

DERECHO A LA PAZ EN LAS
RELACIONES DE VECINDAD
*RENATA GOMES NUNES**



RIGHT TO PEACE IN NEIGHBORLY RELATIONS

RESUMEN

El propósito de este estudio es establecer una conexión entre la paz, los derechos de vecindad y el abuso de derecho en este caso afectaría a la paz, la salud y/o la seguridad de la comunidad en que vivimos. Estudiaremos la obra de IMMANUEL KANT, titulado *La paz perpetua* y partiremos para un análisis detallado sobre este elemento de armonía, elevado a derecho fundamental de la quinta dimensión por uno de los más venerados constitucionalistas brasileño, PAULO BONAVIDES. Demostraremos como la paz está incrustada en el sistema legal de Argentina y, más profundamente, en la doctrina dogmática de Brasil. Estudiaremos la casuística, verificando cómo los conflictos de vecindad son resueltos delante de un caso concreto, teniendo como parámetro el fallo del Tribunal Superior de Justicia y las más recientes y notables decisiones proferidas por el Tribunal de Justicia del Estado de Goiás que enfrentaron demandas como embargo de la construcción cuando causa daño a los residentes, la contaminación acústica, las empresas con actividades de alto riesgo en el barrio y el discusión que se produce sobre los animales en el condominio. Finalmente, discutiremos *en passant* el problema de los fumadores y su situación en Brasil y Estados Unidos de América.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la paz; Derechos de vecindad; Abuso de derecho.

* RENATA GOMES NUNES es brasileña, asistente ejecutiva del desembargador FAUSTO MOREIRA DINIZ del Tribunal de Justicia del Estado de Goiás, alumna regular de los cursos de doctorado en la Universidad de Buenos Aires, posgrada en Derecho Procesal de la Universidad de Río Verde (FESURV) y en Derecho Civil por la Universidad Cândido Mendes (UCAM). Autora de varios artículos jurídicos publicados en la Revista Consulex.

ABSTRACT

The purpose of this study is to establish a connection between peace, neighborhood rights and abuse of law in this case when affect the peace, health and/or safety of the community in which we live. We will study the work of IMMANUEL KANT, entitled *Perpetual peace* and then leave for a detailed analysis on this element of harmony, the higher the fundamental right of the 5th dimension by one of the most revered constitutional Brazilian, PAULO BONAVIDES. We will demonstrate how peace is embedded in the legal system in Argentina and, more profoundly, in the dogmatic doctrine of Brazil. We will study the casuistry, seeing how conflicts are resolved before a real case, taking as a parameter of the trial High Court and the most notable recent decisions by the Court of the State of Goiás who faced causes as construction embargo that causes harm to residents, noise pollution, high-risk business of the neighborhood and the uproar that is brought about animals in condominium. Finally, we will discuss *en passant* the problem of smokers and their situation in Brazil and the United States of America.

KEYWORDS: Law of peace, Rights neighborhood, Abuse law.

Fecha de presentación: 15 de mayo de 2011. Revisión: 2 de julio de 2011. Fecha de aceptación: 3 de septiembre de 2011.



INTRODUCCIÓN

La conquista de tener una convivencia pacífica y armoniosa depende de un esfuerzo colectivo, organizado y permanente, que debería basarse en el respeto de la sociedad del barrio donde vivimos, ciudad, país y el mundo.

Partiendo de la premisa de que ningún hombre es una isla y, por su naturaleza, nació para vivir en sociedad, creemos que la búsqueda y el deseo de conquistar una serenidad perenne es ideal al anhelo del alma humana que se alcanza en las relaciones tanto macroscópicas como microscópicas, que sigue desde las fronteras de una nación, en el intercambio de los diferentes pueblos y culturas, hasta la convivencia entre vecinos, cuyos territorios son definidos por simples paredes de hormigón, alambres o cercas vivas.

Por lo tanto, el objetivo de este estudio es establecer una conexión entre la paz, derecho natural de los pueblos, erigida en el derecho fundamental de la quinta dimensión por PAULO BONAVIDES, combinándola con los derechos de vecindad, así como el tan criticado abuso en el ejercicio de cualquier derecho que afecta a la paz, la salud y/o a la seguridad de la sociedad que comparte el mismo espacio físico.

LA PAZ PERPETUA (DE IMMANUEL KANT)

Hace más de doscientos años, IMMANUEL KANT, el famoso filósofo prusiano, ya consideraba la paz como un elemento esencial a prevalecer en las relaciones humanas. En su magnífica obra titulada *La paz perpetua*, escrita en 1795, KANT se basa sus líneas con el objetivo de demostrar cómo lograrla y atribuye a un organismo responsable de promover la unión entre las naciones, que hoy incumbe a la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

En términos de gobierno, KANT define a los supuestos básicos para conquistar esta etapa de establecimiento de la paz, a saber, el gobierno republicano, la libertad de pensamiento para los ciudadanos y el respeto a la autonomía de las federaciones.

En la primera sección de su libro, que contiene los artículos preliminares para la paz perpetua entre los estados, el conocido filósofo decreta: “ningún tratado de paz debe ser tomado como tal si se ha hecho con la reserva secreta de materia para una futura guerra”.

KANT explica que

las *reservatio mentalis* antiguas que pueden ser reclamadas en el futuro, de la que ninguna de las partes se menciona, por ahora, porque ambas están demasiado cansadas para continuar la guerra por la mala intención de aprovechar la primera oportunidad favorable para este fin, pertenece la casuística jesuítica y se encuentra abajo de la dignidad de los regentes, así como deferencia a dichas deducciones es inferior a la dignidad de un ministro, cuando se juzga la cosa como es en sí misma¹.

En otras palabras, el noble pensador pone al descubierto la reserva mental y la repudia cuando guardada en sí cualquier intención perjudicial y contraria a la paz. Analizando la actualidad de la obra de KANT, la visión de una época marcada por las guerras en el siglo xx, y por el alto grado de violencia que todavía vemos en el siglo xxi, podemos comprender el alcance de su tercero mandamiento, que se describe de la siguiente manera: “3. *El derecho cosmopolita debe limitarse a las condiciones de hospitalidad universal*”.

1 IMMANUEL KANT. *À Paz Perpétua*, MARCO ZINGANO (trad.), Porto Alegre, L&PM, 2008, p. 14.

El pensador discurre sobre el derecho de hospitalidad, es decir, el derecho de un extranjero no ser tratado con hostilidad cuando de su llegada a la tierra de otro, si se comporta de forma pacífica. Predica que no existe el derecho de hospitalidad que pueda reclamar (para lo que sería requerido un contrato caritativo particular para hacerlo huésped por cierto tiempo), pero un derecho de visita que asiste a todos los hombres, de ofrecerse a la sociedad en virtud del derecho de la posesión comunitaria de la superficie de la Tierra, sobre la cual mientras esférica, no pueden dispensarse hacia el infinito, pero tienen finalmente que tolerarse los unos a los otros, y nadie tiene más derecho que otro a estar en una lugar de la Tierra.

MARIA WALKÍRIA DE FARO COELHO GUEDES CABRAL² señala en la obra de KANT que el acto de hostilidad está presente en el acto de derecho de hospitalidad. Incluso si el espacio sea limitado, los individuos deben comportarse de manera pacífica con el objetivo de lograr la paz de la interacción mutua. La relación entre las personas está en la construcción de los derechos de cada uno, siendo indispensable para la comprensión del derecho político universal de manera a garantizar las condiciones necesarias para que tengamos una hospitalidad generalizada.

LA PAZ COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE QUINTA GENERACIÓN

Así, el actual Constitución Federal de Brasil describe una lista ilustrativa de los derechos individuales colectivos, que pueden ser expresos o que se originan del régimen y los principios adoptados por la Constitución, o aún, que se deriven de los tratados y convenios internacionales de que Brasil es parte, como enseña PEDRO LENZA.

Con este objetivo, la teoría de KAREL VASAK identificó al derecho de paz como un derecho fundamental de la tercera dimensión, junto con los derechos del desarrollo, medio ambiente, la propiedad del patrimonio común de la humanidad y comunicación, que se refiere a la tras-individualidad que trasciende a los intereses del individuo y em-

2 [http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume7/arquivos_pdf/sumario/maria_walkiria_cabral.pdf].

piezan a preocuparse con la protección del género humano, con una concentración muy alta de humanismo y universalidad.

Sin embargo, el constitucionalista de renombre PAULO BONAVIDES³ da un trato especial al derecho de la paz. Considera que debe ser elevado a una dimensión autónoma, afirmando ser la paz el axioma de la democracia participativa, o, aún, supremo derecho de la humanidad, razón por la cual el sabio doctrinador la clasifica como un derecho fundamental de la quinta dimensión.

BONAVIDES, al poner la paz en la lista del derechos de fraternidad, considera que KAREL VASAK lo habría hecho de manera tan incompleta y vacía por no haber desarrollado las razones que la elevan la categoría de norma, especialmente aquellas que le confieren relevancia por la necesidad de caracterizar y encabezar y polarizar toda una nueva generación de los derechos fundamentales tal como era necesario hacer, y BONAVIDES afirma él no ha hecho.

Sigue el sabio doctrinador resaltando que el derecho a la paz cayó en el olvido injusto por obra, tal vez, de la mención ligera, superficial, un tanto vaga, perdida entre los derechos de tercera dimensión.

Tocante a la normalización de la paz, BONAVIDES señala el contenido de la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz, contenida en la Resolución n.º 39 de la ONU, del 12 de noviembre de 1984, en que proclama solemnemente que los pueblos de nuestro planeta tienen un derecho sagrado a la paz y esta es una obligación fundamental de todo Estado. Discurre que el nuevo Estado de Derecho de las cinco generaciones de derechos fundamentales (1. Los derechos de libertad, derechos civiles y políticos; 2. Los derechos de la igualdad social, los cuales circunscriben en la esfera programática estatal; 3. Los derechos de la fraternidad, o sea, desarrollo, medio ambiente, la propiedad del patrimonio común de la humanidad, comunicación; 4. La democracia, la información y el pluralismo; 5. Derecho a la paz) vienen a coronar, por lo tanto, a aquél espíritu de humanismo que, en el perímetro de la legalidad, habita en las regiones sociales y sobrepasa el derecho en todas sus dimensiones.

3 PAULO BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*, 26.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011, pp. 580 a 593.

Por esto, BONAVIDES puntúa que la dignidad jurídica de la paz se deriva del reconocimiento universal que se le debe mientras presupuesto cualitativo de la convivencia humana, elemento de conservación de las especies, reino de seguridad de los derechos. Para él, esta dignidad sólo se logra, en términos constitucionales, mediante la elevación autónoma y paradigmática de la paz a derecho de la quinta generación.

BONAVIDES entonces se pregunta cómo sería la entronización de la paz en este nivel, contestando él mismo que sería a través de la colocación de la misma en las declaraciones de derechos, en las cláusulas de las constituciones (recuerda aquí que nuestra Constitución de la República la insirió en el inciso IV, del art. 4.º)⁴, en la enseñanza de Derecho Constitucional, hasta que aceptan su condición de derecho fundamental de la quinta generación.

Al tratar de la legitimidad y la ética como elementos de pre-comprensión de la paz, el doctrinador asevera que, desde algunas décadas, la axiología de la justicia es el portal de la legitimidad, teniendo en cuenta su grado normativo superior al de la legalidad.

Considera él, la ética, cemento que hace fuerte la paz en la relación política de los pueblos dirigida a la construcción de un mundo fraterno.

Así, el Derecho, la Nación y la República representan conceptos a los cuales se une, indivisible, el concepto de la ética. Las personalidades que la historia verdaderamente consagra, inmortaliza y engrandece, con indisputable legitimidad, desde SÓCRATES y CRISTO, al curso de los siglos, son aquellas cuya reputación es siempre una página ética, estampada en la conciencia humana, eternizada en el ejemplo de los valores, fortalecida en la energía de los principios, contemplada en la belleza de las virtudes, y especialmente, escrita en la ley moral escrita por donde se emparejan pueblo y naciones para acoger en el corazón la libertad, la paz y la democracia.

En las reflexiones desarrolladas por ocasión de una conferencia pronunciada en el Segundo Congreso Iberoamericano de Estudios Constitucionales, que tuvo lugar en Fortaleza-Ce, en abril de 2008 y registrada por FURTADO y MENDES⁵, BONAVIDES literalmente dice:

4 Artículo 4.º: la República Federativa del Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: IV - Defensa de la paz.

5 [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/02_335.pdf].

Estuario de aspiraciones colectivas de muchos siglos, la paz es el corolario de todas las justificaciones en que la razón humana, bajo el palio de la ley y de la justicia, fundamenta el acto de gobernar la sociedad, de manera a punir al terrorista, juzgar al criminoso de guerra, encarcelar a los torturadores, mantener intacta las bases del contrato social, establecer y conservar, por las normas intangibles, los principios y cláusulas de la comunión política. Así, el derecho a la paz es el derecho natural de los pueblos, el cual estuvo en estado natural el “contractualismo” de ROUSSEAU, o que quedó implícito como dogma en la paz perpetua de KANT. Su vocación es la de erigirse en el ámbito del derecho constitucional del género humano, mientras la paz en la dimensión perpetua, siguiendo el modelo de KANT. La paz como carácter universal y que agrega a la sociedad, armonizando etnias de todas las culturas y sistemas, creencias y fe cuyo respeto y preservación se imponen por cuenta del primado mayor de la dignidad de la persona humana. De esta forma, aquél que perturba a la referida paz, agrediéndola o negándola estará cometiendo un crimen contra la propia sociedad humana. El Estado que delinquir o escoriar la paz deberá responder ante el tribunal de las naciones y en el futuro ante el tribunal de la historia. El derecho a la paz ya está “positivizado” en nuestro ordenamiento jurídico, en el inciso IV, artículo 4.º de la Carta de la República, siendo un principio que tiene la misma fuerza normativa de los derechos fundamentales. Lo que hace falta ahora es sólo universalizarlo, insertarlo en todas las constituciones. De esta forma, así como otrora fuera requerido el derecho a la igualdad, a la moralidad administrativa, a la ética en las relaciones políticas, a la democracia en el ejercicio del poder, ahora es tiempo de requerir el derecho a la paz, tanto a nivel internacional y colectivo, tanto a nivel individual.

Aún en la explicación hecha en el citado Congreso, FURTADO y MENDES relatan el arremate de BONAVIDES:

En el mundo globalizado de la unipolaridad, de las economías desnacionalizadas y de las soberanías relativizadas y de los poderes constitucionales no respetados, o nos quedamos con la fuerza de derecho o con el derecho de la fuerza. No hay más alternativa. La primera nos liberta, la segunda nos esclaviza. Una es la libertad, la otra, es la prisión; aquella es RUI BARBOSA en Haya, esta es BUSH en Washington y Guantánamo; allí se abogan la Constitución y la soberanía, aquí se canonizan la fuerza y el arbitrio, la maldad y la capitulación.

Así resta elevada la paz al grado de derecho fundamental de la quinta generación o dimensión. FURTADO y MENDES destacan que lo que antes era un concepto filosófico es ahora un concepto jurídico, tanto más jurídico como mayor sea la fuerza “principiológica” de su recepción en las constituciones. Es la paz que equipa a la democracia,

mientras la guerra es administrada por la dictadura. Si de un lado la paz construye valores, de otro la guerra va a destruirlos. La paz es siempre jurídica, mientras la guerra es siempre criminosa. Es el poder constituyente moral hodierno que, reconociendo a la paz, crea un nuevo derecho que garantiza la sobrevivencia del hombre en el planeta de las armas nucleares y la explosión tecnológica, como revela BONAVIDES. Así, es la paz el gran axioma de la democracia participativa y el supremo derecho de la humanidad.

LA PAZ EN LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA

Podemos verificar la paz de forma evidente en la actual Constitución de la Nación Argentina, por ejemplo, que trae expreso en su preámbulo el objetivo de consolidarla, entre otros objetivos. Para esta nación, como destaca SUSANA G. CAYUSO⁶:

el texto del Preámbulo constituye una auténtica declaración de principios a través de la enunciación de objetivos generales, para el logro de los cuales es necesaria una clara voluntad institucional y la determinación de un núcleo fuerte de políticas públicas capaces de mantenerse y trascender a los gobiernos.

DOMINGO FAUTINO SARMIENTO, al referirse al Preámbulo de la Nación Argentina manifiesta:

... es no sólo parte de la ley fundamental, sino también la pauta y piedra de toque, para la resolución de los casos dudosos, conformando su interpretación y práctica con los fines para que fueron adoptados las subsiguientes disposiciones y el espíritu que prevaleció en su adopción...⁷.

Se nota como la nación Argentina ya atiende al postulado constitucional de derecho a la paz, en perfecta observancia al que idealiza PAULO BONAVIDES.

6 SUSANA G. CAYUSO y VERÓNICA IENTILLE (coord.). *Constitución de la Nación Argentina. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 23.

7 *Ibíd.*, p. 27.

CENTROS DE PACIFICACIÓN SOCIAL EN BRASIL

Como visto, la Constitución de la República Federativa del Brasil establece la defensa de la paz como un principio para nortear las relaciones internacionales (art. 4.º). En las relaciones internas de la federación brasileña, por su vez, ella dejó de ser un mero idealismo político.

Orientada a la aplicación de una cultura de la conciliación en el ámbito del Poder Judicial, así como para evitar demandas se crearon los Centros para la Paz Social –CPS–, que también objetivan fomentar la ciudadanía activa, y también garantizan el bienestar colectivo y la protección el medio ambiente.

En ligeras palabras, se puede decir que la instalación de referidos CPS sigue en el cumplimiento de la Recomendación n.º 8, 27 de febrero de 2007, el Consejo Nacional de Justicia –CNJ–, que prevé la planificación y ejecución de acciones orientadas a dar la continuidad al Movimiento por la Conciliación, la posibilidad de dar una mayor efectividad a la entrega de la prestación jurisdiccional a los que recurran al Poder Judicial y se promueva la difusión de la cultura de la reconciliación.

Las estadísticas muestran el éxito del proyecto. Se llegan a alcanzar acuerdos judiciales hasta en un 80% de los casos. Y, con la cooperación de los magistrados de las diversas comarcas del Estado, junto con el Corregidor General de Justicia y con la participación de voluntarios y servidores, es que este proyecto gana fuerzas, dejando la aplicación de la paz existir sólo en el papel. Convengamos que es el propio derecho fundamental aplicado en la práctica.

DERECHO DE VECINDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

Delante de todo este enredo, veamos como el derecho a la paz es tenida como fundamento de concordia en las relaciones de vecindad.

Derecho de vecindad y su relación con la propiedad

Entrando en el contenido del ordenamiento jurídico brasileño, el Código Civil de 2002 establece en el artículo 1.228 que el propietario tiene la facultad de usar, gozar y disponer de la cosa.

Al tratar del uso anormal de la propiedad, contextualizado en el derecho de vecindad, el mismo diploma legal pontifica en el artículo 1.277 el derecho que el propietario posee de eliminar las interferencias perjudiciales a la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes, causada por la utilización nociva de propiedad vecina. Sin embargo, la norma también establece que las interferencias son prohibidas considerándose los límites ordinarios de tolerancia de los residentes del barrio.

Así, el ordenamiento jurídico preconiza lo que llamamos de sistema “S” de los derechos de vecindad: Seguridad, Salud y Sosiego.

Sin embargo, conjugando estos tres preceptos para una buena convivencia, impone observancia a las restricciones en interés de la comunidad, como destaca la abalzada lección de SILVIO DE SALVO VENOSA⁸:

Es inevitable que en el ejercicio del derecho de propiedad, por más amplio que sea su ámbito, existen restricciones y limitaciones fundadas en los intereses de orden pública y privada. No bastase el interés social descrito constitucionalmente en torno de la propiedad, la coexistencia entre varios edificios cercanos, la vecindad, la colectividad, la disciplina urbana traducen parte de estas restricciones.

“Vecino”, en palabras estrictas del *Diccionario Aurelio*, denota uno que está cerca, vecinal, limítrofe, confinante. Sin embargo, “vecindad”, en derecho, no debe confundirse con la simple contigüidad de los edificios. En el ámbito de aplicación de esta disposición, como Venosa enseña,

el núcleo de los vecinos, [...] puede ser más o menos amplia. El espectro de personas afectadas por el estorbo a la vecindad variará dependiendo de la naturaleza del disturbio: sonoro, edilicio, de comportamiento, etc. El simple comportamiento personal de un vecino puede causar daños en la vecindad. [...] Debe ser considerado vecino el edificio más o menos lejos atingido por la perturbación.

VENOSA sigue en su raciocinio discurriendo que no siempre las per-

8 SILVIO DE SALVO VENOSA. *Direito civil: direitos reais*, vol. 5, 9.ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 277.

turbaciones a la vecindad tienen materialidad o percepción visible. La perturbación puede ser olfativa o auditiva: exceso de ruido, emisión de gases de efecto contaminante, serían ejemplos patentes. Por el lado de la víctima, no excluye también la posibilidad de indemnización exclusivamente moral, consecuencia inmaterial igualmente posible oriunda del uso indebido de la propiedad.

Además, el noble doctrinador destaca que las reglas fundamentales de vecindad independen de la existencia de leyes especiales. Así como en el estudio de los condominios de edificios y situaciones similares, serán siempre reclutadas las normas generales de vecindad, no sólo para integrar el ordenamiento del condominio, pero también para suplir eventuales omisiones. La colisión de los derechos de condominio ordinario o de los edificios, no se desvincula del concepto de conflictos de vecindad. La vecindad es mucho más estrecha en los condominios en planos horizontales.

De las acciones judiciales

Conviene puntuar sobre la medida judicial adecuada para el individuo hacer valer sus derechos a la paz, a la salud y a la seguridad en su barrio.

La acción por *daño infecto* tiene su previsión en el artículo 1.280 del Código Civil de 2002 y naturaleza preventiva y la finalidad de obligar al vecino a presta caución de daño recelado o inminente por el malo uso o uso abusivo de su propiedad⁹. También es apropiada para hacer cesar la contaminación sonora, a través de fijación de límites para el ruido, comprobado por el laudo pericial¹⁰. Sin embargo, no es apropiada para buscar reparación de daños ya ocurridos o concretizados, siendo adecuada la acción ordinaria de indemnización.

Al comentar el precepto legal en estudio, THEOTÔNIO NEGRÃO¹¹ nortea que para ejercer este derecho, el propietario o poseedor tiene a su disposición la acción de *daño infecto*, la cual se difiere de la acción de *anunciación de obra nueva*, prevista en lo artículo 934 del Código

9 Tribunal de Alzada de Minas Gerais. Apelación Civil 352973-2, de 7.03.2002, 7.ª Cámara Civil, Relator Desembargador: JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ.

10 Tribunal de Justicia de São Paulo. Apelación Civil 801.141-0/0, 8.05.2006, 26.ª Cámara de Derecho Privado, Relator Desembargador: VIANNA COTRIM.

11 THEOTÔNIO NEGRÃO. *Código civil y legislación en vigor*, 29.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

de Procedimiento Civil Brasileño¹², por el hecho de que aquella se refiere a los edificios ya construidos, aunque esta se refiere a las obras en construcción o a ser construidas.

Debemos acentuar la importancia del uso correcto de la medida judicial a ser utilizada delante de un caso concreto, tiendo en vista atender las condiciones de la acción, más específicamente el interés procesal, en la modalidad adecuación, sin lo cual la postulación en juicio no prosigue.

EL ABUSO DE DERECHO

Es cierto que cada ser tiene su libertad en el uso y gozo de su espacio particular. Pero no se puede olvidar que el abuso en este derecho, al lado del acto ilícito, también puede llevar al perjuicio y, por consecuencia, a la responsabilidad civil.

Así, para ejercer un derecho, su titular debe de hacerlo de tal forma que ese ejercicio no perjudique los derechos de otros. Por lo tanto, rememoremos el contenido del inciso IV de la Declaración Universal del Hombre y del Ciudadanos: “la libertad consiste en poder hacer todo cuanto no incomode al próximo”.

El eminente Juez de Derecho, SEBASTIÃO JOSÉ DE ASSIS NETO¹³ enseña que:

se alguien ejerce el derecho de propiedad que tiene sobre un inmueble, por ejemplo, ejercita derecho de que es legítimamente titular. Se, todavía, en el ejercicio de este derecho, realiza construcciones sólo con la intención de perjudicar uno adversario suyo, como en la obstrucción de un pasaje de luz, sin que esto le traiga cualquier provecho económico o social, se caracteriza el abuso en el ejercicio del derecho, lo cual debe ser rechazado por la ley con medidas preventivas (que hagan cesar el abuso) y represivas (que obliguen el transgresor al resarcimiento de daño oriundo de la práctica).

12 Artículo 934. Compete esta acción [de anunciación de obra nueva]: I. Al propietario o poseedor, a fin de impedir que la edificación de obra nueva en inmueble vecino le perjudique el edificio, sus sujeciones a que es destinado; II. Al condómino, para impedir que el copropietario ejecute alguna obra con perjuicio o alteración de la cosa común; III. Al Municipio, a fin de impedir que el particular construya en contravención de la ley, del reglamento o de postura.

13 SEBASTIÃO JOSÉ ASSIS NETO. *Curso básico de direito civil*, vol. I, Parte General, Niterói, TJ, Ímpetus, 2009.

Como es conocido por todos, la teoría del abuso de derecho fue combatida por mucho tiempo, principalmente porque en la expresión parecía haber una contradicción terminológica: “¡se hay derecho, no existe abuso!”. Por lo tanto, siempre que el ejercicio del derecho sea disonante de su finalidad económico-social, de la buena fe o de las buenas costumbres, el derecho debe combatirlo.

Interesante es lo que anotaba CAIO MÁRIO PEREIRA DA SILVA¹⁴ en su Exposición de Motivos para el entonces anteproyecto del Código de Obligaciones:

El abuso de derecho se tornó hoy, después de vencer la lucha capitaneada por MARCEL PLANIOL, idea triunfante. El condicionamiento del ejercicio de los derechos a la idea de una limitación se tornó indispensable a la paz y la armonía social. En épocas de extremo individualismo, como fue el período clásico del Derecho Romano, o la exacerbación de la economía del siglo pasado, no se cogitaba de frenar los egoísmos. Cada uno podría llevar a las últimas consecuencias la manifestación de sus facultades. Es preciso, sin embargo, atentar en que el orden jurídico no las concede al hombre para la satisfacción ilimitada de su gozo; lo que él tiene en vista es la coexistencia pacífica. Y para la obtener hay de fijar frontera a la utilización de los derechos subjetivos.

En la práctica, se verifica el abuso de derecho cuando: i) un acto practicado sólo con la intención de lesionar el tercero (oriundos, en general, de sentimientos emulativos, o de rivalidad), ii) la ausencia de interés económico serio y legítimo en el acto, iii) el ejercicio de ese interés, a pesar de serio y legítimo, fuera de los parámetros de su finalidad económica y social.

En este contexto, el actual Código Civil brasileño, al tratar del abuso de derecho, define en el artículo 187 que, comete un acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su finalidad social o económica, por la buena fe o por las buenas costumbres.

Al referirse al acto ilícito en la definición del uso de derecho, se discute si en el análisis demandaría la demostración de culpa. ASSIS NETO

14 CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. *Instituições de direito civil*, vol II, 5.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978.

cree que la culpa y el ejercicio regular de un derecho sobre la misma conducta es incompatible, pues mientras la culpa es elemento subjetivo identificable en la intención del agente, el ejercicio regular del derecho es objetivo y se encuentra en la exteriorización de la actividad¹⁵.

Como podemos observar, el abuso de derecho en el orden civil y constitucional guarda íntima relación con la buena fe objetiva. Definen FARIAS y ROSENVALD¹⁶ que la buena fe es el parámetro de corrección y honestidad en las relaciones obligacionales. En el imaginario colectivo, la buena fe y las buenas costumbres no son conceptos distintos, pues ambos emanan de un anhelo ético, convergiendo en una misma línea moral. Si es verdad que ambos tangen la línea de la moral y se direccionan a la satisfacción de anhelos generales, MENEZES CORDEIRO¹⁷ explica que las buenas costumbres surgen como algo exterior, exprimiendo la moral social, a punto de expresar reglas impeditivas de comportamientos que no reciben consagración expresa por determinada colectividad, a cierto tiempo. Ya la buena fe es algo interior al ordenamiento jurídico.

Merece registrar que, como modalidades específicas de actos abusivos, la doctrina brasileña menciona: i) la prohibición de comportamiento contradictorio (*venire contra factum proprium*); ii) a *supsessio* (*Verwirkung*) –fenómeno de la pérdida, supresión de determinada facultad jurídica por el decurso de tiempo– y la *surrectio* (*Erwirkung*) –fenómeno inverso, es decir, el surgimiento de una situación de ventaja para alguien en razón de uno no practicar el ejercicio de un determinado derecho, cerceada la posibilidad de venir a ejercerlo posteriormente–; (iii) y también el *tu quoque* –aplicación de criterios valorativos distintos para regir situaciones jurídicas substancialmente idénticas–; ocurre cuando alguien viola una determinada norma jurídica y, posteriormente, intenta sacar provecho de la situación, con el objetivo de beneficiarse¹⁸. En síntesis, el *tu quoque* se resume en la premisa de que

15 PEREIRA. *Instituições de direito civil*, cit., p. 240.

16 CRISTIANO CHAVES FARIAS y NELSON ROSENVALD. *Direito civil. Teoria general*, 6.ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 508.

17 Apud FARIAS y ROSENVALD.

18 FARIAS y ROSENVALD. *Direito civil*. cit.

quién no cumple con sus deberes también no puede exigir sus derechos con base en la norma violada, bajo pena de abuso.

EL DERECHO DE VECINDAD EN LA JURISPRUDENCIA BRASILEÑA

Cuestión delicada se circunscribe a la aplicación de las normas al caso concreto, oportunidad en que se debe sopesar el interés del individuo y de la colectividad en que está inserido. Miramos la casuística brasileña.

Adoptando la teoría de la *surrectio*, la ilustre Ministra del Superior Tribunal de Justicia, Dra. NANCY ANDRIGHI, en el intento de ajustar el bien estar de la vecindad con las reglas de los condominios, profirió el siguiente fallo:

Derecho Civil. Vecindad. Condominio comercial que admite utilización mixta de sus unidades autónomas. Instalación de aparatos por condómino que causa ruido. Indemnización debida. Daño moral fijado en quantum razonable. 1. El ejercicio de posiciones jurídicas se encuentra limitada por la buena fe objetiva. Así, el condómino no puede ejercer sus pretensiones de forma anormal o exagerada con la finalidad de perjudicar su vecino. Más específicamente no se puede imponer al vecino una convención de un condominio que jamás fue observada en la práctica y que se encuentra completamente sin conexión con la realidad vivida en el condominio. 2. La “*supsessio*”, regla que se desdobra del principio de la buena fe objetiva, reconoce la pérdida de la eficacia de un derecho cuando este no es ejercido o observado por un largo período. 3. No actúa en el ejercicio regular de derecho la sociedad empresaria que se establece en edificio cuya destinación mixta es aceptada, de hecho, por la colectividad de los condóminos y por el propio Condominio, pretendiendo justificar el exceso de ruido por sí causado con la imposición de una regla constante de la convención del condominio, que impone el uso exclusivamente comercial, más que es letra muerta desde su origen. 4. [...] Recurso Especial no conocido (Recurso Especial n.º 1096639/DF, juzgado el 09 de diciembre de 2008).

Aquí están las cuatro decisiones más recientes y más notables sobre el asunto, proferidas por juzgadores del Tribunal de Justicia del Estado de Goiás. En orden cronológico de los fallos, tenemos el siguiente.

El insigne y estudioso Desembargador Dr. CAMARGO NETO, al deferir embargo de obra nueva, justificó:

Civil. Procesal. Derecho de vecindad. Condominio. Embargo de obra nueva. Liminar deferida. Perjuicios evidentes. 1. A la evidencia del desasosiego y perjuicios para los condóminos, bien como de la relevancia de la fundamentación del pedido de embargos de obra nueva, conviene la aprobación de la postulación, determinando al anunciado la paralización de las construcciones en el condominio, en forma del artículo 934 c/c el artículo 937 del CPC. 2. Vislumbrando la no caracterización de la finalidad de uso de la terraza del condominio, posiblemente autorizado por el síndico antecesor, colocando en riesgo la integridad de los vivientes, se impone mantener los embargos de la obra. Agravo conocido y no provisto (Recurso n.º 310998-79.2010.8.09.0000, DJ 739 de 17 de enero de 2011).

Portador de una dedicación percuciente y sabiduría admirable, teniendo la paz como trazo de su personalidad, el preclaro Desembargador Dr. FAUSTO MOREIRA DINIZ, por su vez, al decidir caso en que se reclamaba cuanto la tan perturbadora contaminación sonora, en bien trazadas líneas, pacificó el conflicto, en estos términos:

Apelación Civil. Acción Civil Pública. Establecimiento comercial. Irregularidades. Contaminación sonora y perturbación del sosiego. Daño al medio ambiente. Derecho de vecindad. Función social de la propiedad. Casación de la credencial de funcionamiento. Interdicción consecuente del establecimiento. Medida eficaz, con resultado práctico equivalente al postulado. 1. Restando comprobado en los autos que el sosiego y el descanso nocturno de la vecindad están siendo diuturnamente atacados con los impactos inherentes al establecimiento que funciona en período nocturno, con música arriba de los niveles de decibeles permitidos y la venta de bebidas alcohólicas, es cabida la casación de la credencial de funcionamiento, dada su naturaleza precaria, hasta que su dueño providencie la adecuación acústica del ambiente a la legislación pertinente. 2. La plenitud del dominio a la que se refiere al artículo 1.228 del Código Civil tiende a disminuir y ser restringida, en la medida en que, en la utilización abusiva de su derecho, el propietario provoca interferencias en la vecindad, perjudicando la seguridad y la salud de los vecinos, como en la perturbación del sosiego nocturno con fiestas excesivamente ruidosas. 3. [...] Apelación conocida y parcialmente provista. Sentencia reformada (Recurso n.º 34495-39.2005.8.09.0044, DJ 812 del 5 de mayo de 2011).

Cuando el embate es trabado entre la actividad empresarial de alto riesgo capaz de abalar los postulados del sosiego y seguridad garantidos a la vecindad, estos prevalecen. Marcado por sus decisiones humanitarias que profiere, así bien juzgó el prudente y eminente Desembargador Dr. LUIZ EDUARDO DE SOUSA:

... La actividad de alto riesgo ejercida por las gasolineras justifica el distanciamiento legalmente exigido, en caso, 80 metros de escuelas, hospitales, casa de salud y cuarteles (Ley municipal de Anápolis n.º 2678 de 2000), para que sea fornecida la certificación de uso y ocupación del suelo, en nombre de la garantía de la seguridad en locales de afluencia de personas. Incumbe, pues, al municipio, en ejercicio regular de su poder de policía administrativa, controlar las construcciones, vez que poseen ellas contactos directos con la seguridad, la salud, el sosiego y el confort de los ciudadanos (Duplo Grau de Jurisdicción n.º 17185-0/195, el 14 de octubre de 2008).

No se puede dejar de destacar la eterna polémica sobre animales en condominio y la prohibición prevista en Convención y Regimiento Interno del Edificio. Llevado a la apreciación del laborioso magistrado, Dr. CARLOS MAGNO ROCHA DA SILVA, en actuación en el segundo grado de jurisdicción y actual Juez Corregidor, dotado de una templanza y una sensatez impar, se valió de la razonabilidad que lo levó a sedimentar el siguiente entendimiento:

Constitucional. Apelaciones Civiles. Derechos de propiedad e inviolabilidad de la vida privada cerceados. Prohibiciones de permanencia de animales en unidad autónoma de edificio. Necesidad de relativización de las normas de convivencia establecidas en la convención y regimiento interno del edificio. Violación del artículo 1336, inciso IV¹⁹ no comprobada. Aplicación del artículo 333, II/CPC²⁰. 1. Si el espacio físico interno de las unidades residenciales autónomas de los edificios fue albo de reglamento del condominio, imperioso observar las premisas constitucionales intrínsecas a los derechos individuales inherentes a los ciudadanos vivientes de cada unidad residencial entre ellos el derecho a la propiedad y la inviolabilidad de la vida privada. 2. Los propietarios y poseedores de inmuebles residenciales integrantes del condominio edilicio pueden usar y fruir libremente de sus unidades autónomas, desde que respectados las buenas costumbres, el sosiego, la salubridad, y la seguridad de los demás condóminos. 3. Tratándose de perro de pequeño porte, regularmente sometido a cuidados, médicos-veterinarios e higiénicos tales como, vacunación, desparasitación y baño, cuyas alegaciones de perturbación a la tranquilidad, limpieza y/o la seguridad de los condóminos no

19 Artículo 1.336. Son deberes del condómino: iv. Dar a las sus partes la misma destinación que tiene la edificación, y no las utilizar de manera perjudicial al sosiego, salubridad y seguridad de los poseedores, o a los buenos costumbres.

20 Artículo 333. Al acreedor asistirá el derecho de cobrar la deuda antes de vencido el plazo estipulado en el contrato o marcado en este Código: II. Se los bienes, hipotecados o empeñados, fueren empeñados en ejecución por otro acreedor.

restaran comprobadas, necesario interpretar la referida regla de condominio prohibitoria de forma teleológica, restringiendo su aplicación apenas a las hipótesis en que restar evidenciado que la permanencia del animal implica en afronta a la norma legal contenida en el inciso IV del artículo 1336 del Código Civil. 4. [...] Apelaciones civiles conocidas y provistas (Recurso n.º 112694-0/188, DJ 15123 del 13 de noviembre de 2007).

Caminando un poco más adelante, asunto que causa calorosas discusiones es la situación de los fumadores.

Apenas a título de ilustración, en Brasil, el combate al tabaquismo se empezó en 1996, con el advenimiento de la Ley Federal n.º 9.294. Ya fueron presentadas en el Supremo Tribunal Federal diversas Acciones Directas de Inconstitucionalidad (ADIS n.º 4.353, 4.351 y 4.249) cuestionando leyes estatales contra el tabaco, pero, hasta este momento, no hay un pronunciamiento definitivo de la Corte Suprema.

En los Estados Unidos de América, en 1941, el partido nazista ya prohibía el fumo en instituciones oficiales y en 1990 la ciudad americana de San Luis Obispo se tornó la primera del mundo a instituir ley anti tabaco, baneando el fumo de todos los espacios públicos, incluyendo los bares y restaurantes.

Aspecto de mayor interés para el presente trabajo es el hecho de California contar con la ley más severa de los Estados Unidos de América, con normas que, en la práctica, prohíbe el fumo hasta mismo en edificios de apartamentos. El objetivo sería limitar el fumo en edificaciones cuyos ocupantes dividen paredes, techos y la atmósfera. No es sorpresa que en California, donde cuestiones de salud son dominantes, tenga adelantado al país cuanto a eso. Diversas otras ciudades del Estado ya aprobaron prohibiciones al fumo en la mayoría de las unidades de edificios residenciales privados, pero ninguna fue tan lejos cuanto la ciudad de Belmont, que prohíbe el fumo en cualquier apartamento que tenga paredes o techo en común con otras unidades²¹.

21 [<http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias/0,,013475301-EI8141,00-Em+condominio+da+California+e+proibido+fumar+ate+em+casa.html>].

¡Reciente materia publicada en *The New York Times*²² muestra como fue festejada por unos la ley que prohíbe fumar hasta mismo en parques y playas públicas!

Es cierto que la cuestión no es pacífica en cualquier parte del globo terrestre, estando a merecer intensos debates, hasta que se llegue en un punto de equilibrio entre el derecho individual del ser humano y la salud de la colectividad.

CONSIDERACIONES FINALES

Como explicado, no es tarea de las más fáciles apaciguar los conflictos que se traban entre el derecho de libertad del individuo en el uso y gozo de su recinto doméstico, pero limitado por la circunstancia de estar inserido en un medio donde hay interés de un mayor número de personas.

Todavía, además de la abstracción de su concepto, vimos que, tiendo la paz como fiel de la balanza, conjugándola con el *respecto* y la *tolerancia* con nuestro prójimo más próximo, en el intuito de alcanzar una buena convivencia que se supone ser deseo de todos, la justicia reina.

KANT dejó un importante legado para la humanidad al exponer sus mandamientos de la paz perpetua. PAULO BONAVIDES, por su vez, perfeccionando las ideas iniciales de KAREL VASAK, avanza al instituir la paz como derecho fundamental de quinta generación. Cabe ahora al Poder Legislativo, positivarlo con más vehemencia y nitidez, y al Judiciario tenerla como norte en los casos en que les son llevados a solucionar, quiere sea en la aplicación de las normas, quiere sea a través de la conciliación.

BIBLIOGRAFÍA

BONAVIDES, PAULO. *Curso de direito constitucional*, 26.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

CAYUSO, SUSANA G. *Constitución de la Nación Argentina. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental*, VERÓNICA IENTILLE (coord.), Buenos Aires, La Ley, 2009.

22 [<http://www.nytimes.com/2011/05/12/opinion/l12smoke.html>].

FARIAS, CRISTIANO CHAVES y NELSON ROSENVALD. *Direito civil. Teoria geral*, 6.^a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

KANT, IMMANUEL. *À paz perpétua*, Porto Alegre, L&PM Editores, 2008.

LENZA, PEDRO. *Direito constitucional esquematizado*, 15.^a ed., Saraiva, São Paulo, 2011.

NEGRÃO, THEOTÔNIO. *Código civil e legislação em vigor*, 29.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. *Direito civil: direitos reais*, vol. 5, 9.^a ed., São Paulo, Atlas, 2009.