



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrhd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile
Chile

Amunátegui Perelló, Carlos Felipe
NO SIENDO CONTRA DERECHO AJENO: HACIA LA FORMULACIÓN DE UNA TEORÍA DE LAS
INMISIONES EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL
Revista Chilena de Derecho, vol. 36, núm. 3, 2009, pp. 505-525
Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014524003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

NO SIENDO CONTRA DERECHO AJENO: HACIA LA FORMULACIÓN DE UNA TEORÍA DE LAS INMISIONES EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL*

NOT AGAINST THE RIGHT OF OTHERS: INMISIONS THEORY IN CHILEAN CIVIL CODE

CARLOS FELIPE AMUNÁTEGUI PERELLÓ**

RESUMEN: El presente artículo intenta una historia del precepto contenido en la definición del Código Civil que limita el uso de los bienes que se tienen en dominio respecto al derecho ajeno. Una vez dilucidada la misma, examina la aplicabilidad de la teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil, especialmente para proteger al poseedor y al propietario de los actos del vecino que le sean lesivos. Finalmente, intenta la aplicación de dicha doctrina en materias ambientales y de contaminación.

Palabras clave: inmisión, dominio, propiedad, derecho ajeno, acciones posesorias, acción negatoria.

ABSTRACT: This article pursues the history of the concept given in the Civil Code definition that limits the use of goods held in property regarding the rights of others. Once elucidated, it examines the applicability of the inmissions theory in our Civil Code, specially to protect the holder and the owner from neighbors' acts that may be harmful. Finally, the article intends the application of the mentioned doctrine in environmental issues.

Key words: inmissions, property, right of others, possessory actions, actio negativa.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo comienza por trazar la historia de la definición de dominio en nuestro Código Civil, especialmente en lo relativo a su limitación respecto al derecho ajeno, en que se aparta notablemente del Código francés y que constituye la base para la aplicación de dos importantes teorías jurídicas, la teoría del abuso del derecho y la teoría de las inmisiones.

Esta última no está desarrollada en el medio nacional, aunque desde la misma definición que da don Andrés Bello de propiedad, puede muy bien resultar aplicable a

* El presente trabajo corresponde a una ampliación y conjugación de las ponencias presentadas en las V y VI Jornadas de Derecho Civil de 2007 y 2008, respectivamente. Este es, en todo caso, un trabajo completo e independiente de ambas ponencias, que las abarca y las supera.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universitat Pompeu Fabra. Profesor de Derecho Romano, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: camunate@uc.cl

nuestro medio jurídico. Consiste básicamente en que el uso que uno puede hacer de sus cosas no debe perturbar la posesión que otro tenga de las que le son propias. Así, del goce y disposición que se realiza de una propiedad, no deben proyectarse efectos negativos, como ruidos, humos, humedad u otras externalidades, hacia los bienes del vecino hasta el punto que turben o embaracen el goce y disposición que este querría hacer de sus cosas. En tal caso, habrá acciones, sea de orden posesorio, sea de lato conocimiento, que fuercen el cese de dichas inmisiones o, al menos, su reducción hasta un nivel que no exceda la normal tolerancia.

Lo que buscamos a través de este artículo es dar los fundamentos dogmáticos necesarios para demostrar la aplicabilidad de la teoría de las inmisiones en base a las normas presentes en nuestro Código Civil.

Para lograrlo nos proponemos, en primer término, estudiar los orígenes históricos de nuestra definición de propiedad, remontándonos a su sistema de fuentes para comprender el origen y significado de la expresión “derecho ajeno” que aparece como limitante de las facultades del dominio.

A continuación, demostraremos que la teoría de las inmisiones, desarrollada en Alemania durante el siglo XIX, se fundamenta justamente en las mismas fuentes que nuestro Código Civil cuando expresa dicha limitación, y con un significado muy próximo.

Finalmente, mostraremos con qué medios jurisdiccionales contamos para hacerla valer, donde estudiaremos los interdictos posesorios y la acción negatoria.

2. LA DEFINICIÓN DEL CÓDIGO

Nuestro Código¹, al definir la propiedad, se aparta sutilmente de su modelo francés² reemplazando la anodina prohibición de usar en contra de los reglamentos, por la más sustantiva interdicción de gozar y disponer contra el derecho ajeno. Esto constituye una interesante innovación que manifiesta una concepción de la propiedad limitada y poco usual en el contexto de su tiempo.

Hacia comienzos del siglo XIX era una idea muy extendida que la definición tradicional de propiedad estaba tomaba directamente de las fuentes romanas³, especialmente de la Constitución de Constantino citada en el *Codex*:

“El emperador Constantino, Augusto, a Volusiano, Prefecto del Pretorio. Tratándose del mandato hay el riesgo no solamente del dinero, para el cual hay la acción certísima de mandato, sino también de la estimación. Porque a la verdad, *modera-*

¹ El mejor trabajo, hasta la fecha, acerca de la materia es, indudablemente, CORDERO y ALDUNATE (2008) pp. 345-385.

² El artículo 544 del *Code* expresa: “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”.

³ Basta para ello ver el comentario al artículo 391 de las concordancias de GARCÍA GOYENA. El autor cree sinceramente que su definición está tomada directamente de Roma. En dicho artículo del proyecto se definía el dominio simplemente traduciendo la definición francesa. GARCÍA GOYENA (1852) pp. 351-352.

dor y árbitro cada cual de sus propias cosas, hace por su propia voluntad no todos sus negocios, sino por su mayor parte. Pero los negocios ajenos se desempeñan habiéndose cumplido el cargo, y nada que en la administración de los mismos se haya descuidado y dejado está exento de culpa”⁴.

El fragmento, que por lo demás se refiere al mandato y se limita a poner de manifiesto la diferencia que existe entre el mandante dueño del negocio y el mandatario, fue, sin embargo, interpretado como una simiente de definición de propiedad. Especial interés despertó la voz *arbiter*, que la glosa interpretó como la libertad con que el dueño podía comportarse respecto a sus cosas⁵. Esto provocó que se conectara el fragmento con la definición de libertad que nos ofrece el Digesto:

“Florentino, libro noveno de las instituciones. La libertad es la facultad natural de uno para hacer lo que desee, salvo si ello está prohibido por la fuerza o el derecho”⁶.

La definición tradicional del dominio combina estas nociones⁷, junto con la idea de *abutendi* como facultad de disposición, tomada de la posesión⁸. Es mérito de Bárto-lo⁹ haber sintetizado estas ideas de una manera completa por vez primera expresando que el “dominio es el derecho en cosa corporal para disponer de ella, salvo que la ley lo prohíba”¹⁰.

⁴ 4,35,21: “*Imperator Constantinus. In re mandata non pecuniae solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verum etiam existimationis periculum est. Nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit: aliena vero negotia exacto officio geruntur nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est*”. * CONST. A. VOLUSIANO PP. *A 313 - 315?

⁵ Así, AZÓN indica que la voz *arbiter* significa que el dueño “*facit quiddquid vult*”.

⁶ D. 1.5.4.1: “*Florentinus libro nono institutionum. Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*”.

⁷ En este sentido, CORDERO y ALDUNATE (2008) p. 359, opinan que la propiedad no es sino una forma de libertad. Aunque la definición históricamente provenga de ella, no podemos dejar de señalar que esta es una idea equivocada. En efecto, la libertad puede ser limitada por lo fáctico y lo jurídico (de ahí que se la defina como limitada por la fuerza o el Derecho), mientras que la propiedad nunca se limita por lo fáctico. Tan privado de libertad se encuentra el condenado por una sentencia como el secuestrado, mientras que el ladrón no priva del dominio al dueño, solo de la posesión. En efecto, el mérito de la concepción romana de la propiedad es separar de ella lo que es fáctico, que constituye la posesión. La posesión, en efecto, puede ser limitada por la fuerza, y el poseedor puede incluso perderla, mas nunca el dominio. El dominio y la libertad pertenecen a mundos conceptuales separados, y solo así se entiende que en las definiciones de propiedad sus límites sean siempre jurídicos, mientras que la libertad no.

⁸ D. 5.3.25.11: “*Ulpianus libro quinto decimo ad edictum. Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. quemcumque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidauerunt perdidierunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt. nec si donauerint, locupletiores facti uidebuntur, quamuis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligauerunt*”.

⁹ PICCINELLI (1980) pp. 42 y ss.

¹⁰ “*Dominium est ius de re coporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeatur*”.

Será esta idea de dominio que pase al pensamiento de Pothier, quien expresará su propia idea del dominio¹¹ como¹² “el derecho de disponer libremente de una cosa, sin menoscabar, con todo el derecho de otro ni atentar contra las leyes. *Jus de re libere disponendi* o *jus utendi et abutendi*”¹³.

En la concepción de Pothier, la propiedad manifiesta un doble límite, de una parte están las leyes, siguiendo la línea principal de Bártolo, y por otra, el derecho ajeno. En la limitación del derecho ajeno nos reenvía expresamente a las normas relativas a la vecindad, que para Pothier constituye un cuasicontrato¹⁴. Al respecto, al explicar la limitación relativa al derecho ajeno, expone:

“Hemos definido el derecho de propiedad, el derecho de disponer libremente de una cosa; y añadiendo sin menoscabar con todo el derecho de otro... [se entiende aquí] el derecho de los propietarios y poseedores de fincas lindantes”¹⁵.

Esa última idea no fue recibida por la codificación francesa, y la redacción del artículo 544 solo refleja la limitación de orden público:

“La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, poder del que no puede hacerse un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos”¹⁶.

La definición se preocupa simplemente de dar un marco dentro del cual ha de actuar el dueño, fijando como fuentes de los límites de la propiedad las leyes y los reglamentos, pero sin dar un concepto sustantivo sobre el contenido de esos límites.

De acuerdo al excelente trabajo del profesor Brahm¹⁷, la preocupación de la codificación francesa consiste en distinguir claramente el usufructo y otras figuras del Derecho feudal francés, respecto a la propiedad, y de ahí su indicación sobre la facultad de usar y disponer de la manera más absoluta.

En este sentido, es menos elocuente que la idea de Pothier. Esta definición, por el alto prestigio de la codificación francesa, fue reproducida en todas las codificaciones de la primera mitad del siglo XIX¹⁸.

¹¹ Sobre la importancia de POTHIER para construir una noción abstracta de dominio, GROSSI (1992) pp. 385 y ss.

¹² “*Le droit de disposer à son gré d'une chose sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui, ni aux lois; ius de re libere disponendi, ou ius utendi et abutendi*” (POTHIER, 1827, p. 114).

¹³ POTHIER (1882) p. 8.

¹⁴ POTHIER (1841) n. 230 pp.106 y ss.

¹⁵ POTHIER (1882) p. 14. En su versión francesa: *Nous avons défini le droit de propriété, le droit de disposer à son gré d'une chose, et nous avons ajouté, sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui... cela s'entend aussi du droit des propriétaires et possesseurs de héritages voisins*, POTHIER (1827) p. 118.

¹⁶ *Code 544: La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.*

¹⁷ BRAHM (1996) p. 7.

¹⁸ Así el 439 del Código Civil Sardo, el 345 del Código de Vaud, el 625 del Código Civil Holandés, el 354 del ABGB y el 436 del Código Civil Italiano de 1865.

GARCÍA GOYENA varía sutilmente la definición retirando la frase “de la manera más absoluta”. La definición del artículo 391 es: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las que previenen las leyes o reglamentos”. GARCÍA GOYENA (1852) pp. 351 y 352.

Paralelamente, en el Derecho castellano tradicional, también las Partidas contemplan su propia definición de dominio¹⁹, recepción evidente del *ius commune*:

*“Señorio es poder que ome ha en su cosa de fazer della, e enella lo que quisiere: segun Dios e segund fuero”*²⁰.

La definición es especialmente interesante en lo relativo a los límites que manifiesta, Dios y el fuero, esto es, el derecho divino y el derecho positivo, según interpreta la glosa de Gregorio López, citando expresamente a Bártolo²¹. Un poco más adelante la misma Partida III desarrollará expresamente la idea de limitación en la propiedad manifestando:

*“Ca segund que dixerón los sabios antiguos maguer el ome aya poder de fazer en lo suyo lo que quisiere. Pero deue lo fazer de manera que non faga daño, nin tuerto a otro”*²².

Esta concepción limitada del dominio finalmente será recepcionada por nuestro Código Civil.

Al respecto, la primera redacción de la definición de propiedad se encuentra en el artículo 686 del Proyecto de Código Civil de 1853:

*“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar i disponer de ella a nuestro arbitrio, no siendo contra lei o contra derecho ajeno”*²³.

La única diferencia con la redacción definitiva del artículo 582 es aquel “a nuestro arbitrio” que será reemplazado por “arbitrariamente” en el 682 del Proyecto Inédito²⁴. No obstante ser tal vez más precisa la redacción original y mejor concordante con el *arbiter* del *Codex* justiniano, pareció poco elegante usar una primera persona plural en una definición²⁵.

Hasta aquí podemos concluir, observando la historia de la tradición textual de la definición de dominio, que Bello tomó la definición antes de Pothier que de la codificación francesa²⁶. Su visión del ejercicio de la propiedad como limitado por el derecho

¹⁹ Además, en p. 7, t. XXXII, L. 10 se da otra definición, un poco menos interesante para nuestros propósitos: *“Otrozi dezimos que propiedad es el señorio de la cosa: e posesion es la tenecia della”*.

²⁰ P. 3, t. XXVIII, L. 1.

²¹ Curiosamente, la misma glosa de LÓPEZ es bastante más modesta al definir el dominio y expresar sus límites: *“Dominium est potestas faciendi quod quis vult de suis rebus ut ius permittit”*. LÓPEZ (1985) p. 155.

²² P. 3, t. XXXII, L. 13.

²³ BELLO (1888) t. XII.

²⁴ BELLO (1952) t. III.

²⁵ CLARO SOLAR (1930a) p. 334, n. 20.

²⁶ En contra PESCIO (1978) p. 274; LIRA (1944) p. 166; VODANOVIC (1940) p. 230; ALESSANDRI (1937) p. 25, entre otros.

ajeno tiene su origen en una doble conjunción, por una parte la tradición castellana de las Partidas que establece que las cosas no pueden usarse de manera que dañen a otro, y por otra, las relaciones de vecindad a que hace referencia la limitación de ejercicio de Pothier. Según veremos, ambas tienen un mismo origen y responden a un único principio. Este será el tema de nuestro siguiente acápite.

3. EL DERECHO AJENO

La propiedad se debe ejercer sin menoscabar el derecho ajeno. El significado de esta proposición lo entrega el artículo 732 que señala tres límites a la propiedad. El primero representado por la propiedad fiduciaria; el segundo, por el derecho de usufructo, uso o habitación, esto es, las servidumbres personales; y un tercero constituido por las servidumbres prediales.

En los dos primeros casos, el dominio está afecto a desmembraciones, por lo que técnicamente no constituyen verdaderas limitaciones a las facultades del propietario²⁷. En efecto, Pothier llama a este tipo de relaciones dominio imperfecto²⁸.

Otro tanto se puede de las servidumbres voluntarias, que parecen ser justamente lo contrario a una limitación, pues cuando existen, el dueño de un predio puede ejercer los derechos en ellas establecidos sobre el predio vecino²⁹; en este sentido autorizan a proyectarse de distintas maneras sobre el predio sirviente, afectando la posesión del dueño. El dueño del predio dominante puede ejecutar actos extraordinarios que de no mediar la servidumbre le estarían prohibidos (artículo 947 del Código).

Las limitaciones al ejercicio arbitrario de las facultades del dominio se refieren más concretamente a las llamadas servidumbres naturales y legales, cuyo carácter mismo de servidumbres es discutible³⁰.

En efecto, se critica que pueden establecer derechos recíprocos donde es imposible distinguir el predio sirviente del dominante, como es el caso de la medianería³¹. En verdad, estas no son fácilmente conceptualizables como servidumbres, aunque históricamente así ha sido. La raíz de este tratamiento se encuentra en Justiniano³², quien habría unido a la categoría clásica de servidumbres, que eran siempre voluntarias, otras institu-

²⁷ CLARO SOLAR (1930a) p. 346: “Contra derecho ajeno. La ley se refiere en esta expresión a los derechos de otra persona en sus bienes que el propietario pudiera violar o dañar al ejercitar en la cosa que a él le pertenece sus facultades de goce y disposición arbitrarias. No se trata, evidentemente, del caso de una propiedad imperfecta por estar sujeta a condición resolutoria, ni del caso de la existencia de otros derechos reales en la cosa que el propietario está obligado a respetar, porque la ley se ha referido, dado su tenor, a la propiedad absoluta y plena de que el propietario puede gozar y disponer arbitrariamente; y es esta la que se halla limitada por el derecho ajeno, se trata de un conflicto, o más bien oposición de dos derechos iguales”.

²⁸ POTHIER (1827) p. 115.

²⁹ JIMÉNEZ SALCEDO (2000) p. 24.

³⁰ Al respecto señala GARCÍA SÁNCHEZ: “Las obligaciones de vecindad no son servidumbres, sino que las servidumbres surgen cuando las mismas relaciones de vecindad son modificadas, es decir, el acuerdo destruye la regla común y surge la servidumbre”. GARCÍA SÁNCHEZ (1999) p. 16.

³¹ CLARO SOLAR (1930b) p. 125; VODANOVIC (1940) p. 598; en España y más radicalmente JIMÉNEZ SALCEDO (2000) p. 24; LLÁCER MATACÁS (2002) p. 797.

³² BONFANTE (1966) pp. 321 y ss.

ciones que constituyen más bien limitaciones al dominio, como son prohibiciones de edificar sino respetando ciertas distancias. Fue el *ius commune* el que estableció la tripartición de las servidumbres³³ y agrupó como servidumbres legales algunas de estas limitaciones.

Domat recogió el tratamiento medieval de los límites de la propiedad como servidumbres legales y de aquí pasará a la codificación francesa³⁴. Sin embargo, Pothier, consciente de las dificultades teóricas asociadas a entender las relaciones de vecindad como servidumbres, prefiere dar a estas limitaciones a la propiedad en razón de vecindad un tratamiento diverso. Crea para ellas un especial cuasicontrato de contigüidad de heredades de donde nacerían limitaciones recíprocas de carácter obligacional para los dueños de los predios vecinos. Establece así como primera obligación que:

“La contigüidad obliga a los vecinos a usar cada cual de su heredad de manera que no perjudique al otro, l. 61, ff. reg. jur. Esta regla debe entenderse en el sentido de que por libre que sea uno de hacer lo que mejor le parezca en su heredad, no puede sin embargo hacer nada de que pueda resultar algún daño sobre la heredad vecina: In suo hactenus licet, quatenus nihil in alterum immittat; l. 8, 5, f.f. si serv. vind”³⁵.

Como se aprecia, el sentido que da Pothier a la limitación del dominio en favor del derecho ajeno es propiamente la obligación de no dañar al vecino a través de los actos realizados en lo propio. El ejercicio libre (arbitrario) de actos posesorios en lo propio no puede causar efectos negativos en los demás y, para fundamentarlo, cita el célebre D. 8.5.8.5 que analizaremos algo más adelante.

Si la concepción de Pothier de la vecindad como cuasicontrato no cuajó en definitiva, se debe a que tampoco resultaba sencillo conceptualizar las limitaciones al dominio como nexos obligacionales. Este deber genérico de abstención no parece tener un objeto preciso, por lo que su existencia jurídica como obligación resulta inadecuada.

La limitación del dominio que contemplan las ya transcritas Partidas apunta en una dirección similar a Pothier. En efecto, la glosa de Gregorio López hace referencia al mismo principio³⁶, al evitar que a través de actos en lo propio se perjudique lo ajeno parafraseando el mismo apartado del Digesto.

En este sentido, ambas tradiciones confluyen hacia un uso de la propiedad limitado, fundado, en ambos casos, en el mismo texto del cual el Derecho castellano y el francés son tributarios en este aspecto.

³³ Especialmente a propósito de D. 39.3.2.pr: “Paulus libro quadragensimo nono ad edictum. In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit, lex, natura loci, uetustas: quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa”.

³⁴ DOMAT (1835) pp. 188 y ss. El proceso está muy bien expuesto por EGEA (1994) p. 93 n. 144.

³⁵ POTHIER (1841) n. 235, p. 106.

³⁶ Al respecto, p. 3, t. XXXII, L. 13: “Taliter debet quis in re sua operari: ne alteri damnum aliquod inde contingat”.

4. ABUSO DEL DERECHO E INMISIONES

La limitación de uso arbitrario (libre) de la propiedad establecida en beneficio del derecho ajeno en nuestro Código Civil se llena de contenido si se interpreta a través de sus precedentes históricos, que apuntan hacia un uso de la propiedad que evite los efectos nocivos de los propios actos en los bienes ajenos.

El derecho moderno ha obtenido de aquí distintas figuras, como es el caso de la teoría del abuso del derecho y la teoría de las inmisiones. Apuntan en dos direcciones distintas, pues mientras el abuso del derecho busca el resarcimiento de perjuicios de actos dolosos o culposos, la teoría de la *immissio* busca, simplemente, la cesación de los actos que un poseedor ejecute en sus bienes, pero de los cuales se deriven consecuencias negativas que perturben la posesión de otro.

La teoría del abuso del derecho es, en este sentido, estrictamente obligacional, puesto que su finalidad es siempre indemnizatoria. Se funda en elementos subjetivos como son el dolo y la culpa³⁷ y su ámbito de aplicación más propio es la responsabilidad.

Fue desarrollada ya en el medievo y, a través de su formulación francesa, fue recibida por nuestra doctrina y jurisprudencia.

La teoría de la *immissio*, en cambio, fue formulada por primera vez hacia mediados del siglo XIX³⁸, basada eminentemente en la interpretación de las fuentes romanas, especialmente en el mismo D. 8.5.8.5 que citan Pothier y las Partidas para explicar los límites de la propiedad. Su ámbito propio son los derechos reales, toda vez que está encargada de defender la posesión de un dueño que está siendo turbada por los actos de su vecino en sus propios bienes.

Se incluyen dentro de ella turbaciones de diverso tipo, como humos y ruidos. El objeto de la misma es, eminentemente, la cesación de las turbaciones que experimenta el propietario y su fundamento es la concepción limitada del ejercicio de la propiedad, que no puede, en ningún caso, dañar al otro. Es, en definitiva, una aplicación muy concreta de ese principio general del derecho de *alterum non laedere*³⁹, base de nuestra concepción jurídica occidental.

³⁷ Así lo ha recogido la jurisprudencia reiteradamente. Entre las más recientes podemos citar *Danko Antonio Stjepovich González con Universidad de Antofagasta* (2004): “Considerando Sexto. El abuso, en general, es un acto calificado por el resultado y la teoría en que se sustenta está apoyada en un principio fundamental de responsabilidad, o sea, en el ejercicio doloso o culposo de un derecho”, y *Mario de Barbieri Salinas con Autofrance Limitada* (2008): “Considerando tercero. Así, cuando el ejercicio del derecho resulta abusivo, usualmente será también culpable o doloso en los términos exigidos por la ley para que proceda la responsabilidad extracontractual por los daños causados a terceros. De este modo, por la sola aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad extracontractual, resulta obligado a indemnizar quien en ejercicio abusivo de su derecho daña a otro, sea que haya actuado con dolo, sea que simplemente haya incurrido en notoria desconsideración de un deber implícito de cuidado (culpa). Así, el ejercicio abusivo del derecho no es sino una especie de ilícito civil”.

³⁸ El primero en rescatarla desde la dogmática romana fue SPANGENBERG (1826) pp. 265 y ss., aunque se suele sindicar a IHERING como su principal difusor, especialmente en *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn*. Para tener una idea clara de la historia de la doctrina y su recepción en el Derecho, JIMÉNEZ SALCEDO (2000) pp. 67 y ss.

³⁹ D.1.1.10.1.

Puesto que dicha teoría no ha penetrado todavía en la conciencia jurídica nacional, se impone la necesidad de explicarla con algún detalle. A esto dedicaremos las siguientes líneas.

En efecto, el uso de un bien puede resultar lesivo para los demás. Al margen de las soluciones indemnizatorias a que pueda dar lugar tal conducta, que son consecuencia del dolo o la negligencia que conlleven, el propietario se encuentra en posición de impedir que dichas conductas se lleven a cabo y continúen menoscabando su propiedad. Este es un problema de bienes, relacionado con la posesión de los mismos.

La acción de un propietario en su bien, puede turbar la posesión de su vecino, en el sentido que le dificulte ejercer por sí mismo el uso que desee. En este caso, podrá el propietario que sufre las inmisiones o injerencias defenderse a través de interdictos posesorios, como la querrela de amparo, o de una acción real sustantiva, conocida en el derecho comparado como acción negatoria.

Como otras tantas figuras del Derecho moderno, la teoría de la *immissio* encuentra sus fundamentos en la dogmática romana. La voz *inmittere* tiene varios usos a lo largo de la literatura jurídica antigua. Se la utiliza a propósito de intromisiones de agua⁴⁰, de problemas de cloacas⁴¹, de luces⁴², de desagües de tejados⁴³, de viga empotrada⁴⁴, de intromisión de raíces de árboles⁴⁵, de animales domésticos⁴⁶ y daños de la *lex Aquilia*⁴⁷. Aunque todos estos casos pueden sernos de utilidad para afinar el concepto, nosotros nos centraremos en ciertos casos de relaciones entre vecinos que nos aclararán el contenido esencial de la materia⁴⁸.

A fin de explicarla, podemos citar el fragmento que ha servido de paradigma para su redescubrimiento y aplicación. Se trata del conocido caso de la taberna de quesos que exponemos a continuación:

"[Ulpiano libro décimo séptimo al edicto] Aristón respondió a Cerelio Vital que no pensaba que hubiese derecho a expeler humo desde la taberna de quesos hacia los edificios superiores, salvo que existiese tal servidumbre. Igualmente dijo que desde los edificios superiores a los inferiores tampoco es lícito echar agua ni alguna otra cosa, porque solo es lícito hacer alguna cosa en lo suyo en cuanto no se proyecte en lo ajeno y la del humo, como la del agua es una inmisión. Por tanto, el del edificio superior puede litigar con el del inferior alegando que este no tiene derecho a hacer tal cosa. Finalmente, dice Aristón que escribió Alfeno que

⁴⁰ D. 39,3,1,17; D. 39,3,2,10; D. 39,3,3pr.; D. 39,11,5; D. 43,8,2,28.

⁴¹ D. 43,23,1,9; D. 43,23,1,15.

⁴² D. 7,1,13,7; D. 8,2,40.

⁴³ D. 8,2,28; D. 8,5,9; D. 8,5,16; D. 8,6,8; D. 43,24,22,4.

⁴⁴ D. 8,2,2; D. 8,2,6; D. 8,2,20; D. 8,2,36; D. 8,4,16; D. 8,5,14pr; D. 8,5,8,1; D. 8,5,8,3; D. 47,7,6,2; Inst. Iust. 2,3,4; Inst. Iust. 2,3,1.

⁴⁵ D. 6,1,5,3.

⁴⁶ D. 9,1,2,1; D. 10,4,9,1; D. 19,5,14,3; C. Iust. 11,LXVII (66) 1.

⁴⁷ D. 9,2,29,2; D. 9,2,52,2; Inst. Iust. 4,3,13; C. Iust. 3,35,1.

⁴⁸ Para un análisis general de todos los casos con buena bibliografía, GARCÍA SÁNCHEZ (1999) pp. 21 y ss.

igualmente se puede demandar alegando que el otro no tiene derecho a extraer piedra en su propiedad de tal forma que los fragmentos caigan en mi fundo. Dijo Aristón al que tomó la fábrica de quesos en arrendamiento a los minturnenses que los de los edificios superiores le pueden prohibir la inmisión de humos, pero que él puede demandar a los minturnenses por el arrendamiento y que puede demandarse al que inmite humo alegando que no tiene derecho para hacerlo. Por el contrario, se puede demandar alegando que hay derecho para emitirlo, lo que se ve que también aprueba Aristón. Pero también puede tener lugar el interdicto *uti possidetis* si se prohíbe a alguien usar de lo suyo como quiera⁴⁹.

El texto trata de lo siguiente: la ciudad de Minuturno le arrendó una planta baja a Cerelio Vitalis⁵⁰, lugar donde este puso una fábrica de quesos. El problema es que, de resultas de su actividad industrial, los pisos superiores del edificio se llenaron de molestos humos provenientes de la fábrica. Naturalmente, dichos humos turbaron la posesión de los demás ocupantes del edificio.

La respuesta del jurista Aristón fue contundente: no puede la taberna del piso inferior inmitir humos en los pisos superiores. La razón se expresa en el principio general que inspira la teoría de la *immissio* “*in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*”, es decir, cada uno puede hacer en lo suyo lo que desee, siempre que no invada lo ajeno.

Esta frase expresa el punto capital en materia de relaciones de vecindad, a saber, en lo suyo cada uno puede realizar la actividad que desee, pero esta actividad no puede interferir con el pacífico disfrute que los demás tienen de sus cosas. En efecto, no puedo, a través de actos realizados en lo mío, llegar a perturbar el uso y disfrute ajeno, puesto que en aquel caso estaría turbando su posesión.

Dicha teoría no es más que una deducción lógica del carácter absoluto que tiene la propiedad en el mundo romano y, como tal, conlleva la ventaja de establecer una demarcación del uso de las cosas. No basta con que una persona se abstenga de realizar actos en lo ajeno (*facere in alieno*), sino que ni siquiera le resulta legítimo un hacer en lo propio (*facere in suo*) si las consecuencias de su actividad repercuten en lo ajeno.

Es cierto que este pasaje presenta numerosas observaciones para la crítica y ha sido repetidamente acusado de estar interpolado⁵¹. Sin embargo, dichas interpolacio-

⁴⁹ D. 8,5,8,5 [Ulpianus libro septimo decimo ad edictum] Aristo Cerellio Uitali respondit non putare se ex taberna casaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenus denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.

⁵⁰ En verdad este es el nombre de a quien se envía el *responsum*, por lo que tal vez no sea el mismo, pero para el caso no importa.

⁵¹ Para un análisis completo de la situación, GARCÍA SÁNCHEZ (1999) pp. 48 y ss.

nes son más interesantes desde el punto de vista del Derecho romano, que para la dogmática civil.

Nosotros, en todo caso, subrayamos que la comisión no alteró el sentido general del texto, pues mantiene la prohibición de invadir lo ajeno a través de actos en lo propio. En este sentido, la importancia de las interpolaciones es menor, en general, para explicar el punto a que se refiere el presente artículo.

Puesto que la inmisión tiene por característica impedir el uso o disfrute de una propiedad, o al menos, hacerlo más incómodo⁵², las inmisiones perturban, en primer lugar, la posesión del bien afectado. De ahí que la tutela generalmente otorgada sea la posesoria, en particular interdictos, como el *uti possidetis*, siendo esta la parte más indudablemente clásica del fragmento.

En efecto, lo que se intenta es proteger el actual uso y disfrute de la cosa por parte de quien la detenta, importando poco, para estos efectos, si la posesión está también amparada por el dominio o algún otro derecho.

En verdad, el fabricante de quesos, a través de la emisión de humos, no pone en cuestión la calidad del derecho que detentan los demás ocupantes del edificio. Tampoco es que por las vías de hecho intente privarlos de la posesión de sus bienes. El caso es sutil, puesto que sin intentar privarlos del bien (que sería un ataque más común a la posesión), simplemente afecta el ejercicio fáctico de su uso y goce. De ahí el tratamiento del problema con interdictos posesorios, cuyo fin fundamental es cautelar la posesión, antes que entrar al fondo del Derecho.

Para poder proyectar los efectos negativos del obrar en cosa propia dentro de la esfera de lo ajeno es menester contar con una servidumbre, es decir, tener derecho en la cosa ajena. En este sentido, la inmisión podría también atacarse con la acción negatoria de servidumbre, entrando a conocer el fondo de la cuestión.

Lo interesante de la teoría de la *immissio* es que establece que los actos que perjudican la posesión de un bien, para poder ejecutarse, deben estar amparados por una servidumbre. Con esto se evita el menoscabo patrimonial que la actividad de uno puede tener en los bienes de otro, toda vez que solo será admisible en la medida que se pague al dueño por la limitación al dominio que dichos actos le generan. En otras palabras, la tutela patrimonial queda cerrada.

5. LÍMITES A LA INMISIÓN

Una pregunta frecuentemente realizada es el carácter de la inmisión, es decir, qué tipo de efectos negativos es el que abarca.

En principio, por las materias tratadas, vemos que en Derecho romano, en general, se prohíbe la proyección de cuerpos en lo ajeno, sean sólidos, líquidos o gaseosos. El

⁵² A propósito de los lugares públicos, en el interdicto *ne in loco publico* se lee: D. 8.1.14.2 *Publico loco interueniente uel uia publica haustus seruitus imponi potest, aquae ductus non potest: a principe autem peti solet, ut per uiam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat. sacri et religiosi loci interuentus etiam itineris seruitutem impedit, cum seruitus per ea loca nulli deberi potest.*

fragmento analizado se refiere específicamente a los humos, pero se mencionan expresamente también el agua y las piedras.

En cuanto a otros efectos de corporalidad más dudosa, nada se dice. De hecho, no tenemos ninguna referencia al ruido y el fragmento que plantea la inmisión de sombras⁵³, esto es, privar de la luz al vecino, se encuentra fuertemente intervenido, de manera que solo sería aceptable para la óptica justiniana y no clásica.

En todo caso, el que una situación específica no se encuentre en las mismas fuentes romanas no implica que no sea posible entenderla comprendida por la teoría, toda vez que las razones para prohibir la inmisión de humos son las mismas que para los ruidos, y ya Spangenberg lo entendió así⁵⁴.

No debemos olvidar que la corporalidad o incorporealidad de una cosa depende de si esta es un derecho⁵⁵ o no. Así, el ruido no es un derecho, por lo que caería perfectamente dentro de las cosas corporales y ha de ser tratado como tal respecto a las inmisiones.

El problema principal que plantea la teoría de la *immissio* no es su lógica o su coherencia con el resto del sistema de bienes, sino más bien los límites de la misma.

En efecto, si bien es cierto que cada uno no puede hacer en lo propio actos que se proyecten en los bienes ajenos de manera que llegue a perturbarse su posesión, también es cierto que un vecino excesivamente quisquilloso podría sentirse perturbado por cualquier acto cotidiano. En toda relación de vecindad existen actos que inevitablemente tendrán consecuencias negativas sobre los bienes ajenos. Por ejemplo, reparar un departamento que haya estado largamente deshabitado, naturalmente generará polvo y ruido para los demás; sin embargo, en principio, no parece razonable prohibirlos, siempre que se tomen las debidas precauciones. Entonces, ¿cuándo se entiende que estas proyecciones son razonables? ¿Cuándo habrá de constituirse una servidumbre? ¿Hay algún criterio objetivo que nos ayude a solucionar todos los casos? De ahí que el problema de las inmisiones se ha transformado en el determinar el carácter de aceptable o no de una proyección de los actos ajenos sobre lo propio.

Al respecto, se han elaborado tres teorías importantes: la del uso normal, la de la necesidad social y la prohibición de emulación.

La teoría del uso normal fue primeramente enunciada por Spangenberg⁵⁶ y luego perfeccionada por Ihering⁵⁷, basándose siempre en las fuentes romanas. Básicamente postula⁵⁸ que un vecino debe tolerar las molestias que le ocasione otro, siempre que sean

⁵³ D. 43.8.2.6 [Ulpianus libro sexagesimo octavo ad edictum.] *Cum quidam uelum in maeniano immissum haberet, qui uicini luminibus officiebat, utile interdictum competit: ne quid in publico immittas, quae ex re luminibus Gaii Seii officias.*

⁵⁴ SPANGENBERG (1826) p. 269.

⁵⁵ *Gai* 2.13 *Corporales hae sunt, quae tangi possunt, uelut fundus, homo, uestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. 2.14 Incorporal es sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae.*

⁵⁶ SPANGENBERG (1826) p. 265.

⁵⁷ IHERING (1862) pp. 81 y ss.

⁵⁸ Para ver el desarrollo exacto de la doctrina, JIMÉNEZ SALCEDO (2000) pp. 67 y ss.

aquellas derivadas del uso normal de los bienes propios. Es decir, deben prohibirse aquellas inmisiones o influencias⁵⁹ que sobrepasen lo ordinariamente tolerable.

En efecto, los mismos romanos llegaron a plantearse el problema en términos similares, como atestigua el siguiente fragmento que, naturalmente, ha servido de base a las construcciones modernas:

“[Ulpiano libro décimo séptimo al edicto] Duda Pomponio en el libro cuadragésimo primero de sus lecciones si puede así permitirse demandar por un humo leve, como por ejemplo, de una hoguera y no permitir hacer en lo suyo. Al respecto, cree que es mejor no poder demandar, puesto que demandando así, no se tendría derecho a hacer fuego en lo suyo, o a sentarse o a lavarse”⁶⁰.

El caso es interesante, sobre todo por ser la continuación lógica del caso anterior. Ulpiano nos informa que el jurista Pomponio se pregunta sobre qué pasaría si el vecino no emite un humo muy denso. Concluye que, en verdad, nadie necesita pedir permiso para hacer fuego en lo suyo, lavar o sentarse. El fragmento es ciertamente curioso. En verdad, no parece Pomponio estar refiriendo a alguna acción o interdicto en su razonamiento. No menciona ni la acción negatoria, ni la acción confesoria, que serían aquellas que uno esperaría encontrar. La doctrina concuerda en que no son materias de servidumbre los humos leves, ni ninguna de las situaciones ahí mencionadas⁶¹. El punto sería que, para actos que ordinariamente realiza el dueño en sus cosas, a pesar de que puedan causar alguna molestia leve en los vecinos, este no necesita constituir servidumbre alguna. Esta idea parece inspirar otros fragmentos⁶², por lo que se ha sostenido que sería un criterio presente en la jurisprudencia romana. Si bien la teoría del uso normal es propiamente de factura moderna, podemos, sin embargo, afirmar que, de manera casuista, se solucionaron casos de pequeñas molestias causadas a los vecinos en forma similar.

Podemos señalar también que la teoría del uso normal ha inspirado muchas legislaciones modernas⁶³ que han adoptado la teoría de la *immissio* para solucionar los problemas que surgen en las relaciones entre vecinos.

⁵⁹ En verdad IHERING reemplaza el término inmisión por influencia, toda vez que encuentra demasiado restringido el primero y con la finalidad de dar cabida a las llamadas inmisiones “incorporales”, como puede ser el ruido. Sin embargo, nosotros sostenemos la naturaleza corporal del ruido, no solo porque hoy la física tiene mejores conocimientos de la teoría de las ondas que en tiempos de IHERING, sino porque el ruido no consiste en un derecho, que es el criterio verdadero para distinguir la corporalidad e incorporalidad de las cosas.

⁶⁰ D.8.5.8.6: “[Ulpianus libro septimo decimo ad edictum] Apud Pomponium dubitatur libro quadragensimo primo lectionum, an quis possit ita agere licere fumum non grauem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. et ait magis non posse agi, sicut agi non potest ius esse in suo ignem facere aut sedere aut lauare”.

⁶¹ Por todos, GARCÍA SÁNCHEZ (1999) pp. 96.

⁶² Ad ex., D. 8, 2, 19 en humedad o D.8, 5, 8, 7 en vapores de baños.

⁶³ Así, el BGB en su parágrafo 906 distingue entre inmisiones esenciales y no esenciales y afirma el criterio de la tolerabilidad. El art. 844 del Código Civil italiano de 1942, también habla de tolerancia normal. Otro tanto hace el 684 del Código Civil Suizo, el 1346 del Código Civil Portugués y el 2618 del Código Civil Argentino.

Respecto a la teoría de la necesidad social, esta es de creación de Bonfante⁶⁴. Su ataque a la teoría del uso normal consiste en que no existe ningún criterio lógico que sustente que el uso que hasta ahora se ha dado a un inmueble haya de ser el que en definitiva deba dársele siempre. Si la necesidad social absoluta derivada de la naturaleza de las cosas impone que un vecino deba soportar las inmisiones de otro, no hay más alternativa que aceptarlo. Aunque no contaría con una consagración expresa en las fuentes, siempre, según el autor, habría inspirado algunas decisiones jurisprudenciales clásicas⁶⁵. Sin embargo, la mayoría de los fragmentos alegados presentan interpolaciones importantes, por lo que parece más probable que haya sido un criterio más justiniano que clásico.

Esta teoría tiene varios adeptos y ha sido parcialmente recogida en algunas legislaciones en que se impone al vecino la tolerancia de ciertas inmisiones que exceden el uso normal, siempre que no puedan ser evitadas⁶⁶. Más que como un criterio autónomo respecto al uso normal, suele actuar como su correlato moderador en circunstancias excepcionales. En este sentido, debe encontrarse establecido expresamente por el legislador, toda vez que las limitaciones al dominio relativas a la necesidad social son, por término general, materia de ley.

La última de las teorías, la prohibición de actos de emulación, fue desarrollada en el medioevo por los comentaristas, especialmente Cino de la Pistoya y Baldo de Ubaldi⁶⁷. Señala dicha teoría que nadie puede ejecutar actos en lo suyo que no le reporten beneficio alguno con el exclusivo fin de dañar al vecino y reportándose de los mismos un efectivo perjuicio en los intereses ajenos.

Esta teoría, que tiene como consecuencia más permanente la teoría del abuso del Derecho, no puede imputarse con propiedad a las fuentes romanas y no ha resultado práctica para la teoría de la *immissio*. Su ámbito más propio pertenece al Derecho de daños y es ahí donde debe ser efectivamente tratada.

La pregunta natural y el objeto de esta investigación es si tenemos base legislativa suficiente como para aplicar la teoría de la *immissio* en nuestro medio jurídico. En nuestra opinión la respuesta es claramente afirmativa. Creemos que existen, a lo menos, tres medios de defensa estrictamente civiles que tiene el propietario frente a las inmisiones, a saber, las acciones posesorias especiales, la querrela de amparo y una acción de lato conocimiento que por seguir la terminología tradicional denominaremos acción negatoria.

⁶⁴ BONFANTE (1966) pp. 371 y ss.

⁶⁵ A saber, D. 39,3,1,3-8; D. 39,3,1,15 todos sobre aguas lluvias; D. 43,23,1,9 sobre cloacas; D. 7,1,30; D. 8,2,10 y D.39,2,25 sobre luces. La crítica de cada pasaje con abundante bibliografía en GARCÍA SÁNCHEZ (1999) pp. 127 y ss.

⁶⁶ Parágrafo 906 inciso segundo del BGB; el inciso segundo del art. 844 del Código Civil Italiano; la segunda parte del art. 2618 del Código Civil Argentino.

⁶⁷ GARCÍA SÁNCHEZ (1999) pp. 145 y ss., con abundante bibliografía.

6. ACCIONES APLICABLES

En materia de aplicabilidad, debe recordarse que la teoría de la *immissio* está destinada a proteger la propiedad y el libre ejercicio de las facultades que emanan de ella.

En este sentido, el límite expresamente establecido al ejercicio de las facultades del dominio en razón del derecho ajeno, garantiza que las propias facultades no se verán turbadas por los actos de otros en sus propias cosas. El límite de la propiedad para uno no es otro que el libre ejercicio de la propiedad por parte de terceros. Así, este límite es, a la vez, una garantía de no perturbación, y esta es la idea implícita en la regla “solo es lícito hacer alguna cosa en lo suyo en cuanto no inmita en lo ajeno” (*in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*) expresada tanto por Pothier como en las Partidas como fundamento del ejercicio limitado del goce y disposición de los propios bienes.

Así, toda inmisión de cierta magnitud, más allá de los límites de la normal tolerancia, constituye una perturbación a la libre posesión que el dueño hace de su propiedad, toda vez que esta, la propiedad, no es más que el derecho a ejercer aquella, la posesión. Es por esto que generalmente existe un doble foro para proteger al propietario poseedor de las inmisiones: uno posesorio propio de los interdictos⁶⁸ y otro de lato conocimiento, conocido como acción negatoria.

Comenzaremos por los interdictos. En efecto, D. 8.5.8.5, ya analizado, cita específicamente como remedio para la inmisión de humos el interdicto *uti possidetis*. Este es precisamente el interdicto clásico⁶⁹ de conservación de inmuebles sobre el cual se construirá la querella de amparo⁷⁰. La razón es que una inmisión turba la posesión al hacer molesto o difícil el ejercicio de actos posesorios en la cosa, y de ahí que se justifique el empleo de la protección interdictal. Una taberna de quesos que inmite pesados humos y olores pestilentes en los pisos superiores destinados naturalmente a fines residenciales, sin amenazar la tenencia de los mismos por parte de sus poseedores, impide su uso natural.

Las acciones posesorias fueron incluidas en nuestro Código Civil siguiendo el modelo de las Partidas, donde se las trataba a continuación de las servidumbres. La querella de amparo tiene por objeto justamente conservar la posesión de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos (art. 916), entendiéndose por conservar la posesión el resguardarla de los actos de molestia o embarazo inferidos en el bien poseído (art. 920).

⁶⁸ EGEA (1994) p. 20: “La acción que corresponde en estos casos es la negatoria, que tiende a la protección de la libertad del dominio, sin olvidar que existe la posibilidad de acudir a la protección netamente posesoria (la que proporciona el interdicto de retener)” y p. 100: “Entiendo, como he apuntado en la primera parte de este trabajo, que se mantiene la posibilidad de utilizar la tutela interdictal también en estas inmisiones ilegítimas, ya que puede considerarse que constituyen igualmente perturbaciones posesorias”. En el mismo sentido DÍAZ ROMERO (2003) pp. 3718 y 3719 y DE MARTINO (1976) p. 213 y ss.

⁶⁹ Gai 4.148-150.

⁷⁰ Para la evolución, CLARO SOLAR (1930b) pp. 464 y ss.

Evidentemente, las inmisiones son actos de molestia de la posesión que sobradamente justifican la interposición de una querella de amparo. Piénsese en casos como la Refinería Ventanas, que contaminó las tierras agrícolas circundantes a tal grado que hizo imposible el goce de las mismas, a lo menos para la producción de frutos naturales.

Si a través de inmisiones se perjudica a tal grado un bien que los actos posesorios que pudieran ejercerse en ellos según su destinación económica habitual se tornan vanos, ¿no podemos considerar que la posesión de los mismos se encuentra turbada? ¿Qué clase de posesión es la que se detenta sobre un bien que se ha hecho inútil para su destino natural por obra de terceros? Por lo demás, el vocabulario del Código es explícito al referirse a actos de molestia o embarazo de la posesión.

Lamentablemente, parte de la doctrina ha estimado que solo son actos de turbación de la posesión aquellos que tienen por objetivo despojar al poseedor actual del bien poseído⁷¹. También la jurisprudencia⁷² se ha pronunciado hasta ahora en este sentido rígido que no se desprende ni del texto del Código ni de la historia de las disposiciones en comento. Evidentemente la teoría de las inmisiones es bastante nueva en nuestro medio jurídico⁷³, por lo que es esperable un cambio en el enfoque.

La querella de amparo permite no solo el cese en la turbación, sino también que se le caucione los daños que fundadamente pueda temer se produzcan de ello. También se contempla la posibilidad de exigir la indemnización de perjuicios, e incluso esta responsabilidad parece independiente de la posición subjetiva del autor de la inmisión, por lo que no sería necesario acreditar la culpa ni el dolo para que tenga lugar, al menos respecto al daño emergente⁷⁴. En efecto, la querella de amparo parece una protección

⁷¹ Al respecto podemos citar PEÑAILILLO (1997) p. 392: “Turbación, embarazo o molestia causada a la posesión es todo acto o hecho voluntario, ejecutado de buena o mala fe que, sin despojar a otro de su posesión, entraña o supone disputar o cuestionar el derecho que pretende tener el poseedor, de ejercerla”. Sin embargo, otra parece admitir que esta no sería su función única, como CLARO SOLAR (1930b) p. 469: “Como estos interdictos se daban para la conservación de la posesión de la cosa, su principal función consistía en hacer cesar la turbación que un poseedor experimentaba por el efecto de una pretensión rival; pero no era esta función la que los textos ponían más de relieve”.

⁷² *Transportes Ortiz y Alegria con Constructores Mansilla* (2008): “Considerando tercero: Que el objeto de la querella de amparo, como la intentada en estos autos, es conservar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos, y procede cuando se ha tratado de turbar o molestar al poseedor en su posesión o en el hecho se le ha molestado o turbado”.

⁷³ El primero en tratarla es PESCIO (1978) p. 326 n. 2, donde expone la doctrina y los artículos pertinentes del derecho comparado. Aparte del texto de esta nota al pie, hay una reciente tesis de grado que dirigió sobre el tema (ABDUL-MALAK IZAM, 2006). Lamentablemente, no es una doctrina que haya estado presente en nuestros tribunales ni en el resto de los autores nacionales, por lo que ha permanecido como una gran desconocida. Incluso, partes de ella, como la normal tolerancia, han sido incorporadas a la teoría del abuso del derecho, que, a pesar de su matriz común, le es extraña.

⁷⁴ Hemos cambiado de opinión al respecto. En un principio sosteníamos exactamente lo contrario, pero un estudio más profundo del tema nos ha llevado a estas conclusiones. Nuestras razones son, en primer término, que respecto a la querella de restitución el art. 925 fija un régimen mucho más completo, acreditando la posición subjetiva del agente. En segundo término, hay otros casos de indemnización sin culpa ni dolo en materia de bienes, como el caso del art. 658 del Código Civil. Esta última aportación se la debemos a nuestro amigo, el profesor Patricio Ignacio Carvajal Ramírez. En cualquier caso, el punto requiere mayor desarrollo y pretendemos dárselo en un artículo futuro.

bastante completa contra las inmisiones, aunque requiere estar en posesión tranquila e ininterrumpida durante un año completo y solo protege inmisiones en inmuebles.

Si los requisitos de la querrela de amparo resultasen excesivos⁷⁵, tenemos, en segundo término, las acciones posesorias especiales. Estas tienen por finalidad, como regla general, regular las relaciones de vecindad y, precisamente, establecer limitaciones al ejercicio de la propiedad en razón del derecho ajeno⁷⁶.

Específicamente, resulta interesante el artículo 941, que tiene por finalidad hacer valer los derechos establecidos en el artículo 856 del Código. En efecto, estas disposiciones constituyen un verdadero límite a la propiedad⁷⁷.

El artículo 856 del Código dispone:

“Si se trata de pozos, letrinas, caballerizas, chimeneas, hogares, fraguas, hornos u otras obras de que pueda resultar daño a los edificios o heredades vecinas, deberán observarse las reglas prescritas por las ordenanzas generales o locales, ora sea medianera o no la pared divisoria. Lo mismo se aplica a los depósitos de pólvora, de materias húmedas o infectas, y de todo lo que pueda dañar la solidez, seguridad y salubridad de los edificios”.

Esta norma, que Alessandri, en un alarde de insensibilidad jurídica, juzga indigna de un Código Civil⁷⁸, encuentra su origen en el artículo 674 del *Code*⁷⁹. Este, a su vez, se inspira en el título relativo a las obligaciones a que da lugar la contigüidad de heredades de Pothier⁸⁰, donde se explicita la obligación de cada uno de usar de su heredad sin perjudicar al vecino, citando expresamente D. 8.5.8.5 y el principio de “solo es lícito hacer alguna cosa en lo suyo en cuanto no se proyecte en lo ajeno” (*in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*). Es justamente aquí, al origen del artículo 856 del Código, donde nos reenvía Pothier al hacer explícito el significado de la limitación de las facultades del dominio en razón del derecho ajeno⁸¹.

⁷⁵ Las acciones posesorias especiales no están sujetas a los mismos requisitos de posesión tranquila y no interrumpida por un año de la querrela de amparo y de restitución. VODANOVIC (1940) pp. 681 y ss.

⁷⁶ CLARO SOLAR (1930b) p. 535: “El Código reúne en este título final del libro II acciones que llama posesorias especiales, muchas de las cuales miran, más que a la posesión, al ejercicio del derecho de propiedad y establecen restricciones o limitaciones a este ejercicio, a fin de evitar los daños o conflictos que la libertad de goce de los propietarios pudiera ocasionar”.

⁷⁷ VODANOVIC (1940) pp. 241: “Hay muchas disposiciones en el Código Civil que constituyen una limitación del derecho de propiedad por el derecho ajeno; tales son los artículos 846, 836, 837, 941, 942 y 944”. En el mismo sentido, ALESSANDRI RODRÍGUEZ (1937) pp. 27 y 28 y CLARO SOLAR (1930b) p. 162.

⁷⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (1937) p. 235.

⁷⁹ “Celui qui fait ceuser un puits ou une fosse d’aisances pres d’un mur mitoyen ou non; celui qui veut y construire cheminée ou autre, forge, four ou fourneau, y adosser une étable, ou établir contre ce mur un magasin de sel ou amas de matières corrosives est obligé à laisser la distance prescrite par les règlements et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages, pour éviter de nuire au voisin”. Por lo demás, el origen de la teoría del abuso del derecho se encuentra justamente en el 674 del *Code*.

⁸⁰ POTHIER (1841) n. 235, p. 106.

⁸¹ POTHIER (1827) p. 118.

García Goyena también reproduce el citado artículo 674 del *Code* en el 525 de su proyecto⁸², y al explicar el significado del precepto vuelve también a citar la regla de D. 8.5.8.5 que prohíbe ejecutar en lo propio actos que inmitan en lo ajeno⁸³. En efecto, el actual Código Civil Español conserva la misma norma⁸⁴ y es en base a esta que se construyó y se dio aplicabilidad a la teoría de las inmisiones en el medio jurídico peninsular⁸⁵.

En nuestra opinión, evidentemente el artículo 856 del Código da pie más que suficiente para aplicar la teoría de las inmisiones. Los actos ahí descritos son todos realizados en lo propio, pero manifiestan la particularidad de proyectar sus efectos nocivos en lo ajeno, y esa es la razón común de todos ellos.

No puede estimarse que la enumeración sea otra cosa que ejemplar, y, por lo tanto, su aplicación debe ampliarse a todo tipo de actos en lo propio que tengan por particularidad desarrollar efectos nocivos intolerables en lo ajeno. En este mismo artículo se resumen una gran variedad de casos de inmisiones del derecho romano⁸⁶. En caso que de estos actos se desprendan inmisiones, el artículo 941, específicamente en su inciso primero, establece una acción posesoria específica:

“El dueño de una casa tiene derecho para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de agua o materias húmedas que puedan dañarla”

Corresponde a la acción posesoria misma para prevenir inmisiones. Obsérvese que no es necesario que el daño se haya producido; basta con que simplemente pueda temerse. Si la obra que producirá inmisiones está en construcción, también puede utilizarse la denuncia de obra nueva.

Ahora, una vez despejada la vía posesoria, que presenta ventajas de rapidez y simplicidad probatoria, nos toca estudiar la acción de lato conocimiento que, por seguir la denominación tradicional, llamaremos negatoria.

⁸² “Nadie puede construir cerca de una pared ajena ó medianera pozos, o cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor á otras fábricas destinadas á usos peligrosos y nocivos, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del país, ó sin construir las obras de resguardo necesarias, y con sujecion, en el modo, á todas las condiciones que los mismos reglamentos previenen”.

⁸³ GARCÍA GOYENA (1852) pp. 452 y 453.

⁸⁴ Art. 590 Código Civil Español: “Nadie podrá construir cerca de una pared medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban.

A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias; previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos”.

⁸⁵ LÁZARO GUILLAMÓN (2007) p. 168; DÍAZ ROMERO (2003) p. 3709; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ (2002) p. 639.

⁸⁶ Para las chimeneas, evidentemente estamos ante D. 8.5.8.5, aunque también D. 47.10.44. En cuanto a los estercoleros, pozos y letrinas, está tomado de D. 8.5.17.2. Para un análisis romanístico de estos problemas de inmisiones: GARCÍA SÁNCHEZ (1999) pp. 48 y ss.

Nuestro Código, al igual que aquellos inspirados directamente en el francés⁸⁷, no recogió la denominación medieval de acciones confesoria, para la vindicatoria de servidumbres reales, y negatoria, para la que rechaza la pretensión de establecerlas. Nuestro Código se limita a establecer una "reivindicatoria" genérica para todos los derechos reales (artículo 891), que equivale a la confesoria, y nada dice respecto a las acciones de rechazo.

La reivindicatoria es manifiestamente inútil para dirigirla contra quien pretende tener una servidumbre, pues el dueño estaría en posesión del inmueble y el demandado no sería poseedor del bien, con lo cual incumple el supuesto fáctico que funda la reivindicatoria.

La acción negatoria es la que específicamente cumple esta función, aunque no exclusivamente. Tiene por finalidad proteger la libertad del dominio⁸⁸, y en este sentido se fundamenta directamente en la definición del mismo y en los atributos más esenciales de este derecho. Persigue liberar al dueño de las molestias y turbaciones que puede experimentar de resultas de inmisiones de todo tipo, sean directas, esto es un *facere in alieno*, o indirectas, un *facere in suo* que presenta consecuencias inmisivas en lo ajeno.

Si existiese una servidumbre, el dueño se vería forzado a soportar estas inmisiones (artículo 947 del Código Civil), y es por ello que a través de una acción que busca declarar la libertad del predio, esto es, la ausencia de servidumbres que lo graven, se pueden hacer cesar las inmisiones.

Esta acción es real y de lato conocimiento. Está activamente legitimado para interponerla el dueño de la cosa. Aunque resulta discutible si otros titulares de derechos reales, como el usufructuario o el titular del derecho de habitación pueden ejercerla⁸⁹, nosotros nos inclinamos por la afirmativa, puesto que también su derecho se ve turbado por las inmisiones. El sujeto pasivo es el autor de las perturbaciones.

Para ejercerse se requiere que exista una perturbación y que esta no tenga un fundamento jurídico, esto es, que no se encuentre amparada por una servidumbre o por algún derecho de carácter personal que la autorice. La posición subjetiva del autor es completamente irrelevante a la hora de exigir la cesación de las inmisiones o su disminución hasta los límites de normal tolerancia. La exigencia de negligencia o culpa importará para la indemnización de los perjuicios que se hayan causado.

Aunque usualmente se refiere esta acción a inmuebles, no vemos razón alguna para restringirla a la defensa de ellos. Si el resultado lesivo se produjera en bienes muebles, creemos que la acción es igualmente aplicable.

⁸⁷ Con bastantes detalles, DE MARTINO (1976) p. 199.

⁸⁸ Reproducimos, al respecto, los asertos del profesor EGEA: "El artículo 390 CC define la propiedad... e inmediatamente después se ocupa de la protección de este derecho frente a perturbaciones que consistan en la privación o retención de la cosa... Las perturbaciones, sin embargo, pueden tener un alcance distinto. Efectivamente, puede que estas no se refieran a la privación o retención de la posesión, debiendo dotarse igualmente al propietario sobre el que recae este tipo de perturbación de los medios de defensa necesarios para hacerla cesar. La acción que corresponde en estos casos es la negatoria, que tiende a la protección de la libertad del dominio, sin olvidar que existe la posibilidad de acudir a la protección netamente posesoria (la que proporciona el interdicto de retener)". EGEA (1994) pp. 19-20.

⁸⁹ Para detalles de esta polémica, EGEA (1994) p. 45.

Con estos pocos asertos, esperamos haber demostrado la aplicabilidad de la teoría de las inmisiones para servir de remedio frente a los ataques a la propiedad derivados del uso que una parte hace de sus cosas y que resulta lesivo para otros. Esperamos ver pronto una variedad de trabajos sobre el tema y encontrarla aplicada por la jurisprudencia judicial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABDUL-MALAK IZAM, Leyla Alejandra (2006): *La disciplina de las inmisiones en el ordenamiento jurídico chileno: su aplicación práctica respecto al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación* (Santiago, Pontificia Universidad Católica) 266 pp.
- ALESSANDRI, Arturo (1937): *De los Bienes* (Santiago, Zamorano y Caperán) 330 pp.
- BELLO, Andrés (1888): *Obras Completas* (Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez) t. XII, 641 pp.
- BELLO, Andrés (1952): *Obras Completas* (Santiago, Nascimento), t. III 630 pp.
- BONFANTE, Pietro (1966): *Corso di diritto romano, La proprietà* (Milano, Giuffrè) t. IV, 520 pp.
- BRAHM, Enrique (1996): “El concepto de propiedad en el Código Napoleónico”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23 N° 1: pp. 7-12.
- CLARO SOLAR, Luis (1930a): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De los Bienes* (Santiago, Imprenta Cervantes) t. I, 675 pp.
- CLARO SOLAR, Luis (1930b): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De los Bienes* (Santiago, Imprenta Cervantes) t. IV, 620 pp.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZAMA, Eduardo (2008): “Evolución histórica del concepto de propiedad”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XXX: pp. 345-385.
- DE MARTINO, Francesco (1976): *Commentario del Codice civile, Libro terzo, Della proprietà* (Bologna, Nicola Zanichelli) 621 pp.
- DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel y PONS GONZÁLEZ, Manuel (2002): *Régimen Jurídico de las Servidumbres* (Granada, Comares) 836 pp.
- DÍAZ ROMERO, María del Rosario (2003): “La acción negatoria frente a las inmisiones en el derecho de propiedad”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. III (Madrid, Thomson) pp. 3699-3721.
- DOMAT, Jean (1835): *Oeuvres* (Paris, Alex Gobelet) 1.170 pp.
- EGEA, Joan (1994): *Acción Negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad* (Madrid, Marcial Pons) 209 pp.
- GARCÍA GOYENA, Florencio (1852): *Concordancia Motivos y Comentarios del Código Civil Español* (Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica) v. I, 509 pp.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Justo (1999): *Teoría de la Immissio* (Oviedo, Universidad de Oviedo) 215 pp.
- GROSSI, Paolo (1992): *Il dominio e le cose, percezioni medievali e moderne dei diritti reali* (Milano, Giuffrè) 755 pp.

- IHERING, Rudolf von (1862): “Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn”, *Jarhbüchen für Dogmatik*, v. VI: pp. 81-130.
- JIMÉNEZ SALCEDO, María Carmen (2000): *El Régimen Jurídico de las Relaciones de Vecindad en Derecho Romano* (Madrid, Cajasur) 280 pp.
- LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen (2007): *La Acción Negatoria* (Valencia, Tirant lo Blanch) 236 pp.
- LIRA, Pedro (1944): *El Código Civil y el Nuevo Derecho* (Santiago, Nascimento) 335 pp.
- LLÁCER MATA CÁS, María Rosa (2002): “Régimen Legal de las Servidumbres y la Vecindad en el derecho Civil Catalán”, en: AA.VV. *Tratado de Servidumbres* (Navarra, Aranzadi) 4.233 pp.
- LÓPEZ, Gregorio (1985): *Siete Partidas Glosadas por el Licenciado Gregorio López* (Salamanca, Andrea de Portonaris, reeditada en Madrid, BOE) 3 tomos, 1.792 pp.
- PEÑAILILLO, Daniel (1997): *Los Bienes* (Santiago, Editorial Jurídica) 412 pp.
- PESCIO, Víctor (1978): *Manual de Derecho Civil* (Santiago, Editorial Jurídica) t. III, 413 pp.
- PICCINELLI, Ferdinando (1980): *Studi e ricerche intorno alla definizione dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio pattur* (Napoli, Jovene) 123 pp.
- POTHIER, Robert-Joseph (1827): *Ouvres, Traité du droit de domaine de propriété* (Paris, Pichon-Béchet) 691 pp.
- POTHIER, Robert-Joseph (1841): *Tratado de la Sociedad* (Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger) 114 pp.
- POTHIER, Robert-Joseph (1882): *Obras Completas, Tratado del Derecho de Dominio de la Propiedad* (Barcelona, Imprenta de la viuda e hijos de J. Subirana) t. VII, 348 pp.
- SPANGENBERG, Ernst Peter Johann (1826) “Einige Bemerkungen über das Nachbarrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 9: pp. 265-272.
- VODANOVIC, Antonio (1940): *Derecho Civil* (Santiago, Nascimento) 736 pp.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Danko Antonio Stjepovich González con Universidad de Antofagasta* (2004): Corte Suprema, 9 de noviembre de 2004. ROL 228-2003.
- Transportes Ortiz y Alegría con Constructores Mansilla* (2008): Corte Suprema, 17 de marzo de 2008. ROL 6668-2006.
- Mario de Barbieri Salinas con Autofrance Limitada* (2008): Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de enero de 2008. Rol 982-2007.

