sala B, 30/9/98, “Argentina Televisora Color c. Bolla R.”, *LL*, 1999-D-625; *DJ*, 1999-3-429.

<sup>21</sup> Rinesi, *Contratos, Parte general*, Editorial Mave, T. I. Corrientes, 1999.

<sup>22</sup> Muguillo, *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, Editorial Astrea, 2016.

también puede serlo extrajudicialmente y es ejercitable tanto contra el incumplimiento de la otra parte como en el supuesto de mal o indebido cumplimiento de ella.

Señala el referido autor que carece de lógica habilitar la suspensión del cumplimiento solo cuando las partes deben cumplir “simultáneamente” sus obligaciones, pues la bilateralidad o reciprocidad puede comprender obligaciones separadas en el tiempo y ello impediría al que ya cumplió una parte de ellas ejercer este derecho, si la prestación de la otra parte no es “simultánea” con la suya. No obstante, alguna jurisprudencia sustentó ese concepto de simultaneidad 23.

## 7. TUTELA PREVENTIVA. SUPUESTOS CONTEMPLADOS POR EL DISPOSITIVO LEGAL

La norma *sub examine*, vinculada a la figura de la suspensión de cumplimiento prevista y regulada por el art. 1032 del CCCN, prevé otros casos de suspensión del contrato, que apuntan a la tutela preventiva de quien los invoca.

Al respecto, se torna necesario analizar el dispositivo legal, para desentrañar el sentido y alcance del mismo.

El art. 1032 del CCCN expresamente reza: “Tutela preventiva. Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”.

Bien señala Lorenzetti que esta norma se vincula con las siguientes figuras con las cuales presenta similitudes: *a*) imposibilidad temporaria (art. 956); *b*) suspensión del cumplimiento (art. 1030). Señala este autor, que también con el deber de prevención del daño (art. 1710). Como lo señalamos, la norma en comentario reconoce expresamente la existencia de otras situaciones de suspensión del contrato, distintas de aquellas que motivan la interposición de la excepción de incumplimiento contractual, pero que se juzgan igualmente merecedoras de tutela jurídica en protección del nexo de reciprocidad existente entre las obligaciones surgidas de los contratos bilaterales. Con ello se explicitan posturas que fueron admitidas por nuestra doctrina, y consentidas por la jurisprudencia antes de la reforma.

Así ocurre, por ejemplo, con la llamada “excepción de caducidad de plazo”, que, como atinadamente apunta Lorenzetti, posibilita al demandado por cumplimiento resistirse a cumplir la propia prestación por hallarse el reclamante en estado de insolvencia, aunque este se encuentre beneficiado por un plazo para el cumplimiento de su obligación.

<sup>23</sup> CNCom., Sala B, 28/10/08, *DJ*, 2009-920.

Otro supuesto de hecho por el cual se faculta expresamente a una de las partes a suspender el cumplimiento de la prestación se admite cuando la contraparte haya “sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir”. La situación descrita por la norma, presenta una suficiente plasticidad que permite abarcar, enseña Lorenzetti cuestiones de hecho tales como pérdidas patrimoniales sufridas por la contraria que le impidan cumplir con la obligación asumida, así como también el caso de fuerza mayor o caso fortuito que imposibiliten temporalmente la ejecución de la obligación a cargo de la otra parte, permitiendo de esta forma conservar al contrato con vida, hasta que dicha imposibilidad desaparezca.

Señala Lorenzetti que el fundamento debe situarse en el acreedor: es una acción preventiva, que se concede a la parte cumplidora, puesto que no tendría sentido obligarla a seguir cumpliendo cuando es seguro que la parte contraria no lo hará.

Una regla de este tipo puede ser vista de dos modos:

- Un derecho del acreedor a anticipar la resolución frente a la amenaza de incumplimiento.
- Un deber del deudor de comportarse de buena fe, en el sentido específico de no poner en riesgo la expectativa de cumplimiento que tiene el acreedor.

Señala Lorenzetti que estos aspectos evidencian que se trata de una acción de tutela preventiva del crédito. El supuesto de hecho activante, no es la lesión como ocurre en la responsabilidad contractual, sino la mera amenaza de lesión, la afectación de una expectativa de cumplimiento o una “amenaza de daño” como dice el propio art. 1039. Para evitar un mal mayor es que se permite desligarse *ante tempus*. La solución tradicional –afirma Lorenzetti– era esperar a que se configure el incumplimiento de una obligación nuclear del contrato (no entrega de las mercaderías o falta de pago de precio), para autorizar al acreedor a constituir la mora y declarar la resolución; luego de ello tiene que hacer un juicio reclamando el pago de los daños y la restitución de lo dado. Coincidimos con dicho autor en que la solución del Código es claramente preventiva.

## 8. FINALIDAD

La doctrina se muestra uniforme y pacífica en sostener que se trata de una figura que tiene por finalidad mantener la relación de nexo de interdependencia de las obligaciones surgidas de un contrato bilateral y asimismo realizar a través de la misma el deber de prevención del daño (art. 1710).

## 9. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Puede plantearse como acción o excepción.

En cualquier caso, el interesado deberá acreditar la concurrencia de los siguientes requisitos que hacen a su procedencia:

a) Que los derechos del contratante sufran una grave amenaza de daño. Se trata de una amenaza grave de daño. Por ello deberá acreditarse, según entiendo, el temor fundado, que permita invocar la referida amenaza y la misma debe ser además grave.

b) La otra parte sufra o haya sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o su solvencia.

Se trata, señala acertadamente Picasso <sup>24</sup>, de situaciones objetivamente verificables que hacen peligrar la posibilidad de cumplimiento de la contraria y que podrían determinar que, en caso de cumplir con la prestación a su cargo, quien invoca la tutela podría sufrir un perjuicio patrimonial.

## 10. SUPUESTOS DE IMPROCEDENCIA DE LA FIGURA

Hemos analizado hasta aquí los distintos supuestos en los que procede la figura en estudio. A partir de ahora analizaremos los supuestos de improcedencia:

1. El otorgamiento de seguridades como mecanismo de remoción de la suspensión.

El último párrafo del art. 1032 del CCCN afirma que la suspensión concluye si el incumplidor brinda seguridades suficientes para la ejecución de las prestaciones a su cargo. Entiendo que quedan aquí sujetas finalmente al prudente arbitrio judicial la amplia gama de seguridades que serán integradas por las distintas garantías personales o reales.

2. La difícil cuestión de la fuerza mayor o del caso fortuito que afectan al propio peticionante.

Señala Lorenzetti que la expresión genérica del párrafo segundo del art. 1031 del CCCN, en cuanto establece que: “La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción”, permite plantear como interrogante, si se ha querido facultar también a una de las partes para suspender el cumplimiento frente a supuestos de fuerza mayor o caso fortuito que imposibiliten temporalmente la ejecución de su propia prestación, permitiendo de esta forma conservar al contrato con vida hasta que dicha imposibilidad desaparezca.

La cuestión, ha dicho el autor citado, ha sido debatida por nuestra doctrina, en una gran medida, como resultado del Proyecto de 1998 que la contemplaba expresamente en el art. 992, inc. c), en cuanto disponía que “Una parte puede suspender su propio cumplimiento (...) Si tiene un impedimento temporario para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas a ella y a su responsabilidad...”. El tiempo dirá qué hermenéutica habrá de prevalecer ahora, aunque seguramente estará ella signada por el juego de los principios generales, en particular los de buena fe, abuso del derecho y conservación del negocio jurídico.

<sup>24</sup> Picasso (dir.), *Código Civil y Comercial Unificado. Comentado*, T. III, Editorial Infojus, Bs. As., 2015.

En ese orden de ideas, señala dicho autor, no puede prescindirse del modo amplio con el cual el legislador ha consagrado el instituto de la suspensión y de la regulación que se dispensa a la imposibilidad temporaria, donde se afirma que: “La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible” (art. 956).

## 11. DISTINTAS ALTERNATIVAS DE POSTULACIÓN PROCESAL

La figura en análisis, dada su amplia formulación normativa, permite su planteo en sede extrajudicial y también su postulación procesal judicial como acción o excepción.

Respecto de su postulación como acción, creemos que el trámite a seguir, sería el del juicio de conocimiento más abreviado, con el correspondiente planteamiento de una medida cautelar, que podría, según el caso, ser una prohibición de innovar o una medida cautelar innovativa, en procura del aval judicial de la suspensión.

Variaran, según la medida cautelar escogida y la jurisdicción ante la cual vaya a plantearse los requisitos de procedencia de misma. También puede plantearse, como una medida autosatisfactiva, que, como es sabido, constituye, al decir del maestro Jorge Peyrano <sup>25</sup>, una expresión privilegiada del proceso urgente.

## 12. SUPUESTOS EN LOS QUE NO PROCEDE LA SUSPENSIÓN DE CUMPLIMIENTO Y EN CAMBIO PROCEDERÍA LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Sabido es que una de las diferencias entre la suspensión y la resolución por incumplimiento, pacíficamente aceptada por la doctrina nacional, está dada por el hecho de que la primera no extingue el vínculo contractual nacido del contrato, en tanto que la resolución si lo extingue.

Así entendidas las cosas, creemos, coincidiendo con Lorenzetti que existen dos supuestos en los cuales la suspensión no procedería, correspondiendo en forma directa la resolución por incumplimiento.

Estos supuestos son: *a)* plazo esencial, y *b)* frustración de la finalidad. Entendemos que, de darse estos dos supuestos, correspondería directamente la resolución, ya que de lo contrario se afectarían los elementos esenciales del contrato, especialmente la causa del mismo.

<sup>25</sup> Peyrano (dir.), *Medidas autosatisfactivas*, Editorial Rubinzal Culzoni, 1999.



### 13. LA UTILIDAD DE LA FIGURA JURÍDICA EN TIEMPOS DE EMERGENCIA SANITARIA

Las dos herramientas que hemos sucintamente analizado, dependiendo de las particularidades del caso, podrían resultar de aplicación, en las circunstancias actuales de emergencia.

La “suspensión de cumplimiento” (art. 1031) autoriza a las partes a suspender el cumplimiento de la propia prestación hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. Esta suspensión puede invocarse en el supuesto de que una de las partes no pueda cumplir por una razón de fuerza mayor definitiva o transitoria. Ello resulta muy claramente del título de la sección: “Suspensión del cumplimiento y fuerza mayor”.

La “tutela preventiva” (art. 1032) legitima a una parte a suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un grave menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o en su solvencia.

Esta “tutela” se inspira en el *anticipatory breach of contract* y podría operar no solo frente a la insolvencia de la contraparte sino también de cara a un menoscabo significativo de su capacidad de cumplir, lo cual abarca situaciones de hecho, así como también hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito que imposibiliten temporalmente la ejecución de la obligación a cargo de la otra parte, permitiendo de esta forma conservar el contrato con vida hasta que dicha imposibilidad desaparezca.

Señala Rivera <sup>26</sup> que estas dos figuras pueden ser aplicadas fructíferamente en la crisis actual. Partiendo de lo obvio, esto es, que tanto la pandemia en sí misma como las medidas gubernamentales constituyen un *casus*, en tanto imprevisible, inevitable, sobreviniente y ajeno a las partes, ambas figuras son una herramienta interesante para los casos de contratos que se ven interferidos por la pandemia y las medidas gubernamentales.

Así, por ejemplo, hay ciertos contratos de locación de obra y de servicios que hoy no pueden cumplirse. Las obras de construcción están paralizadas. Y hay servicios que no pueden prestarse porque no son esenciales o por otras razones; por ejemplo, un contrato de limpieza o de seguridad de un teatro o cine o de cualquier local comercial que no preste un servicio esencial no puede cumplirse porque esos locales están cerrados; entonces el prestador del servicio no puede cumplir con su obligación porque su personal no está autorizado a desplazarse y a su vez el comitente se encontrará impedido de poner a disposición el local. Todo ello transitoriamente. Para resolver estos casos hay que ponderar las disposiciones que el Código Civil y Comercial trae en materia de contrato de obra y servicios, que constituyen el derecho común. Entre ellas merece es-

<sup>26</sup> Rivera, *Los contratos frente a la pandemia, LL*, “Suplemento Contratos y Coronavirus”, ejemplar del 22/4/20.

pecial atención para el caso lo previsto en el art. 1267 que autoriza a rescindir el contrato de obra si no puede cumplirse sin culpa (o sea, que incluye el caso fortuito o fuerza mayor).

Ahora bien; si quien puede lo más puede lo menos, el dueño de la obra o el comitente si es una locación de servicios también puede suspender la ejecución del contrato si la imposibilidad fuera transitoria. Así lo señala la doctrina con relación a la locación de obra, en el cual el efecto de la imposibilidad transitoria es la suspensión del plazo para cumplir con la obra; entendemos que la misma *ratio legis* —que no es otra que facilitar la continuidad del vínculo contractual— debe aplicar a la locación de servicios, permitiendo entonces suspender la vigencia del contrato mientras dure el impedimento. También será necesario considerar, en cada caso, el derecho de excepción que está constituido por las normas de emergencia.

#### 14. EFECTOS DE LA ALTERACIÓN DEL NEGOCIO POR CIRCUNSTANCIAS SOBREVINIENTES. EL DEBER DE RENEGOCIAR EL CONTRATO

El efecto normal de estas situaciones de emergencia es modificar las bases del negocio.

Señala Lorenzetti <sup>27</sup> que la teoría de las bases del negocio jurídico, que comienza a ser elaborada por Oertmann <sup>28</sup>, parte de un criterio voluntarista al firmar la obligatoriedad de la voluntad, pero lo flexibiliza diciendo que ambas partes tienen en cuenta algunas circunstancias al momento de celebrar el contrato. El cambio de esas circunstancias o su desaparición desnaturaliza al acto y por lo tanto lo frustra. Progresivamente se avanza en un criterio más objetivo, en el que las bases que se tienen en cuenta no son solo las existentes al momento de contratar, sino las posteriores, que existen durante la ejecución, sobre todo en los vínculos de larga duración.

Creemos en sentido coincidente con Medina <sup>29</sup>, que, en los tiempos de pandemia, más que recurrir a los tribunales, las partes tienen el deber de renegociar el contrato, ya que lo ideal es la autocomposición del sinalagma alterado por la pandemia y por las resoluciones dictadas para tratar de paliarla. Ello, que está expresamente contemplado en el art. 1011 para los contratos de larga duración, aparece como un principio de derecho vinculado al paradigma de la buena fe.

<sup>27</sup> Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, 3ª ed., Editorial Rubinzal Culzoni, p. 622, 2018.

<sup>28</sup> Oertmann, *Introducción al derecho civil*, trad. de L. Sancho Serra, 1993.

<sup>29</sup> Medina, *Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos ante el COVID-19 Imposibilidad de cumplimiento. Teoría de la imprevisión, frustración del contrato. Locación. Estudio de derecho comparado*, LL, “Suplemento Contratos y Coronavirus”, ejemplar del 22/4/20.

En principio, señala Chaime, las partes deben “activar –en un plazo razonable– un comportamiento tendiente a lograr la recomposición extrajudicial”<sup>30</sup>. Precizando esta idea, se afirma que la cooperación para llegar a una adaptación del contrato importa para las partes los deberes de: *a*) mantener el marco de renegociación establecido en la cláusula; *b*) respetar las otras disposiciones del contrato; *c*) tener en cuenta la práctica prioritaria entre las partes; *d*) procurar un esfuerzo real para alcanzar el acuerdo; *e*) producir información relevante para la adaptación; *f*) mostrar una sincera voluntad de alcanzar un compromiso; *g*) mantener una conducta flexible en las negociaciones; *h*) buscar las soluciones de reajuste más razonables y apropiadas; *i*) hacer concretas y razonables sugerencias para el reajuste, en vez de escuetas declaraciones generales de voluntad; *j*) evitar precipitadas sugerencias de reajuste; *k*) dar las razones apropiadas para justificar las propias sugerencias de reajuste; *l*) obtener ayuda experta en difíciles y complejos procesos de acuerdo; *m*) responder oportunamente las ofertas de reajuste hechas por la contraparte; *n*) hacer esfuerzos para mantener el *price performance* de la relación teniendo en cuenta los parámetros considerados relevantes por las partes; *ñ*) evitar cualquier ventaja injusta o detrimento para la contraparte (la regla «*no profit, no loss*»); *o*) prohibir la creación de estrategias de escalación durante las negociaciones; *p*) evitar cualquier retraso innecesario en el proceso de consenso.

## CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos analizado distintos matices de una de las renovadas herramientas que ofrece el Código Civil y Comercial de la Nación al operador jurídico.

Es importante señalar, siguiendo a Weingarten, que cuando las partes se aproximan para negociar la continuidad o conclusión de un contrato, se inicia un proceso que crea un estado de recíproca confianza y en ese camino se van generando expectativas -a menudo, con cierto grado de dependencia económica-, las cuales acarrearán consecuencias jurídicas, si son frustradas, en orden a los daños causados. De allí que el concepto de contrato es mucho más dinámico y abarcativo; es un proceso destinado al cumplimiento que transita por distintas etapas, conformadas por innumerables deberes que van variando de intensidad y contenido.

Lo que está en juego, en todos los casos, es la protección de la confianza y ella exige, en todos sus tramos, un comportamiento que satisfaga las legítimas expectativas que objetivamente se han suscitado. Señala Orgaz que, "si no se

<sup>30</sup> Chaime, José F., *La adaptación del contrato: el problema de la incompatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento contractual. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*, tesis de Doctorado en Jurisprudencia, Università degli Studi di Roma Tor Vergata, 2010, pp. 275 y 276, cit. por Medina en el trabajo referido en nota 30.

protegera ese derecho expectante, mediante la responsabilidad, la vida práctica de los negocios perdería la seriedad y la lealtad que en derecho debe asegurarse en el juego de las relaciones humanas".

Creemos firmemente que figuras como la suspensión de cumplimiento y la tutela preventiva, que surgen del reconocimiento de la autonomía privada, les otorgan a los sujetos, un rol protagónico en la auto composición de sus relaciones jurídicas y los conflictos derivados de ellas y representan una pauta ordenadora de la conducta debida.

Como señala Lorenzetti <sup>31</sup> la "obra" del contratante es en realidad una recepción en el sentido de Gauss <sup>32</sup>. Como el lenguaje y la partitura musical preexisten al habla y a la ejecución musical, indudablemente el derecho preexiste a la obra contractual.

La creación individual es un momento constitutivo, en tanto recepción o reinterpretación de un *corpus* normativo preexistente. Concretamente: el contratante no crea el derecho, lo recrea, lo concretiza. Ello implica que debe aceptar sus presupuestos y no actuar insularmente. Pero cada figura del derecho contractual, presenta en líneas generales una plasticidad, que el contratante debe moldear en ejercicio de su autonomía privada, adaptándola a las situaciones concretas que el tráfico comercial y la vida de relación le presentan.

Como agudamente ha señalado Sozzo, por esa razón la teoría contractual moderna privilegió el contrato como hecho, como artefacto y se desinteresó por las relaciones sociales que se generan a partir de allí. Señala el maestro Santafecino que este tipo de coyunturas inestables y cambiantes deben ser metabolizadas de manera no traumática. Para ello es necesario un paradigma, es decir, una manera de pensar el problema de la subsistencia de los contratos, que les otorgue plasticidad y posibilidades de renovación y adecuación a las circunstancias sin aumentar los costos de transacción.

Dicho de otra manera, es necesario cambiar nuestra manera de prever lo excepcional: no se trata de preverlo a través de mecanismos de ruptura que ha sido el pensamiento clásico, sino con herramientas que faciliten la continuidad con mayor flexibilidad. Un paradigma jurídico que integre lo excepcional, urgente, la emergencia en una idea de normalidad nueva <sup>33</sup>.

<sup>31</sup> LORENZETTI, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Editorial Rubinzal Culzoni, p. 466, 1995.

<sup>32</sup> GAUSS, *Retrospectiva sulla teoria della ricezione. Ad usum musicae scientiae*, y en *La esperienza musicale*, 1989.

<sup>33</sup> SOZZO, Gonzalo, "Las relaciones contractuales en tiempos de emergencia", *Contratos Resilientes*, Editorial Rubinzal- Culzoni, p. 414, 2020.

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA Y GONZALO PÉREZ PEJICIC  
(DIRS.), *DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA. ESTUDIOS DESDE  
EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*, CIUDAD DE BUENOS AIRES,  
ALDINA, 2017. ISBN 978-987-456259-6-0

Por SANTIAGO DOCAMPO MIÑO

En los últimos tiempos, se escucha más seguido hablar de los derechos de incidencia colectiva. Vamos a recordar que el ser humano tuvo conciencia de su vida colectiva mucho antes de tener conciencia de su vida individual. Esa reunión de voluntades hizo que las personas conformarían una sociedad. Ahora bien, sobre la estructura de un estado de derecho, se comenzaron a regular los derechos subjetivos que se proyectaban sobre un bien determinado, como podría ser el patrimonio, donde existe una persona que es su titular.

Pero con la evolución en el tiempo, se advirtió que existen otros bienes que son indivisibles y muchas veces de uso común, que no pertenecen a la esfera individual sino a toda la sociedad, por lo que el bien afectado es colectivo y no individual. De modo tal que, si bien se regularon protecciones individuales, cuando el ejercicio de aquellos puede afectar gravemente a esos valores superiores se torna necesario fijar un límite al ejercicio de los derechos individuales, para lo cual, en muchos casos, se crea una acción general que toma una posición de preeminencia sobre los mismos.

Podríamos casi afirmar que se establecen límites a los derechos individuales sobre los bienes de incidencia colectiva, porque aquellos se derivan de la función social de los derechos individuales, lo que exige que los mismos sean ejercidos en forma compatible con los derechos de incidencia colectiva, conforme la normativa vigente y el interés público.

No se debe pensar como algo nocivo el poder establecer transversalmente límites a los derechos individuales, porque lo que se busca es la reparación de los bienes colectivos en el ámbito del derecho, en vista a su función social y la multiplicidad de lazos que se generan e interrelacionan con todos los individuos.

Esta protección del derecho no se da solo en el interés legítimo y subjetivo del individuo, sino que se proyecta sobre algunas cuestiones de la vida colectiva, en el juego de los intereses supraindividuales a los que las nuevas concepciones jurídicas intentan alcanzar con un enfoque sistémico e interdisciplinario en las diferentes ramas del Derecho.

Bajo esa línea de pensamiento entiendo que la obra *Derechos de Incidencia Colectiva. Estudios desde el Código Civil y Comercial* busca acercarnos a ese reconocimiento en el campo jurídico que se introdujo en nuestro ordenamiento, dentro del ámbito del derecho privado y más allá de los principios introducidos en la última reforma a la Constitución Nacional. Este trabajo académico de investigación, ahora plasmado en un libro, se comenzó a gestar por el año 2015, cuando Lidia M. R. Garrido Cordobera y Gonzalo Pérez Pejic, hoy directores de la obra participaron en el “Programa de Proyectos de Interés Institucional. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, a instancias de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Por aquel estadio surgieron los diferentes temas que se podrían abordar en vista al reconocimiento que el nuevo Código traía aparejado, al fijarse en el art. 14 que: “En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

Bajo esa tésis, resulta claro resaltar que la labor publicada hace un estudio de la convivencia de ambos derechos (individuales y de incidencia), para lo cual lo interrelacionan con la Constitución Nacional, los tratados y las leyes específicas de la protección dispuesta por el ordenamiento jurídico nacional. Su planificación esta perfectamente equilibrada y dispuesta en dos partes, con un análisis general y uno especial, lo que permite el enfoque en el aspecto universal del conocimiento del tema y en el desarrollo particular de cuatro contenidos centrales.

En su parte general, encontramos el “Panorama de los derechos de incidencia colectiva”, escrito por la Dra. Garrido Cordobera, donde el objetivo es introducirnos en el tema desde las diferentes cuestiones que se plantean, las conceptuales o terminológicas, las de contenido, las posturas doctrinales, con las cita de los diversos autores y las ejemplificaciones en la proyección de la temática abordada, como lo es la cuestión ambiental, la de los consumidores, la colisión con los derechos individuales o los casos de daños colectivos, señalando los legislados y aquellos que aun se encuentran sin regular (vgr. Los derivados por las huelgas y su atribución del factor objetivo).

A continuación, y siguiendo con la parte general, figura el capítulo que nos introduce a la “Convivencia de los derechos individuales y de incidencia colectiva”, desarrollado por Nadia B. Tolosa, quien por medio de este trabajo busca desarticular la pretensión de contraponer a los derechos individuales con los de incidencia colectiva. Para ello, se aborda un estudio de distintos casos nacionales y extranjeros, de los que se abstrae el razonamiento realizado por los tribunales para dar solución a los conflictos, marcando su evolución principalmente en el ámbito del derecho ambiental y su proyección en la búsqueda del equilibrio para construir una regla de aplicación.

Seguimos con la “Definición y subsistencia de los derechos individuales homogéneos en el Código Civil y Comercial”, abordado por Vanina A. Ríos y



María M. Ferreira, quienes señalan que en el actual art. 14° de nuestra codificación no se alude expresamente a esos derechos, pero que tienen reconocimiento jurisprudencial y doctrinario, para lo cual ensayan un camino de interpretación en el desarrollo del concepto de “derechos de incidencia colectiva” como género y que abarca a ambas especies, los mencionados como los bienes indivisibles o sobre los divisibles o derechos individuales homogéneos, con un paso por las tesis desarrolladas sobre su naturaleza.

Para cerrar la parte general, se vislumbra el trabajo realizado sobre “Los derechos individuales homogéneos y la regulación de los procesos colectivos”, cuya realización recayera a cargo de Francisca Baur Noblia, proponiendo un enfoque general de la situación actual de esos derechos a la luz de los procesos colectivos, marcando los aspectos sustanciales e importantes para la proyección de su regulación. La autora toma algunas cuestiones analizadas por nuestro Más Alto Tribunal, como así su reseña como solución provisoria establecida por la Corte en las Acordadas 32/14 y 12/16 en la reglamentación de los procesos colectivos no previsto para casos por fuera de aquellos que han sido legislados como la Defensa del Consumidor o en las Relaciones de Consumo.

Empapados ya en los aspectos generales de estos derechos, su evolución y la situación actual, nos adentramos al desarrollo de trabajos particulares en la parte especial que hacen a su aplicación y desarrollo.

En ese orden, nos encontramos con los “Márgenes colectivos a la autonomía de la voluntad”, labor que recayera en Mariano N. Agnesi, quien plantea la cuestión que se suscita entre el reconocimiento de la autonomía de la voluntad frente a los derechos de incidencia colectiva; para lo cual, va a abordar un trabajo comparativo del articulado de nuestro Código con una aproximación a las nociones que la doctrina tiene sobre la aplicación del orden público como límite y su desafío en la intervención de oficio por aplicación de normas a las que se califica de estatutarias.

Otro tema de interés específico es el “Segundo ensayo sobre la función ecológica de la propiedad privada”, en manos de Gonzalo Perez Pejic. Este trabajo es la continuidad de su “Primer ensayo sobre la función ambiental de la propiedad” en donde emprende la construcción de un nuevo sentido del derecho real. La investigación propuesta se orienta a la defensa de un elemento ecológico intrínseco en tal derecho relacionado con la protección de las áreas silvestres donde habitan los animales no humanos. Así, sostiene la independencia entre aquel componente y el social, ligado a la función social y límites sociales a la propiedad. Para ello toma al derecho comparado señalando distintos precedentes legislativos para bajar esos textos a las fuentes de la doctrina imperante, trasladando ello a la situación reinante en nuestro país. En síntesis, todo el trabajo plasma un estudio sobre la evolución del concepto del derecho real al que debe incorporarse el mencionado elemento ecológico, el cual engloba la función ecológica y los límites ecológicos de la propiedad, escindido del componente social y en jerarquía superior.

En penúltimo lugar, se encuentra un estudio que considero importante en el marco conceptual actual en el que se encuentra la formación académica. Se trata de incorporar a “El derecho al ambiente como contenido transversal de la educación media”, lo que ha sido desarrollado por Juan M. Pagani. Se plantea que, frente a la incorporación de la noción de los derechos de incidencia colectiva al nuevo paradigma ambiental, se debe incorporar su manifestación en los distintos ámbitos de la sociedad. Para ello considera que la escuela debe ser un escenario ineludible como medio para la difusión de su contenido, lo que puede generar la adopción de valores y el compromiso para una eficaz tutela del entorno común, para lo que se propone la adopción de un criterio transversal y multidisciplinario en la incorporación a los planes de estudio, en el caso del nivel medio del sistema educativo. Aborda el tema desde su incorporación a distintas normas a las que va citando y el interés cada vez mayor en su inclusión en las recomendaciones propuestas por organismo internacionales.

Cerrando la editorial del tema, se expone sobre una cuestión muy debatida pero que nunca fue abordada integralmente como son las “Manifestaciones de los derechos de incidencia colectiva en el derecho del trabajo”, a cargo de Martín Morelli. La propuesta del estudio es, más allá de la diferenciación de la estructura jurídica del derecho del trabajo diferenciada del derecho civil, vislumbrar como la incorporación de estos derechos de incidencia colectiva puede o no existir dentro del ámbito del derecho del trabajo. Para ello ensaya un panorama general de los derechos de incidencia colectiva que se manifiestan expresado en la normativa laboral e incluso diferenciando aquellos a los que ya hemos mencionado como derechos de incidencia homogénea, para lo cual, finalmente se ahonda el tema como la cuestión del derecho de huelga. Cierra el estudio con un detalle de precedentes jurisprudenciales del Fuero en los que se visualizan las aplicaciones de tales principios básicos.

Es importante de remarcar que al terminar cada exposición el lector se va a encontrar con el detalle de cada una de las fuentes utilizadas, como material complementario, muy variadas entre sí y para ilustrar los contenidos desarrollados en cada capítulo, con la indicación de documentos, en su mayor caso de carácter científico, relacionados con el tema que se acaba de exponer, lo que denota la amplia fuente de material analizado. También se observa una profusa presencia de notas al pie de página que han sido insertas para poder clarificar el origen de dicho ítem, en caso de considerar su destinatario necesario ahondar el conocimiento que se consigue en esa etapa.

A manera de colofón, entiendo que, en su conjunto, la obra pretende que cualquier persona del mundo del derecho, alumno o egresado tome conocimiento propiamente de los derechos de incidencia colectiva, sus discusiones en la esfera jurídica o posturas frente a su devenir histórico, se forme un acertado criterio jurídico y reflexione acerca de la realidad en las vivencias cotidianas y la realidad del ciudadano normal, destinatario último de la norma, con la esperanza llegar a ser una mejor humanidad.

FEDERICO CHIESA, *LA ASAMBLEA EN EL DERECHO DE PROPIEDAD HORIZONTAL*, HAMMURABI JOSÉ LUIS DEPALMA, 1RA. ED., BUENOS AIRES, 2017. ISBN 978-950-741-807-5

Por GONZALO A. MENDIZÁBAL

El libro ofrece un análisis normativo histórico y actual sobre la figura de la asamblea del sistema de propiedad horizontal, desde tres ángulos diferentes: como *órgano consorcial*, como *acto jurídico* y como *reunión de personas*.

Uno de los puntos iniciales de la obra versa sobre la discusión en torno a si la asamblea es un órgano de mayor importancia que el Administrador. Sobre esta cuestión, si bien el autor considera que aquélla constituye el órgano supremo del sistema, enfatiza la relevancia del administrador en la dinámica consorcial, quien, entre otras atribuciones, debe convocar la asamblea y determinar, según las necesidades, los temarios a tratar por los consorcistas.

Por otra parte, Chiesa describe las facultades de la asamblea de acuerdo con el art. 2058 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyCN). Considera que esta norma supera claramente a su antecedente (art. 10 de la Ley 13.512), al conceptualizar que este órgano es, básicamente, una reunión de propietarios que tiene una serie de facultades, aunque por supuesto, también obligaciones.

Dentro de las atribuciones del administrador, concretamente en materia de despido del encargado del edificio, juzga el autor como un acierto el cambio normativo, pues el art. 2067 inc. f del CCyCN establece que este puede nombrar y despedir al personal, pero con acuerdo de una asamblea de propietarios que hubiera sido específicamente convocada a dichos fines. Recordemos que tal facultad se hallaba, en la ley 13.512, en cabeza del representante legal del consorcio, cuestión que ha generado a lo largo de los años numerosos pleitos judiciales y cuantiosas indemnizaciones que, en definitiva, recaían sobre el patrimonio de los consorcistas.

Tras analizar las facultades de la asamblea, el autor aborda pormenorizadamente sus diversas clases, esto es, la preliminar, primaria, ordinaria y extraordinaria; con especial referencia a estas últimas dos.

Paralelamente, la obra expone el funcionamiento del órgano asambleario. Sobre esta temática, luego de aludir a la mecánica de la convocatoria, valora con acierto la solución legal que impone redactar con precisión y completitud

el temario a tratar (orden del día) —el que debe ser notificado de manera fehaciente a los titulares de unidades funcionales—, ello a fin de que los consorcistas puedan conocer de antemano los asuntos sujetos a votación y evitar eventuales impugnaciones judiciales derivadas del tratamiento de puntos fuera del temario, excepto si están presentes todos los propietarios y acuerdan por unanimidad tratar el tema.

Una de las miradas críticas se centra en la figura de la *autoconvocatoria*, la que, conforme la opinión del autor, conspira contra el derecho que posee cada uno de los titulares de unidades funcionales de conocer con antelación los temas, así como el lugar y fecha exacta de la reunión.

Además, el libro desarrolla pormenorizadamente las mayorías, el quorum, las diversas vicisitudes que rodean la acción de nulidad de la asamblea y la “nueva asamblea judicial”; todo ello analizado tanto en el sistema del CCyCN como en su antecedente normativo, esto es, la derogada ley 13.512.

Para finalizar, es destacable la jurisprudencia incorporada por Chiesa respecto cada tema en particular, como así también el anexo de modelos sobre notificaciones, convocatorias, constancias de actas y demandas; que le brindan a la obra que reseñamos un cariz también práctico y útil para cualquier operador jurídico que se enfrente a diversas problemáticas vinculadas al régimen asambleario del derecho real de propiedad horizontal.

## PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

La *Revista Jurídica de Buenos Aires*, fundada en 1957 bajo la dirección del Dr. Ignacio Winizky, es una publicación bianual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que contiene trabajos de doctrina de juristas del medio local y del extranjero. En los últimos años se ha adoptado la modalidad de publicar números temáticos, bajo la dirección de un/a coordinador/a, que concentran trabajos sobre una determinada área de estudio, sistematizándolos de modo tal que el/la lector/a pueda acceder a distintas visiones al respecto.

Los trabajos presentados para su publicación deben ser originales, inéditos y no pueden postularse simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Además, deben contener aportes de singular relevancia para la disciplina. Las colaboraciones pueden ser artículos, ensayos o reseñas de libros, referidos a temas jurídicos o afines. Se recibirán textos redactados en español, portugués o inglés, o bien traducciones de trabajos escritos en lenguas extranjeras.

## PROCESO DE EVALUACIÓN

Los textos recibidos serán sometidos a evaluación por pares nacionales e internacionales especialistas en la temática, en parte externos a la entidad editora, bajo la modalidad de referato doble ciego: anonimato de autores y examinadores durante el proceso de evaluación.

El proceso de evaluación consta de tres fases:

1. La Dirección y el Consejo Editorial seleccionarán, de acuerdo con los objetivos de la Revista, aquellos trabajos que resultan relevantes y oportunos para ser sometidos a evaluación y para su posible publicación.

2. Los trabajos escogidos serán enviados (bajo anonimato de los/as autores/as) a un/a evaluador/a externo/a experto/a en la temática. Desde la fecha de recepción, el/la evaluador/a tendrá 30 (treinta) días para evaluar el trabajo y devolverlo junto a su dictamen.

Los posibles resultados de la evaluación por pares son:

a) Se recomienda su publicación.

b) Se sugieren revisiones o modificaciones para su eventual publicación posterior.

c) No se recomienda su publicación.

3. Los/as autores/as de los trabajos propuestos recibirán información, de parte de la entidad editora, acerca de los resultados del proceso de evaluación. Los/as autores/as que deban realizar modificaciones las realizarán dentro del lapso fijado por la Dirección de la Revista, quien remitirá al/a la evaluador/a correspondiente el texto modificado para su aceptación o rechazo. Una vez que se devuelva la evaluación a la Dirección, se comunicará a los/as autores/as la decisión respecto de la publicación.

## REQUISITOS Y ENVÍO

1. La entrega de los artículos para el primer número de cada año se realiza en diciembre del año anterior, mientras que la de los artículos destinados al segundo número se realiza en mayo del año en curso. Todos los artículos deben tener relación con la temática específica propuesta para cada número de la *Revista*.

2. Cada número deberá contener una presentación por parte del/de la coordinador/a.

3. Los artículos deben tener como mínimo 6000 palabras y como máximo 10000, sin incluir la bibliografía.

4. Los originales deberán cumplir los requisitos aquí enumerados y observar las pautas de estilo y cualquier consulta que surja deberá remitirse a la Dirección de la Revista o al Departamento de Publicaciones.

5. Los trabajos se presentarán ante la Dirección de la Revista a través del/de la coordinador/a por correo electrónico. El archivo deberá contener, respecto de cada trabajo, los siguientes datos: nombre del artículo, nombre del/de los autor/es, fecha de finalización del documento y fecha de entrega. Los archivos deben estar en una versión actualizada de formato Word, preferentemente en sus últimas versiones.

6. Junto al artículo, los/as autores/as deberán aportar un resumen biográfico que incluya: nombre/s y apellido/s completo/s, profesión, cargo actual, afiliación institucional (con indicación del país y la ciudad donde se radica la institución), nacionalidad, teléfono, dirección postal y electrónica. Cada trabajo que se publique incluirá, al menos, una dirección de e-mail de alguna/o de sus autores/as.

## PAUTAS DE ESTILO

1. El texto debe presentarse en tamaño de página A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, derecho e izquierdo de 3 cm. Debe emplearse fuente Times New Roman, tamaño 12. El interlineado debe ser simple y cada párrafo tendrá una sangría de primera línea de 1 cm. No deben emplearse espacios adicionales antes o después de los párrafos. En las notas a pie de página se colocará sangría de primera línea de 1 cm, se empleará Times New Roman, tamaño 10 y el interlineado será también simple. El texto y las notas deben estar justificados.

2. El **título** del trabajo deberá expresarse en el idioma del artículo, en mayúscula y centrado.

3. Si el artículo presentado es una traducción, esto deberá indicarse en la primera nota al pie con formato símbolo \*, a continuación del título, de acuerdo con la siguiente estructura y completando los datos señalados en el modelo:

\* Publicado originalmente como <título en inglés> en <fuente de donde fue extraído el artículo original>. Traducción al español realizada por <nombre y apellido del/de la traductor/traductora, cargo o profesión, lugar donde estudia o trabaja>.

4. El nombre del autor debe ubicarse debajo del título del artículo, seguido de “Por”, alineado a la derecha y en mayúscula. Allí debe incluirse una nota a pie con formato símbolo \* (o \*\* en caso de contar con la nota del caso del punto 3) donde debe consignarse el cargo o profesión del/de la autor/a y una breve referencia académica indicando cargo docente (si corresponde) e institución. Asimismo, pueden incluirse agradecimientos del/de la autor/a.

5. A continuación debe incluirse un **resumen** del trabajo que no exceda de 250 palabras (en notas y trabajos breves bastará con 100 palabras) y un **listado de cinco palabras clave**. Los títulos “Resumen:” y “Palabras clave:” serán en negrita y su texto en cursiva y ambos con sangría de primera línea de 1 cm. Deberán expresarse en el idioma del artículo.

6. Inmediatamente después, debe colocarse la traducción al inglés del título del artículo en mayúscula, centrado y debajo de este el resumen traducido al inglés (Abstract) junto con las palabras clave (Keywords) con similar pauta de estilo.

7. Las fuentes empleadas deberán especificarse correctamente mediante el empleo de **referencias bibliográficas**, así como en el **listado de bibliografía**. Deberán seguirse las siguientes indicaciones:

7.1. Las citas directas que superen (aproximadamente) los 330 caracteres se escribirán en párrafo aparte, separadas por un espaciado superior y uno inferior del cuerpo, sin interlineado, en tipografía redonda (sin comillas ni cursivas), justificadas y con sangría de 2.5 cm, izquierda y derecha. Las citas directas con menos de 330 caracteres, en cambio, respetarán el formato del cuerpo del texto, consignándose entre comillas y en tipografía redonda.

7.2. Se deberán incluir a pie de página las notas y referencias bibliográficas. Estas deberán realizarse de la siguiente manera: los apellidos del/de la autor/a irá en mayúscula, el nombre en minúscula, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido de la ciudad de publicación (en castellano), la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Si se trata de un artículo, el título irá entre comillas y el nombre de la revista en cursiva. Si se trata del capítulo de un libro colectivo, el título irá en comillas, seguido del apellido y nombre de las/os editores/as del volumen, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido del lugar de publicación, la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Los textos provenientes de páginas web deberán indicar luego del título la indicación de la procedencia y la fecha de última consulta.

A modo de ejemplo:

*Libros*

FOUCAULT, Michel, *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

*Artículos de Revistas*

MUÑOZ BRAVO, Tomás, “Política migratoria en Argentina como respuesta a las crisis económicas y a procesos de integración regional” en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, N° 119, México, UNAM, mayo-agosto de 2014, pp. 87-116.

*Capítulos de libros*

BOTHE, Michael, “The WHO Request”, en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.



*Material de internet*

ZEGVELD, Liesbeth, “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case”, disponible en <<http://www.cicr.org>> (consultado el 4/2/2007).

7.3. Al final del documento se incluirá un listado de bibliografía, incluyendo todas las fuentes consultadas para la elaboración del trabajo presentado, conforme a las pautas de estilo mencionadas.

8. Elementos complementarios:

8.1. Las tablas y figuras deben incluirse en las páginas del texto y numerarse consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.). Deben estar acompañadas por la fuente y el título. Los archivos originales en formato Microsoft Excel o en programas de gráficos deberán enviarse adicionalmente en un archivo digital separado.

8.2. Las fotografías e imágenes deberán cumplir con los requisitos de numeración, fuente y título mencionados. Deberán tener una resolución superior o igual a 300 dpi. Cuando no fueran obra del/de la autor/a del artículo, se requiere que se envíen acompañadas por la autorización de reproducción del titular de los derechos de dichas imágenes.

8.3. En el caso que sea necesario, los elementos complementarios que integran el documento serán entregados en el soporte y tipo de archivo que sea acordado oportunamente con la Dirección de la Revista.

9. Los títulos y subtítulos del texto deben respetar la siguiente jerarquía:

TÍTULO GENERAL (Mayúscula y centrado)

Por NOMBRE AUTOR

**Resumen:**

**Palabras clave:**

TÍTULO GENERAL EN INGLÉS (Mayúscula y centrado)

**Abstract:**

**Keywords:**

INTRODUCCIÓN (Mayúscula y centrado)

1. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

1.1. Subtítulo (*cursiva, sin sangría y en minúscula*)

1.1.1. Título (*cursiva, sin sangría y en minúscula*)

1.1.2. Título (*cursiva, sin sangría y en minúscula*)

2. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

CONCLUSIONES (Si hubiera, mayúscula, centrado)

BIBLIOGRAFÍA (Mayúscula, centrado)

## DERECHOS DE PUBLICACIÓN

El envío de un trabajo para su publicación implica, por parte de su autor/a, la autorización para su reproducción (salvo expresa renuncia), por cualquier medio, soporte y en el momento en el que se considere conveniente por la Revista. Los originales entregados no serán devueltos.

Los/as autores/as, al postular un trabajo para su publicación, ceden todos los derechos de distribución y difusión de los contenidos de los mismos al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA). La recepción de un trabajo para su evaluación no implica asumir un compromiso de publicación.

Para enviar trabajos, realizar consultas sobre las pautas de estilo o acercar sus dudas, puede contactarnos a: [dpublica@derecho.uba.ar](mailto:dpublica@derecho.uba.ar)

## GUIDELINES FOR THE SUBMISSION OF ARTICLES

The “Revista Jurídica de Buenos Aires”, created in 1957 under the direction of Dr. Ignacio Winizky, is a biannual publication of the School of Law of the University of Buenos Aires, which comprises the works of national and foreign scholars. In the last years, each issue —under the direction of different coordinators — has focused on specific subject areas, collecting relevant articles and systematizing them, thus allowing the reader to be familiarised with diverse views.

Works submitted for publication must be original, previously unpublished and not under consideration for publication elsewhere. In addition, they should make a particularly relevant contribution. Articles, essays and book reviews on legal and related issues are welcome. They may be written in Spanish, Portuguese or English. Translations are also considered.

## EVALUATION PROCESS

All works will be subject to double blind peer review conducted by national and international experts in each subject, some of them acting as external reviewers. Authors and reviewers remain anonymous during the evaluation process.

The evaluation process has three stages:

1. The Director and Editorial Board will decide, in accordance with the journal’s objectives, which articles are relevant and appropriate for evaluation and possible publication.
2. The selected articles will be sent — preserving the author’s anonymity — to an external reviewer with expertise in the subject. Since the reception of the article, the reviewer will have 30 (thirty) days to evaluate it and communicate his/her opinion.

The possible results of the peer reviewing process are:

- a) Recommendation of publication.
- b) Suggestion of revisions or modifications for possible publication.
- c) Recommendation of rejection.

3. The author/s of the articles will receive information from the editors on the results of the evaluation process. Those authors who are required to revise or modify the submitted text must comply with the time frame established by the Director of the journal, who will send the modified article to the peer reviewer for its acceptance or rejection. Once the peer reviewer has provided his/her opinion to the Director, the final decision will be informed to the author/s.

## REQUIREMENTS AND SUBMISSION

1. The submission of articles to be published in each year's first issue of the journal will take place in December of the previous year. The submission of articles to be published in the second issue will take place in May. All works must be related to the specific subject area of each issue.

2. Each issue will have a presentation by its coordinator.

3. Articles must have between 6,000 and 10,000 words, without including bibliography.

4. Manuscripts must comply with this list of requirements and with the style guidelines. Any inquiry can be addressed to the Director of the journal or to the Department of Publications.

5. Articles must be submitted to the journal's Director via email to the issue's coordinator. The document must contain the following information: title, author/s' name, date of completion and date of submission. It is recommendable to use the latest versions of Microsoft Word.

6. Along with the manuscript, the author/s must also submit a **short bio** including: name, surname, profession, current position, institutional affiliation (including city and country of the institution), nationality, telephone, address and email. All published works will include the email address of at least one of the authors.

## STYLE GUIDELINES

1. The page size of the document must be A4, with top and bottom margins 2,5 cm and side margins 3 cm. Times New Roman font, size 12 must be used. Single line spacing must be used, and the first line in each paragraph shall have 1 cm indentation. No additional space before or after each paragraph should be included. Footnotes shall also have 1 cm indentation in the first line, employing Times New Roman, size 10, and single line spacing. The text and footnotes must be justified.

2. The article's **title** must be in the language employed in the article, in capital letters and centred.

3. If the submission is a translation, it must be indicated in the first footnote using the symbol \* after the title, and the following structure must be employed, completing the relevant information:

\*Originally published as <title in the original language> in <source of the original piece>. Translation into Spanish/English/Portuguese by <name and surname of the translator, profession or current position, institutional affiliation>.

4. The author/s' name should be centred under the title of the article, after the word "By", aligned to the right and in capital letters. A footnote should be placed there, using the symbol \* (or \*\* in case the piece also includes the footnote mentioned in guideline 3), which must include the author/s' current position or profession and a brief academic reference, including current academic position (if any) and institutional affiliation. Acknowledgments may be included there.

5. Afterwards, an **abstract** of no more than 250 words (in the case of short articles, abstracts can be of 100 words) and **five keywords** must be included. The titles "Abstract" and "Keywords" must be in **bold** and the text of the sections in *italics*. Both sections must use 1 cm indentation in the first line. They shall be in the language employed in the article.

6. Immediately after, the piece shall include a translation into Spanish of the article's title, in capital letters and centred. Underneath, the abstract and the keywords should be translated into Spanish, employing the same style guidelines as in the original language.

7. The sources employed for the article must be correctly included in **bibliographical references** and in the **list of bibliography**. The following indications are to be followed:

7.1. Direct Quotations that are 330 characters or more must be included in a new paragraph, separated by double space from the previous and following text of the main body. It shall use single line spacing, be written in normal font (without quotation marks nor italics), justified, and with 2.5 cm left and right indentation. Direct quotations under 330 characters will have the same format as the main body, with quotation marks and without italics.

7.2. Notes and bibliographical references must be included as footnotes. Bibliographical references must include, in the following order: surname of the author/s in capital letters, name in lower case letters, book titles in italics without quotation marks, city of publication (in Spanish), editorial house, year of publication, page number/s. If it is an article, the title will be between quotation marks and the name of the journal in italics. If it is a book by multiple authors,

the title of the chapter will be between quotation marks, followed by surname and name of the volume's editors, book title using italics without quotation marks, followed by city of publication, editorial house, year of publication, and page number/s. When citing articles from websites, the domain and date of last access shall be included after the title.

For example:

*Books*

FOUCAULT, Michel. *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

*Articles in Journal*

MUÑOZ BRAVO, Tomás "Política migratoria en Argentina como respuesta a Las crisis económicas y a procesos de integración regional" en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, num. 119, México, UNAM, may.-aug. 2014, pp. 87-116.

*Book Chapters*

BOTHE, Michael. "The WHO Request", in BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

*Websites*

ZEGVELD, Liesbeth. "The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case", available at <<http://www.cicr.org>> (last access 4-02-2007).

7.3. At the end of the document, a list of bibliography shall be included, listing all sources consulted for the drafting of the article, in accordance with the aforementioned style guidelines.

8. Additional elements:

8.1. Tables and figures must be included within the text and be consecutively numbered (figure 1, chart 1, etc.). They must be accompanied by their source and title. Original files in Microsoft Excel format or graphics programs should also be sent as separate digital files.

8.2. Photographs and images must comply with the same requirements and have a resolution of 300 dpi or higher. When they do not belong to the

author of the article, an authorization for its reproduction by the rights holder is required.

8.3. If necessary, additional elements which are a part of the document will be submitted in the format agreed upon with the Director of the journal.

9. Titles and subtitles must respect the following format:

TITLE (Capital letters and centred)

By NAME OF AUTHOR/S

**Abstract:**

**Keywords:**

TITLE IN SPANISH (Capital letters and centred)

**Resumen:**

**Palabras clave:**

INTRODUCTION (Capital letters and centred)

1. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

*1.1. Heading* (italics, no indentation, lower case letters)

*1.1.1. Heading* (italics, no indentation, lower case letters)

*1.1.2. Heading* (italics, no indentation, lower case letters)

2. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

CONCLUSIONS (If any, in capital letters and centred)

BIBLIOGRAPHY (Capital letters and centred)

## PUBLICATION RIGHTS

The submission of a manuscript for publication entails the author/s' authorization to reproduce it in any media or form, whenever the journal considers it appropriate, except in the case of express withdrawal.

By submitting an article for publication, the author/s assign/s all the rights of distribution and public display of its contents to the Department of Publications of the School of Law of the University of Buenos Aires. The reception of a manuscript does not entail any publication commitment.

For further information, inquiries and to submit manuscripts, please contact us: [dpublica@derecho.uba.ar](mailto:dpublica@derecho.uba.ar).

