



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrchd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Chile

Amunátegui Perelló, Carlos Felipe  
HACIA UN CONCEPTO DE INMISIONES EN EL DERECHO CHILENO  
Revista Chilena de Derecho, vol. 40, núm. 1, enero-abril, 2013, pp. 45-88  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177028147003>

- 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

# HACIA UN CONCEPTO DE INMISIONES EN EL DERECHO CHILENO\*\*

## *A CONCEPT OF IMMISSIONS IN CHILEAN LAW*

CARLOS FELIPE AMUNÁTEGUI PERELLÓ\*

**RESUMEN:** El presente artículo intenta elaborar un concepto de inmisiones válido para el Derecho chileno, tomando en consideración la historia de la teoría y las posibilidades dogmáticas que ofrece nuestro Derecho nacional. La idea es establecer una regulación privada de las relaciones de vecindad y de los efectos nocivos que pueden derivarse de ella a través de las emisiones generadas en un predio y que afectan a otro. Para ello ha sido dividido en dos partes, la primera, tratará la historia de la teoría de las inmisiones, mientras que la segunda se centrará en formular un concepto de inmisión válido para el Derecho nacional.

**Palabras Clave:** *Contaminación, inmisiones, emisiones, vecindad.*

**ABSTRACT:** This article aims to construct a concept of immissions valid under Chilean law, taking into account the history of the theory and the dogmatic possibilities that our legal system offers. We intend to establish a private law regulation of neighborhood relations and of the effects that can be generated in that context from one real estate to others which are near. In order to achieve this goal we have divided this work into two parts. It's first, treats the historical context of immissions theory, while the second one intends to formulate a concept of immission valid for our national legal system.

**Key words:** *Pollution, immissions, emissions, neighborhood.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El problema de las inmisiones es tan antiguo como la vecindad misma. Consiste en lo siguiente, qué sucede si el uso que se da una persona a su predio genera efectos tan nocivos que termina por afectar el uso, goce o disposición que otro vecino quiere realizar sobre el suyo propio. ¿Tiene el vecino alguna herramienta jurídica para defenderse de estos ataques discretos que se realizan sobre sus bienes? Al respecto, nuestro país no cuenta con una regulación formal del problema, sino que la cuestión ha sido dejada de lado por nuestra doctrina y jurisprudencia fomentándose, a la larga, una suerte de ley de la selva en lo que relaciones de vecindad se refiere. En algunos casos, como los tristemente célebres de Freirina y Pelequén ocurridos en 2012, la cuestión se terminó resolviendo a través de motines populares. En otros, los vericuetos de las autorizaciones administrativas han terminado reemplazando al Derecho, lo cual es siempre inseguro y depende, en alguna medida, de la buena voluntad de las autoridades administrativas. No obstante, la teoría de las inmisiones es bastante antigua. Tiene raíces romanas, desarrollo medieval y consagración en la pandec-

\*\* El presente artículo forma parte del proyecto Anillos de Investigación Asociativa CONICYT SOC1111.

\* Profesor de Derecho romano, Pontificia Universidad Católica de Chile.

tística alemana, brillando algunos de los nombres más ilustres de la historia del Derecho en su desarrollo. El objetivo de este trabajo es exponer tanto las raíces de la teoría como las bases para su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, elaborando un concepto de inmisiones que sea susceptible de ser utilizado en nuestra jurisprudencia.

## 2. LOS ORÍGENES. DE ROMA HASTA DEL CODE NAPOLEÓN

Como ya hemos señalado, el problema de las inmisiones tiene sus raíces en el Derecho romano. En efecto, la voz inmisión se encuentra profusamente usada en el vocabulario jurídico clásico en distintos sentidos<sup>1</sup>. En principio, el problema parece ligado a la propiedad y la facultad de exclusión que su titular tiene respecto a terceros para que estos no realicen actos que afecten sus bienes, es decir, al *ius excludendi* que mana del dominio<sup>2</sup>. El dominio se entiende como una entidad cerrada donde el propietario puede rechazar las injerencias de terceros sin necesidad de otorgar justificación alguna ni posibilidad de apelar al uso inocuo<sup>3</sup>. En Roma primitiva, ya desde la época de los reyes etruscos (circa s.VII a.C.)<sup>4</sup>, cada predio se constituye como una entidad asilada de las demás, limitada por una franja de terreno sin construir que la deslinda.

Aunque con el desarrollo de una economía de corte capitalista durante el Período Central es posible apreciar una progresiva atenuación de este primitivo aislacionismo dominical<sup>5</sup>, en el pensamiento jurídico romano se mantuvo siempre vigente el principio de exclusión de las injerencias de terceros sobre los bienes propios. La excepción a este principio se justifica solo a través de la imposición de servidumbres<sup>6</sup>. Cada vez que un tercero ejercía

<sup>1</sup> Se la utiliza a propósito de intromisiones de agua (D. 39,3,1,17; D. 39,3,2,10; D. 39,3,3pr.; D. 39,11,5; D. 43,8,2,28.), de problemas de cloacas (D. 43,23,1,9; D. 43,23,1,15), de luces (D. 7,1,13,7; D. 8,2,40), de desagües de tejados (D. 8,2,28; D. 8,5,9; D. 8,5,16; D. 8,6,8; D. 43,24,22,4), de viga empotrada (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), de intromisión de raíces de árboles (D. 6,1,5,3), de animales domésticos (D. 9,1,2,1; D. 10,4,9,1; D. 19,5,14,3; C. Iust. 11,LXVII (66) 1) y daños de la *lex Aquilia* (D. 9,2,29,2; D. 9,2,52,2; Inst. Iust. 4,3,13; C. Iust. 3,35,1). Véase: GARCÍA SÁNCHEZ (1999: 21-43).

<sup>2</sup> En palabras de García Sánchez: "De acuerdo con el carácter absorbente de la primitiva propiedad romana... no es de extrañar que el primer criterio rector de las opiniones jurisprudenciales [sobre inmisiones] fuera el de la prohibición de invadir la esfera interna de la propiedad del vecino" GARCÍA SÁNCHEZ (1999) p. 47.

<sup>3</sup> BONFANTE (1966) p. 277.

<sup>4</sup> Véase AMUNÁTEGUI (2010) pp. 53-74.

<sup>5</sup> En efecto, la extensión del *ius excludendi* parece menor durante los siglos del Imperio. En primer término se reemplaza el régimen del *ambitus*, es decir de la franja de tierra que limita los inmuebles urbanos, por el de *paries communis*, que implica derechos y deberes recíprocos para quienes mantienen una pared común. La variedad de servidumbres aumenta vertiginosamente e, incluso, se desarrollan ciertas ideas acerca de la tolerancia de las inmisiones del vecino en el inmueble propio que darán lugar a aquello que en el siglo XIX se denominará teoría del uso normal. Véase BONFANTE (1966) p. 327.

<sup>6</sup> En palabras de Paricio: "En el Derecho romano, dada la particular naturaleza del *dominium* con su carácter absoluto e independiente (salvo que hubiese sido limitado voluntariamente, p.ej. con una servidumbre), las relaciones entre los titulares de los diversos fundos vecinos se nos presenta bajo la forma de un régimen negativo, es decir, de una respectiva libertad tutelada y defendida por diferentes recursos procesales... Lo que existen son medios jurídicos de defensa y no limitaciones a la propiedad; por ello los recursos procesales que se concedían para resolver problemas surgidos en las relaciones de vecindad no pueden ser considerados estrictamente como limitaciones sobre la propiedad". PARICIO (1982) p. 1.

actos que de hecho implicaban una carga para un predio, el dueño del mismo contaba con una acción especial para vindicar la libertad de su fundo y negar la existencia de una servidumbre que pesase sobre él<sup>7</sup>, la cual se denominaba acción negatoria. Si la *actio negatoria* tuvo un alcance amplio ya durante la época clásica o fue solo Justiniano quien se lo otorgó, es un problema que no nos concierne<sup>8</sup>. Para nosotros lo relevante es que los textos jurídicos justinianeos que fundaron la tradición jurídica occidental contemplaban muchos supuestos de amplio alcance de penetración en la propiedad ajena como susceptibles de ser combatidos a través de la interposición de la acción negatoria. Al respecto, la voces *immittere* e *immissio* aparecen usadas generalmente en dos contextos específicos, en sede de servidumbres, especialmente en relación a la acción negatoria, y en sede interdictal, para la prohibición de actos que afectan la posesión de un bien propio o el uso colectivo de los bienes destinados al uso público.

En algunos textos se hace referencia a un concepto más específico de *immittere* como un acto distinto al mero proyectarse en los bienes ajenos<sup>9</sup>, aunque parece que en la práctica esta diferencia se refiere únicamente al interdicto de penetración de viga, mas no constituye un criterio general. En efecto, el inmitir aparece en muchos textos como una forma particular del hacer en lo ajeno, un hacer de carácter indirecto<sup>10</sup>. Especialmente importante a este respecto resulta el caso de la taberna de quesos reportado en D. 8.5.8.5:

<sup>7</sup> Según Lázaro Guillamón: “Nuestro presupuesto de partida es apreciar en la acción negatoria, que por definición es el mecanismo procesal adecuado para oponerse al derecho que un tercero pretende tener sobre un inmueble sin haberlo constituido válidamente, un medio útil para que el propietario del que puede llegar a convertirse en fundo sirviente llegue a interrumpir el efecto de la *patientia*, de la tolerancia, dada su actitud negativa y prohibitiva respecto de la pretensión de aquel tercero. De esta suerte, si la acción negatoria prosperase, se impediría la constitución de una servidumbre por ejercicio continuado del derecho, esto es, la *possessio iuris* no produciría, tal y como se reconoce en la última época del Derecho Romano, la posibilidad de adquisición prescriptiva”. LÁZARO GUILLAMÓN (2007) p. 25.

<sup>8</sup> En principio, la respuesta a este enigma depende de la fuerza que se otorgue a la tipicidad de las servidumbres durante el período clásico. Si se piensa que eran objeto de *actio negatoria* exclusivamente los actos que constituían base a un de aquellas servidumbres típicamente establecidas en el *ius civile*, la extensión de la fuerza de la negatoria parece obra justiniana. En este sentido véase PEROZZI (1895= 1948) pp. 371-398, VALIÑO (2002) pp. 35-42 y LÁZARO GUILLAMÓN (2007) p. 33. Para una visión contraria, que estima propia del régimen clásico la extensión de la *actio negatoria* hacia supuestos de penetración en el inmueble ajeno de diversas especies, como la de humos o malos olores: DE MARTINO (1995) p. 522 y GARCÍA SÁNCHEZ (1999) p. 49.

<sup>9</sup> D.50.16.242 *Inter “proiectum” et “immissum” hoc interesse ait Labeo, quod proiectum esset id quod ita proveheretur ut nusquam requiesceret, qualia maeniana et suggrundae essent: immissum autem, quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna trabes quae immitteretur.*

[Entre “proyectarse” e “inmitir” esta es [la diferencia] que interesa, dice Labeón. Lo que se proyecta es lo que se avanza sin apoyarse nunca, como los balcones y aleros. Lo que se inmite, en cambio, es lo que se hace para que descance en algún lugar, como una viga que empotres, la que se inmite.]

D.8.2.20pr [Paulus libro 15 ad Sabinum.] *Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur. Nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. Idem eveniet et si menianum in tuum immissum habuero aut stillicidium in tuum proiecero, quia in tuo aliquid utor et si quasi facto quodam possideo.*

[Las servidumbres que se radican en lo edificado se retienen por la posesión. Porque si desde mi edificio en el tuyo yo hubiese inmitido una viga, esto, lo que tengo inmitido, por causa de la viga, poseo la costumbre de tenerla. Igual ocurre si yo tuviese un balcón avanzado en lo tuyo o un estercolero en lo tuyo se proyecta, porque cuando uso algo en lo tuyo, también casi por el mismo hecho lo poseo.]

<sup>10</sup> D. 43.8.2 *Ulpianus libro 68 ad edictumpr. Praetor ait: “Ne quid in loco publico facias inve eum locum*

D. 8,5,8,5 [Ulpiano libro decimoséptimo 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 entrometa 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 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 quiera<sup>11</sup>.

Este caso es aquel que servirá de base a la jurisprudencia alemana del siglo XIX para la elaboración de la teoría de las inmisiones, por lo que lo trataremos con algún detenimiento a fin de poder analizar el desarrollo jurisprudencial posterior. En el fragmento en cuestión Ulpiano, comentando una rúbrica edictal, relata la respuesta que el jurista Aristón dio a cierto caso planteado por un tal Cerelio Vital. La ciudad de Minturno arrendó a Cerelio Vital un inmueble a fin que este instalara una fábrica de quesos. El problema es que, de resultas de su actividad industrial, se producían pesados humos que penetraban en los predios superiores. En el caso se tocan tres puntos diversos. En primer término, el jurista aclara que Cerelio Vital no tiene derecho a inmitir humos en los predios superiores (*in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit*), salvo que se haya constituido tal servidumbre en dichos predios superiores, por lo que cabe la acción negato-

---

*immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est. De eo, quod factum erit, interdictum non dabo* [Ulpiano, libro 68 acerca del edicto perpetuo. El pretor dice: "Que no se haga ni se inmita en lugar público para que de ello no se dé em aquel daño más de lo que por ley, senadoconsulto, edicto o decreto del príncipe a ti te es permitido. Acerca de ello, lo que fuese hecho, no daré interdicto.]

D.43.8.6. *Cum quidam velum in maeniano immissum haberet, qui vicini luminibus officiebat, utile interdictum competit: "Ne quid in publico immittas, qua ex re luminibus Gaii Seii officias".*

[Cuando alguno tuviese un toldo en su balcón que se inmitiese quitando la luz al vecino, compete el interdicto como útil: "No inmitas en lugar público con la cual quites la luz a Gayo Seyo"]

<sup>11</sup> D. 8,5,8,5 [Ulpianus libro septimo decimo ad edictum] Aristo Cerellio Uitali respondit non putare se ex taberna casiarum 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. Alfenum 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 casiarum 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 vellet, suo uti.

ria en contra de la taberna de quesos. Por vía ejemplar se señala que, de la misma manera que desde el predio superior no se puede echar agua al inferior, ni ninguna otra cosa, desde el superior no se puede inmitir humos en el inferior. Una vez aclarado esto, entrega una suerte de *regula iuris* respecto a la propiedad y las inmisiones que, con el transcurso de los siglos, terminará en la definición de propiedad de don Andrés Bello<sup>12</sup>: *in suo enim alii hac-tenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*, es decir, en lo suyo cada cual puede hacer lo que desee, con tal que nada inmita en lo ajeno. Incluso, de contar efectivamente con las servidumbres de humos necesarias, podría demandar vindicando su servidumbre y afirmando que sí tiene derecho a llevar adelante su actividad económica. Finalmente, si como consecuencia del ejercicio de la acción negatoria el arrendatario no puede utilizar el inmueble para el fin previsto en el contrato de arrendamiento, el mismo Aristón habría señalado que Cerelio Vital podría demandar a la ciudad de Minturno por el contrato de arrendamiento, ya que en el inmueble arrendado no podría llevar adelante la actividad económica para la cual lo ha tomado. Por último, se indica que también cabría la interposición del interdicto *uti possidetis*, el antecedente histórico de la querrela de amparo, para hacer cesar a Cerelio Vital en su actividad inmisiva.

El presente fragmento ha sido sumamente discutido afirmando acusándose desde hace tiempo la presencia de varias interpolaciones<sup>13</sup>. Al efecto, Perozzi<sup>14</sup> estima que en época Clásica es improbable que la inmisión de humos fuese admitida como una servidumbre, ante lo cual el fragmento completo estaría interpolado. Por otra parte, la presencia de una acción de arrendamiento reforzó las sospechas de la hipercrítica, que descartó por completo la autenticidad del mismo. En principio, sería posible ejercer la *actio negatoria* solo para proteger el fundo de aquellas servidumbres típicamente establecidas y, puesto que la tipicidad de la servidumbre de humos parecía más que improbable para la etapa clásica, el fragmento sería sospechoso<sup>15</sup>. No obstante, ya De Martino<sup>16</sup> aceptó la posibilidad de que la constitución de servidumbres de humos en pleno período clásico fuese posible, por lo que el fragmento sería sustancialmente legítimo<sup>17</sup>, aunque objeto de alguna interpolación menor, como es el agregarse un glosema que permite el ejercicio del interdicto *uti possidetis*. Sin embargo, incluso este pretendido glosema también podría ser original del texto, atendido el hecho que este tipo de interdicto solía utilizarse para fijar la posición de las partes antes del ejercicio de una acción de fondo, como son la vindicatoria y negatoria de servidumbres, como ha sostenido Falcone<sup>18</sup>.

Para nosotros el problema de la autenticidad del texto —que mantenemos— es menor, toda vez que lo que nos importa es el desarrollo jurisprudencial posterior que este generó y las nuevas ideas que merced al mismo nacieron en el mundo del Derecho. A nosotros no

<sup>12</sup> Véase AMUNÁTEGUI PERELLÓ (2009) pp. 505-525.

<sup>13</sup> Para un buen estado de la cuestión respecto al problema de la interpolación, véase DÍAZ-BAUTISTA CREMADES (2007) pp. 20-22.

<sup>14</sup> PEROZZI (1895-1948) pp. 371-398.

<sup>15</sup> En este mismo sentido VALIÑO (2002) pp. 35-42.

<sup>16</sup> DE MARTINO (1995) pp. 522-524.

<sup>17</sup> GARCÍA SÁNCHEZ (1999) p. 58; JIMÉNEZ SALCEDO (1999) p. 48; LÁZARO GUILLAMÓN (2007) p. 87.

<sup>18</sup> FALCONE (1996) pp. 5-360, seguido en este punto por CAPOGROSSI COLOGNESI (2001) pp. 31-36.

nos parece que el texto haya sufrido modificaciones sustanciales puesto que el lenguaje del mismo parece claro, la referencia al arrendamiento y la posibilidad de demandar a la ciudad —que tantas sospechas generó— es una consecuencia natural de la ineptitud de la cosa para el fin económico previsto en el contrato, toda vez que carecería de las servidumbres necesarias para el ejercicio de la actividad económica para la cual fue tomada por el arrendatario. Respecto a la tipicidad de las servidumbres, debe recordarse que esta se encontraba bastante atenuada ya en la época de Gayo (y más aún en la de Ulpiano, autor del fragmento) toda vez que era posible su constitución a través de *pactiones* y *stipulationes* de una manera bastante libre y sin atenerse necesariamente a los tipos del derecho civil, como recientemente se ha demostrado<sup>19</sup>. En cuanto a la referencia al interdicto, en verdad esta parece algo abreviada, toda vez que no indica quiénes serían los sujetos del mismo, aunque, tal vez, justamente por verse envuelto el arrendamiento y la existencia de dos sujetos pasivos posibles de la acción negatoria (la ciudad de Minturno como dueña y Cerelio Vital como poseedor natural o mero tenedor en lenguaje jurídico nacional) es que el ejercicio de tal interdicto fuese útil a fin de clarificar quién sería el sujeto pasivo de la acción negatoria. Lo que sí es patente es que en época justiniana aparentemente el principio de tipicidad de las servidumbres ha decaído, por lo que ya no son solo los actos que envuelven la necesidad de una servidumbre preestablecida aquellos rígidos moldes del *ius civile* los que pueden ser reprimidos con la acción negatoria, sino en general cualquiera que implique penetración dentro del ámbito de la propiedad ajena. Así, la *regula* indicada por Aristón viene a consistir en la prohibición no solo de las injerencias directas en lo ajeno, esto es, de realizar actos en el inmueble vecino, como se desprende del *ius excludendi* que todo propietario tiene respecto a terceros, sino también en la exclusión de un hacer indirecto, de proyectar las consecuencias negativas del obrar en lo propio dentro del inmueble ajeno, como es el caso de los humos que se generan producto de la actividad industrial, dentro del inmueble ajeno. Inmitir pasa a identificarse con la penetración consecuencial derivada del ejercicio de actos en los bienes propios sobre bienes vecinos. Es desde esta base que se elaborará la idea de inmisión para los tiempos futuros.

En el fragmento siguiente al de la taberna de quesos, Ulpiano continúa con el problema de las inmisiones, pero esta vez plantea el límite a las mismas:

D.8.5.8.6 En el libro cuadragésimo primero de lecciones duda Pomponio acerca de esto: ¿y si él pudiese hacer así un humo que no resultase pesado? ¿Puede hacer o no fuego en lo suyo? Y dice más, que si no puede hacer esto, tampoco tendría derecho a hacer fuego en lo suyo, ni lo tendría para sentarse ni lavarse<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> CARREÑO SÁNCHEZ (2009) pp. 199-216.

<sup>20</sup> 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 gravem, 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 lavare.

[Ulpiano, libro decimoséptimo al edicto. Acerca de ello dudaba Pomponio en el libro cuadragésimo primero de las lecciones si a alguno le fuese permitido litigar por un humo no espeso, como si no se le permitiese hacer fuego en su hogar. Y dice que así no puede litigar, como tampoco litigar sosteniendo que no tiene derecho a hacer fuego, sentarse o lavarse.]



El fragmento es muy interesante, no solo por el contenido jurídico del problema, sino porque nos revela que el caso de la taberna de quesos fue paradigmático para la teoría jurídica romana, toda vez que lo vemos discutido juristas de diversas épocas, como son Aristón, Alfeno, Pomponio y Ulpiano, es decir dos juristas de comienzos del Principado y dos de finales del mismo. Es interesante constatar que una vez que las bases de la represión de las inmisiones a través de la acción negatoria y los interdictos posesorios han sido propuestos por los juristas más tempranos, el problema de la necesidad de tolerar ciertas inmisiones menores y los límites a la represión de las mismas sea propio de la parte final del período central, cuando las exigencias sociales a la propiedad sean más acusadas y el capitalismo de la Roma central se encuentra a punto de caer en el abismo del siglo III y su final disolución. Pomponio, al respecto, razona con ironía respecto al problema de las inmisiones leves. Se pregunta qué sucede si el humo de la taberna no fuese pesado. Con un tono sardónico responde que si no tiene derecho a emitir un humo leve, no puede tampoco hacer fuego, ni lavarse ni sentarse en su propia casa. De esta manera, parece que la posibilidad de reprimir las inmisiones del vecino encuentra un límite en ciertas conductas que encierran pequeñas penetraciones a la esfera de los bienes ajenos propias de la vecindad. Aparentemente, por molestos que fuesen los humos de la cocina del vecino, no puede evitarse que use su propiedad en tal sentido, tal vez porque si no puede servirse de sus bienes para sus necesidades cotidianas, se vacía de contenido su propiedad y su libertad para realizar los actos posesorios más básicos en sus bienes, con lo que el jurista ironiza sobre el tener que pedir permiso al vecino para lavarse o sentarse. El criterio utilizado por Pomponio para resolver el problema parece bastante natural, si el humo fuese leve (esto es, incapaz de producir una perturbación posesoria), no puede prohibirse la actividad del inmitente, por mucho que pueda ser algo molesta pues esta molestia sería, asimismo, leve. Sin embargo, dicho fragmento será interpretado de diversas maneras por la doctrina posterior hasta construir una teoría bastante compleja al respecto durante el siglo XIX que será llamada "del uso normal" y que servirá de base no solo a la represión de las inmisiones, sino también a la teoría del abuso del derecho.

#### INMISIONES EN EL *IUS COMMUNE*

Los textos tratados serán también analizados durante el Medioevo y las deducciones e inducciones de los juristas del *ius commune* serán, para el desarrollo del Derecho actual, mucho más importantes de lo que los estudiosos modernos han estado dispuestos a reconocer. En general, existe un amplio consenso en que los juristas medievales no trataron el problema de las inmisiones y que enfocaron las relaciones de vecindad exclusivamente desde el punto de vista de la teoría de los actos de emulación<sup>21</sup>. Sin perjuicio de estudiar tal teoría con posterioridad de manera algo más extensa, diremos ahora que los actos de emulación son actos realizados con el exclusivo fin de perjudicar a otros. Dentro de la óptica del Derecho medieval, de raíz profundamente cristiana, los actos de emulación se entendían

<sup>21</sup> BONFANTE (1966) pp. 343-360 y también (1932) p. 25; DE MARTINO (1970) p. 200; EGEA FERNÁNDEZ (1994) p. 94; ALGARRA PRATS (1995) p. 209; JIMÉNEZ SALCEDO (1999) p. 37.

La gran excepción LÁZARO GUILLAMÓN (2005) pp. 233-247.



prohibidos. La doctrina fue creada a propósito de un fragmento que no trata exactamente de las relaciones de vecindad<sup>22</sup>, sino de la rivalidad entre dos ciudades diferentes donde se realizan circos y teatros sin la autorización del emperador y de los cuales se derivó una suerte de denuncia de obra nueva. La glosa ya puso en relación ambos fragmentos, D.50.10.3 y D.8.5.8.5 y vio en los actos de emulación un límite a la facultad del propietario de usar libremente sus bienes<sup>23</sup>. Luego, serán los comentaristas quienes desarrollarán más profundamente el problema llegando a establecer, desde la denuncia de obra nueva, una limitación general en contra del uso de la propiedad en perjuicio de otros. Al efecto, el primero en desarrollar la teoría será el postglosador Cino de la Pistoya<sup>24</sup> y su formulación clásica vendrá de la mano de la obra de Bártole de Sasoferato. Este último señala que puede edificarse tanto en lugares públicos como privados, siempre que el fin de tal edificación no sea simplemente injuriar o perjudicar a otros<sup>25</sup>. De esta doctrina, durante el siglo XIX, nacerá la teoría del abuso del derecho, la cual tendrá un inmenso desarrollo que excede en mucho el problema de las inmisiones<sup>26</sup>.

Sin embargo, la teoría de los actos de emulación no fue el único desarrollo que experimentó el estudio de las relaciones de vecindad durante el Medioevo. Junto con la sistematización de las servidumbres, también se interpretó el problema de las inmisiones, aunque no se desarrolló una teoría general de las mismas. El caso de la taberna de quesos de D.8.5.8.5 resultó, naturalmente, fundamental y las interpretaciones de los comentaristas parecen ser la base desconocida de las actuales teorías sobre la materia.

Curiosamente, las versiones prehumanistas del Corpus Iuris no leen en el fragmento en cuestión taberna de quesos (taberna *caesaria*), sino taberna de huéspedes (*hostaria*), lo que significa hotel. Al respecto, la explicación del caso para la glosa tiende a centrarse en el problema de la existencia de una servidumbre<sup>27</sup>. Esto resulta problemático, toda vez que ven una diferencia sustancial entre el caso de la propagación de los humos y las aguas, con la cual Aristón compara la inmición de humos en el caso en comento<sup>28</sup>. Al respecto, Accur-

<sup>22</sup> D.50.10.3 Macer libro secundo de officio praesidiis. pr. Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat vel materiam seditionis praebeat vel circum theatrum vel amphitheatrum sit...

[Macer, libro segundo acerca de los deberes de los presidentes. Principio. Una obra nueva por un privado, sin la autorización del príncipe, puede ser hecha, salvo que tuviese por objeto la emulación de otra ciudad o diera motivo a una sedición o en torno a un teatro o anfiteatro hubiese sido hecha...]

<sup>23</sup> ACCURSIUS (1627) p. 1.769 señala expresamente a propósito del fragmento:

*Quidam quod possum etiam ad emulationem: quia in suo potest quilibet facere quod vult... nisi in alieno aliquid immittatur.*

[En efecto, lo que puede ser hecho por emulación: en lo suyo cualquiera puede hacerlo que desee... salvo que en lo ajeno alguna cosa inmita.]

<sup>24</sup> BONFANTE (1966) p. 357.

<sup>25</sup> BARTOLI A SAXOFERRATO (1574-2004b) p. 241v =483 *item potest intellegi quando quis vult aedificare in loco privato, quod potest, dum tantum non tendat ad iniuriam vel aemulationem alterius civitatis.*

[Lo mismo puede entenderse cuando alguno quiere edificar en un lugar privado, lo que puede hacer, en tanto no lo haga por injuriar o por emular a otra ciudad.]

<sup>26</sup> JIMÉNEZ SALCEDO (1999) p. 129.

<sup>27</sup> LÁZARO GUILLAMÓN (2005) pp. 240-242.

<sup>28</sup> ACCURSIUS (1542) p. 1.178 [d.8.5.8.5] nota k.

sio piensa que mientras que en el caso del agua estaríamos ante un problema de inmisiones y de acción negatoria, en el asunto de la taberna de huéspedes, al tratarse de inmisiones de humos que se producen naturalmente, no sería posible el ejercicio de la acción negatoria por la naturalidad de la ascensión de los mismos. Según él, y en contra de la textualidad del caso, solo sería posible el ejercicio de la *actio iniuriarum* (acción de injurias) cuando fuese hecho con la intencionalidad de perjudicar a otro. En este sentido, el caso sería, de alguna manera, una aplicación de la teoría de los actos de emulación<sup>29</sup>.

La opinión de la glosa, no obstante, fue revisada por los comentaristas al poco andar. En efecto, Bártolo es bastante explícito al respecto señalando: “El dueño de la parte inferior no puede inmitir humo en los predios superiores, salvo que tenga derecho de servidumbre, como tampoco el dueño de la parte superior puede inmitir agua, ni hacer cualquier otra cosa, y en ese caso competen estas acciones e interdictos posesorios”. A continuación pasa a criticar la opinión de Accursio en virtud de la cual existiría una diferencia entre el caso del agua y el humo, señalando de manera muy acertada que la diferencia entre el caso de la taberna de quesos y el de una casa de familia donde se hace fuego para cocinar o calentarse (con la cual Pomponio la compara en el fragmento siguiente) estaría en que “el dueño de la parte inferior hace fuego por las necesidades del uso familiar (*ad regimem familiae*), y entonces puede lícitamente hacerlo y que el humo ascienda, salvo que lo haga con ánimo de dañar [caso de emulación]... pero si el dueño de la parte inferior quiere hacer una taberna de huéspedes, donde continuamente se hace un gran fuego y humo, esto no puede hacerlo”<sup>30</sup>. En pocas palabras, para Bártolo todo tipo de inmisiones estaría prohibida en la

---

“Iure. Scilicet servitutis, ut superior cogatur suscipere fumum, et proper hoc fenestras dimittere; suscipit tamen sicut naturaliter ascendit : nisi inferior faciat animo iniuriandi, ut infra de inu. l. fin. et muniat se sicut potest. Sed non sic econtra de aqua que recte projicitur : at fumus naturaliter divertit. »

[Derecho. Por ejemplo de servidumbre, para que el superior reciba el humo y este por las ventanas se vaya. Sin embargo, este asciende naturalmente, salvo que el inferior lo haga con ánimo de injuriar, pues entonces el contra el del predio inferior hay acción de injurias. Pero no así en contra del agua, la que rectamente se proyecta: respecto al humo, por naturaleza, difiere.]

<sup>29</sup> En efecto, cita textualmente el caso en la nota n del mismo texto:

Nota n « *facere licet* » No. in suo facit quod vult quilibet, non in alieno... ACCURSIUS (1542) p. 1.178.

[“Se permite hacer”: En lo suyo puede hacer lo que desee, pero no en lo ajeno...]

<sup>30</sup> BARTOLI A SAXOFERRATO (1574-2004a) p. 380=p. 190v *Dominus partis inferiores non potest in superiores iure servitutis fumum immittere et dominus partem superioris non potest in inferiores immittere aquam, nisi aliud actum fit, et quod his competunt hae actiones et interdicta possessoria. Op. quod licet ignem facere in proprium, nec tenet quis si fumum ascendit ad altum, nisi hoc faciat animo iniuriandi... Gl. Fatet proprium et dicit quod non licet fumum immittire, hoc est quod dominus aedium superiorum cogat recipere, sed muniat se sicut potest, ne fumus transeat. Dominus aedium inferiorum faciat fumum quantum vult, sed enconverso non potest dominus superiore aqua pijcere, quam aqua directe pijcit, fumum vero ascendit naturaliter... Et io putare sic dicendum Qnq dominus partis inferioris facit ignem solitum ad regimem familiae, et tunc potest licite facere nec tenet si fumus ascendat, nisi faciat animo iniuriandi... Sed si dominus partis inferioris vellet facere tabernam hostariam, ubi continue fierit ingnis et fumus magnus, hoc facere non liceret...*

[El dueño de la parte inferior no puede en las superiores inmitir humo como si tuviese derecho de servidumbre, y el dueño de la parte superior no puede en las inferiores inmitir agua, ni ninguna otra cosa y, ante ello, competen acciones e interdictos posesorios. Existe la opinión de que se permite hacer humo en lo propio y no habría acción si el humo asciende a lo alto, salvo que se haga con ánimo de injuriar... La Glosa la hace propia y dice que no por ello se permite inmitir humo, esto es, que el dueño del edificio superior debe recibirlo y se prevenga como pueda para que el humo no penetre. El dueño del edificio inferior puede hacer tanto humo

medida que provoquen una perturbación posesoria, y el límite de tolerancia que debe tener el vecino respecto a las inmisiones ajenas se encontraría dado por el régimen de vida familiar en que se desarrollan las inmisiones, contrapuesto al régimen industrial de una taberna de huéspedes. Esto sienta las bases de la teoría del uso normal como límite de tolerancia a las inmisiones que será desarrollada algunos siglos más adelante por la jurisprudencia alemana del siglo XIX<sup>31</sup>.

La opinión de Bártolo rápidamente fue adoptada por los comentaristas sucesivos, quienes tendieron a citarla y agregar unos pocos comentarios más al respecto. Así, por ejemplo, Pablo de Castro sigue su opinión y llega a puntualizar que la gran diferencia entre el caso de la taberna de huéspedes y el humo que emite el fuego de una casa es el carácter insólito o inusual de las inmisiones provenientes de tal taberna<sup>32</sup>, lo cual implica que los usos habitacionales serían los normales, mientras que los industriales serían excepcionales y que, por tanto, requerirían de servidumbre. Baldo de Ubaldi hace también una reflexión de importancia al señalar que "no se permite inmitir en lo ajeno y también por inmisiones incorporales se dan juicios posesorios"<sup>33</sup>, lo cual envuelve la posibilidad de reprimir las penetraciones de sustancias incorporales en lo ajeno, como los ruidos. Esta reflexión es interesante a la luz de la discusión que se desarrollará en el siglo XIX alemán, donde justamente será la corporalidad de las inmisiones el centro del debate que incluso provocará un cambio en la nomenclatura tradicional.

#### INMISIONES EN LA EDAD MODERNA (S. XVI-XIX)

La jurisprudencia de la Edad Moderna también tocó el fragmento. Fue durante el humanismo que se restableció la lectura original de taberna de quesos, corrigiéndose la vulgata usada por los glosadores gracias al texto del manuscrito Florentino. Sin embargo,

---

como quisiere, pero, en contra, no puede el dueño del superior echar agua, puesto que el agua directamente cae, mientras que el humo asciende de manera natural... Yo pienso que es para decir que si el dueño de la parte inferior hace humo fuego solo en cuanto a un régimen familiar, entonces puede lícitamente hacerlo y no es sujeto de acción si el humo asciende, salvo que lo haga con ánimo de injuriar... Pero si el dueño de la parte inferior tuviese, por ejemplo, una taberna de huéspedes, donde continuamente se hiciese fuego y mucho humo, esto no se permite hacer...]

<sup>31</sup> Extrañamente, Algarra Prats entiende la opinión de Bártolo justamente al revés, como si él criticase la solución romana adhiriendo a la glosa. Véase ALGARRA PRATS (1995) p. 211. A la inversa, LÁZARO GUILLAMÓN sí comprende la originalidad de Bártolo y le da un lugar justo a este olvidado autor en la historia de la teoría de las inmisiones. Véase LÁZARO GUILLAMÓN (2005) p. 237.

<sup>32</sup> PAULI CASTRENSIS (1582-2004) pp. 179-178: *Aut insolitum, vi hic erat taberna hostaria, vel alia simili in qua efficit magnus ignis, et gravis fumus ad alium finem, quod ad usum habitationis et potest prohibere per superiorem et econtraverso.*

[O lo insólito, puesto que aquí había una taberna de huéspedes, o en caso que hubiese otro establecimiento similar donde se hiciese gran fuego y se enviase un humo pesado a los lindes de otro, lo que sobrepasa al uso habitacional y puede prohibirse por el superior y a la inversa.]

<sup>33</sup> UBALDI PERUSINI (1577-2005) pp. 325-330: *Non licet in alienum immittere, et pro incorporalibus sunt prodita iudicia possessoria.*

[No se permite inmitir en lo ajeno, y por inmisiones incorporales son dado los juicios posesorios.]

esta corrección no significó mayores alteraciones en la comprensión del texto, que continuó siendo interpretado a la manera bartolista<sup>34</sup>.

En este respecto Domat se limita a reiterar el caso a propósito de las servidumbres sin realizar demasiadas innovaciones al respecto<sup>35</sup>, simplemente reiterando que no se pueden hacer inmisiones ni de agua ni de humos entre predios vecinos y que, si de hecho se inmitiese, hay derecho para que así no se haga (*jus illi non esse id ita facere*). Este aspecto contempla una innovación de cierta importancia, puesto que de acuerdo a esta nota de Domat habría una obligación de no hacer entre los predios, de no inmitir, lo cual es un cambio normativo respecto a la doctrina tradicional que simplemente contempla el problema de las inmisiones desde el aspecto posesorio, que no obligacional.

Esta vertiente será tomada luego por Pothier, quien desarrollará una nueva teoría sobre las inmisiones, esta vez desde el punto de vista de las obligaciones. Al respecto, Pothier, luego de incluir la limitación del ejercicio de los actos posesorios en perjuicio ajeno dentro de la definición de la propiedad<sup>36</sup>, pasa a ocuparse del tema de las relaciones de vecindad a propósito de los cuasicontratos, en un apéndice de su tratado de la sociedad. La explicación para el lugar preciso elegido a este respecto radica en la necesidad de dar cuenta del origen de las obligaciones que existirían entre los vecinos, especialmente aquellas de no hacer relativas a no inmitir en los bienes del otro. Así, puesto que la vecindad es un acto lícito no convencional, solo puede encontrarse, como fuente de las obligaciones entre los cuasicontratos. En efecto, desde la sistemática de Pothier, puesto que algunas de las obligaciones nacidas de la vecindad suponen un grado de comunidad, como la de reparar la pared

<sup>34</sup> Así, por ejemplo, Donello trata el problema desde una perspectiva bastante tradicional. Al efecto, define la acción negatoria como una acción real bajo la cual defendemos la libertad de una cosa nuestra. A continuación acepta que la acción puede interponerse contra aquel que hace algo en lo nuestro o que inmite en ello, es decir, las dos posibilidades que venían establecidas en el caso de la taberna de quesos que cita al respecto: *Re autem vera de re nostra, id est, libertate, quam hac actione nobis asseramus... Competit negatoria ut actio in rem adversus omnes, qui libertate praedii inquitando velut detinet. Is autem est, quisquis in nostro nobis invitis aliquid facit: quisquis in nostrum quid immittit, aut immisum habet.*

[Cuando la cosa en verdad es nuestra, esto es, la libertad de la cosa por esta acción aseguramos... Compete la negatoria como acción real en contra de todos los que la libertad del predio inquietan o molestan. Lo que es, que alguno en lo nuestro, oponiéndonos nosotros, algo haga: si alguno en lo nuestro se inmite o tiene algo inmitido.] DONELLI (1839) p. 388.

<sup>35</sup> DOMAT (1835) p. 194 Título “Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur” “7. [Caso D.8.5.8.5] *Aristo Cerellio Vitalis respondit, non putare se, ex taberna Casearia fumum in superiora aedificia jure immitti posse, nisi ei rei servitus talis admittatur. Idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet. In suo enim alii bacterius facere licet, quatenus nihil in alienum immittat: fumi autem, sicut aquae, esse immissionem. Posse igitur superiorem cum inferiorem agere, jus illi non esse id ita facere*”.

[“Si se vindica una servidumbre u otro niega que le pertenece. Aristón responde a Cerelio Vital que no piensa que desde la taberna de quesos haya derecho a inmitir humos en los edificios superiores, salvo que la cosa admita tal servidumbre. Y dice que igualmente tampoco del superior al inferior agua o alguna otra cosa pueda inmitirse. En lo suyo, cada cual puede hacer lo que quiera, en tanto no inmita en lo ajeno: el humo, pues, así como el agua, es una inmisión. Puede, por tanto, litigar el superior con el inferior, pues no hay derecho para hacer eso.]

<sup>36</sup> “*le droit de disposer á 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). La traducción la tomamos de POTHIER (1882) p. 8.

Sobre la importancia de POTHIER para construir una noción abstracta de dominio, véase GROSSI (1992: pp. 385).

medianera, explicar la vecindad luego del cuasicontrato de comunidad parecía lógico. Toda vez que los cuasicontratos, en la óptica de Pothier, se explican a continuación de los contratos que les sirven de referencia (así, la agencia oficiosa luego del mandato, la comunidad a continuación de la sociedad, etc.), tratar la vecindad junto a su género más próximo, la comunidad, que a su vez está junto a la sociedad, tenía sentido. Fue así como las relaciones de vecindad fueron extraídas de su lugar tradicional desde la codificación justiniana, las servidumbres, para ser estudiadas en un apéndice del tratado de la sociedad. Al respecto señala el autor:

“La contigüidad de heredades es un cuasicontrato que forma obligaciones recíprocas entre vecinos, es decir, entre los dueños o poseedores de las heredades limítrofes. La principal de estas obligaciones es la que concierne al acotamiento de las heredades, del cual hablaremos en el primer artículo. Referimos en el segundo las demás obligaciones que esta contigüidad lleva consigo”<sup>37</sup>.

Tal como anuncia, establece, como producto del cuasicontrato de vecindad, una primera obligación de acotar o cercar las heredades. En verdad, y a pesar de los inconvenientes técnicos que plantea esta opción teórica, el cercamiento queda bastante mejor explicado como una obligación de los vecinos que como una especie de servidumbre legal, que será la opción tomada tanto por el Code Napoléon como por el Código Civil de Bello, toda vez que en el cercamiento no solo no se percibe cuál es el gravamen en que la servidumbre consistiría, sino que ni siquiera es posible establecer cuál es el predio dominante y cuál el sirviente. A continuación, en el artículo segundo de dicho acápite, establece una obligación de amplio alcance que provendría de tal cuasicontrato:

“La contigüidad obliga a los vecinos a usar cada cual de su heredad de manera que no perjudique al otro... 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 facere licet, quatenus nihil in alterum immitat*”<sup>38</sup>.

Y luego cita el fragmento de Aristón sobre la taberna de quesos para explicitar que nadie puede introducir en la heredad vecina humos espesos<sup>39</sup> para explicitar la que esta regla significa una prohibición general de inmitar en lo ajeno:

<sup>37</sup> POTHIER (1841) p. 103 (modernizamos ortografía).

<sup>38</sup> POTHIER (1841) p. 106.

<sup>39</sup> “En virtud del mismo principio no se permite a nadie hacer en su heredad algo que introdujere en la casa vecina un humo demasiado espeso e incómodo, como el que sale de un horno de cal” POTHIER (1841) p. 107. No sabemos exactamente qué edición del Corpus Iuris tuvo a la vista Pothier, pero aparentemente no estaba adecuadamente corregido el texto, puesto que él habla de un horno de cal, en lugar de una taberna de quesos o de huéspedes.

“Si bien las leyes de buena vecindad me prohíben hacer pasar de mi heredad a la del vecino nada que pueda perjudicarlo, no me impiden sin embargo el privarle de una comodidad que de mi heredad sacase, como si un patio mío le proporcionase tener luz en su casa, no por esto me puede privar de edificar sobre él...”<sup>40</sup>.

Así, distingue explícitamente entre la inmisión propiamente tal y la simple privación de una ventaja al vecino perjudicando su interés. Esto será un tema recurrente también para la jurisprudencia alemana del siglo XIX, por lo que deseamos destacar la inmanencia de este principio en la obra de Pothier.

Aunque la teoría de la vecindad como cuasicontrato tiene sus ventajas sobre la visión tradicional, puesto que explica de una manera más coherente muchos de los deberes jurídicos a que la contigüidad de fincas da lugar, como la medianería o el cercamiento, mantiene un cierto grado de indeterminación a la hora de regular el problema de las inmisiones. En primer término, se encuentra el problema de establecer obligaciones *propter rem* de tipo ambulatorio de un cuasicontrato, puesto que el titular de las mismas cambia con la titularidad de los predios. Es decir, la obligación no se radicaría directamente en los patrimonios del deudor ni del acreedor, sino en la medida que fuesen titulares de los respectivos inmuebles, por lo que la obligación iría ambulando entre distintos acreedores y deudores. Esto es poco habitual y hace pensar que, de concebirse la prohibición de inmitir en términos obligacionales, la causa eficiente de la misma no se encontraría en un pretendido cuasicontrato —que generaría partes fijas que ostentarían las calidades de acreedor y deudor, como todos los cuasicontratos concebibles—, sino más bien en la tenencia de la cosa. Una segunda complejidad añadida es la debilidad misma de la teoría de los cuasicontratos. Este es un tema ya extensamente tratado por la doctrina, de manera que no deseamos adentrarnos en él. Simplemente diremos que la existencia de la categoría nunca ha estado debidamente fundamentada y que ya desde tiempos romanos la doctrina ha vacilado en torno a este extraño tipo de obligaciones que no son ni contractuales ni delictuales, pero que, sin embargo, se presentan con mucha frecuencia en nuestro panorama jurídico.

Finalmente, entre las debilidades de la teoría de Pothier se encuentra el problema de la indeterminación del objeto de la misma. En verdad no tiene un contenido preciso, toda vez que consistiría en “usar la heredad de manera que no perjudique al otro”. Cabe preguntarse en qué se diferencia esta pretendida obligación de esa otra de carácter general que suele estimarse consecuencia de los derechos reales que suele figurarse como un deber general de abstención de los terceros de los bienes de ajenos. Este pretendido deber de no perjudicar, en verdad, no es propio de los vecinos, sino de toda persona en general respecto a los bienes ajenos y no es más que una forma de entender la facultad que tiene el dueño de excluir a los terceros de sus bienes. No es solo el vecino quien debe cuidarse de perturbar el dominio o posesión ajeno, sino toda persona, y en caso de verse el dueño perturbado en el ejercicio de actos posesorios, este tendrá las herramientas jurídicas correspondientes —acciones posesorias, reales o de perjuicios— para restablecer el imperio del Derecho. En este sentido, el contenido de la obligación del cuasicontrato establecido por Pothier es tan indeter-

<sup>40</sup> POTHIER (1841) p. 108.



minado que llega a confundirse con un deber general que toda persona mantiene respecto a lo ajeno y las armas con que el derecho dota al dueño o poseedor de la finca perturbada no son exclusivamente acciones personales –como ocurriría de concebirse este deber como cuasicontractual, puesto que estos producen solo obligaciones y de estas nacen solo acciones personales– sino también acciones reales y posesorias.

En todo caso, la riqueza de la atención que la jurisprudencia de la Edad Moderna presta al pasaje quedará eclipsada por el hecho de no incluirse un acápite relativo a las relaciones de vecindad en el Code Napoléon. La revolución tuvo dentro de sus perspectivas el eliminar cualquier relación de tipo asociacionista que se interpusiera entre el individuo y el Estado, por lo que, las relaciones de vecindad, que contemplaban en el Antiguo Régimen todo un amplio complejo de relaciones humanas mucho más allá de las servidumbres legales, fueron borradas de la tradición jurídica occidental, y de ahí que los códigos del siglo XIX se encontraran desnudos frente los desafíos jurídicos que la industrialización impuso, en términos de contaminación, a la convivencia<sup>41</sup>.

### 3. PLENITUD DE LA TEORÍA. DE LA PANDECTÍSTICA A LA ACTUALIDAD

Es justamente en el contexto de la Revolución Industrial alemana que el análisis de la casuística romana en materia ambiental y relaciones de vecindad vuelve a aparecer<sup>42</sup>. En la mayor parte de los principados alemanes durante el siglo XIX se mantendrá en vigor el *ius commune* tradicional<sup>43</sup> y, por tanto, se continuará aplicando el viejo Derecho romano del Corpus Iuris para solucionar las controversias jurídicas que se susciten. En este contexto es que se desarrollará la pandectística como una escuela de interpretación del legado jurídico romano, actualizándolo a través de la formulación de conceptos generales a partir de la casuística ahí contenida. Esto, que permitirá aplicarlo de una manera más general y construir normas abstractas a partir de las soluciones específicas formuladas en época romana, se realizará también con el famoso fragmento de la taberna de quesos y de ahí surgirá la llamada Teoría Romana de las Inmisiones, que es una construcción pandectista.

En 1826 Spangenberg publicó un artículo que se transformará en el punto de partida para la construcción de una teoría general que permita afrontar las relaciones de vecindad y los problemas de contaminación medioambiental desde el Derecho privado. Comienza su tratamiento del problema justamente con la transcripción y traducción del caso de la taberna de quesos<sup>44</sup>. Al respecto examina la regla que prohíbe las inmisiones en los bienes ajenos. En la materia señala que las inmisiones derivadas de los usos normales o cotidianos deben tolerarse, mientras que las que vienen de usos anormales, como de máquinas, no deben ser toleradas por el vecino, salvo que se establezcan servidumbres en este

<sup>41</sup> Al respecto, véase DAVID (1994) pp. 333-366.

<sup>42</sup> BONFANTE (1966) p. 362; EGEA FERNÁNDEZ (1994) p. 94; ALGARRA PRATS (1995) p. 215; GARCÍA SÁNCHEZ (1999) p. 93; JIMÉNEZ SALCEDO (1999) pp. 37-38.

<sup>43</sup> No obstante, los principados ubicados al oeste del Rin (Palatinado Renano, el Rin Prusiano, el ducado de Berg y el gran ducado de Baden) adoptarán el *Code Napoléon*, aunque lo interpretarán a la manera pandectista.

<sup>44</sup> SPANGENBERG (1826) pp. 265-268.



sentido<sup>45</sup>. Como observamos, la solución de Spangenberg no parece demasiado original, y mucho menos si consideramos que es prácticamente la misma que aquella ya adoptada por Bártolo, que también fija la tolerabilidad de las inmisiones en razón a la normalidad del uso del bien inmueble. Tal vez la mayor innovación de Spangenberg, en este sentido, sea el formular de manera general una regla para disciplinar la materia de las inmisiones y no limitarse a enfocar el caso como un simple problema específico.

A continuación Spangenberg comete uno de los más notables errores interpretativos del siglo XIX al distinguir entre la inmisión de sustancias corporales e incorporeales. A su juicio<sup>46</sup>, los fragmentos romanos distinguirían entre las inmisiones de sustancias corporales (específicamente humos, aguas y otras similares), que no podían inmitirse en el predio vecino más allá del grado propio del uso normal y que se encontraban bajo el régimen de la acción negatoria, y las inmisiones de sustancias incorporeales (como ruidos, luces u olores) que estaban fuera de la disciplina de las inmisiones y, por lo tanto, el límite de emisión era materia de normas de policía<sup>47</sup>. Si bien esta distinción tiene alguna base textual, resulta algo extraña, toda vez que se funda en el criterio pseudocientífico de la corporalidad. Hacia 1826, época en que Spangenberg escribe su artículo, la física tenía la idea que la materia se componía de corpúsculos y se encontraba bajo debate la cuestión de la composición de entidades cuyo comportamiento se corresponde con las ondas, como la luz o el sonido. La distinción de Spangenberg parece tomar partido en dicha polémica al opinar que el ruido no es corporal, mientras que el humo sí. Evidentemente, se trata de una distinción no jurídica, puesto que los textos romanos, en general, entienden por incorporeales las entidades que consisten en derechos<sup>48</sup>, es decir, las obligaciones, las universalidades y los derechos en cosas ajenas, mientras que son corporales las cosas que tienen una existencia física, es decir, que pueden tocarse. Si bien es cierto que esta parece haber sido una categoría más bien pedagógica, extraña que Spangenberg ni siquiera la tome en consideración a la hora de elaborar su categoría dogmática.

<sup>45</sup> “... was die folge der gewonliche benutzung (des gewönliche lebens) ist, wohl aber, was si folge die aussergewöhnliche Benutzung (der Errichtun von Apparanten)”.

[... lo que se produce por el uso habitual (de la vida cotidiana) es distinto, de lo que se produce por los usos inhabituales (las emisiones de aparatos)] SPANGENBERG (1826) p. 268.

<sup>46</sup> SPANGENBERG (1826) pp. 271-272.

<sup>47</sup> Apoya su juicio en:

D. 43.8.2.29 [Ulpiano libro 68 ad edictum] *Idem ait, si odore solo locus pestilentiosus fiat, non esse ab re de re ea interdicto uti.*

[Ulpiano, libro 68 acerca del edicto. Lo mismo digo si el olor solo hace el lugar pestilente, no hay acerca de ello interdicto.]

<sup>48</sup> Gai 2.12. *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporeales. 13. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, uelut fundus, homo, uestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. 14. Incorporeales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae....*

[Por lo demás, las cosas son corporales o incorporeales. 13. Las corporales son estas, las que pueden tocarse, como un fundo, un hombre, los vestidos, el oro, la plata y muchas otras innumerables cosas. 14. Incorporeales son las que no pueden tocarse, las cuales son aquellas que consisten en derechos, así como la herencia, el usufructo, las obligaciones, de cualquier modo en que fuesen contraídas...]

Esta categoría, que será la doctrina común hasta la época de Ihering, dejará fuera del campo de aplicación de la teoría de las inmisiones a los casos de ruidos, vibraciones, malos olores y otras situaciones análogas, creando un margen de insatisfacción amplio en la sociedad alemana que se encontraba en plena revolución industrial.

La insatisfacción general de la sociedad alemana con la formulación tradicional de la teoría de las inmisiones hizo que Ihering, unos años más tarde, optase por cambiar los términos del problema y dejase de hablar de inmisiones para reemplazar el término por influencias (*Begriffen*)<sup>49</sup> que podían proyectarse en la atmósfera jurídica del vecino. Con ello se evitaba el problema de la corporalidad de las mismas (puesto que una influencia puede tener cualquier carácter, sea corporal o no), contemplando como criterio único para estimar la aplicabilidad de la acción negatoria el hecho que esta tuviese un carácter sustancial, esto es, que afectase la función económica del bien en cuestión. Así, si las emisiones que el vecino genera son de tal carácter que los bienes del vecino sufren una limitación en los usos económicos del mismo, la acción negatoria resultará aplicable, con independencia de la supuesta corporalidad de las influencias.

Así, luego de remarcar la prohibición de las inmisiones directas (el hacer en lo ajeno), divide las influencias indirectas (aquellas consecuencia del obrar en lo propio, que se proyectan en lo ajeno) en tolerables e intolerables<sup>50</sup>. A su criterio, el vecino debe tolerar las influencias indirectas de su vecino con tal que sean normales y usuales (*gewöhnliche und regelmässig*)<sup>51</sup>, lo cual fundamenta en los casos contenidos en el Digesto 8.5.8.5-6. A su juicio, la gran diferencia entre el caso de la taberna de quesos y la emisión de humos de una cocina se encontraría en que la primera proviene de un uso industrial (y por ende extraordinario) de los bienes propios, mientras que la segunda es inherente al uso normal de una vivienda habitacional y, por tanto, usual entre los propietarios de inmuebles. En virtud de esta visión, el centro del problema de las inmisiones se puso en torno al uso normal de los bienes y la determinación de esa normalidad se transformó en la piedra angular de las relaciones de vecindad. Así, la costumbre del lugar se volvió fundamental para estimar una inmisión en concreto como tolerable o intolerable, transformando la teoría de las inmisiones en una suerte de sillita musical, donde quien primero ejerce actividades económicas en un lugar fija la normalidad de los usos del mismo<sup>52</sup>.

La teoría de las inmisiones elaborada por Spangenberg y Ihering fue, finalmente, bastante exitosa para regular las relaciones de vecindad en la naciente sociedad industrial europea, tanto que pronto encontró consagración legislativa y dejó de ser solo una teoría que se aplicaba por los tribunales de justicia. Ya el Código Civil del Reino de Sajonia en su artículo 358 consagró la teoría, aunque en la versión de Spangenberg. Sin embargo, su difusión e influencia se hará universal una vez que el BGB la recoja en su parágrafo 906<sup>53</sup>:

<sup>49</sup> JHERING (1863) p. 91.

<sup>50</sup> JHERING (1863) pp. 107-110.

<sup>51</sup> JHERING (1863) p. 115.

<sup>52</sup> Así, Hagen señala que la regla de uso normal se interpreta según el principio de *prior tempore potior iure*. A la larga, tiende a favorecer el uso más antiguo. Lo demuestra analizando jurisprudencia alemana desde 1900 en adelante. Véase HAGEN (1999) pp. 161-175.

<sup>53</sup> La redacción actual de dicho cuerpo normativo, luego de la reforma de 1994 es:

§ 906 *Zuführung unwägbarer Stoffe*

§. 906. Der Eigenthümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig.

[§. 906. El propietario de un bien raíz no podrá prohibir la penetración de gases, vapores, olores, humo, hollín, calor, ruido, vibraciones y otros similares derivados de los actos en otros bienes raíces en la medida en que, la acción no afecte o afecte insustancialmente el uso de su propiedad, o que el uso del otro predio sea acorde con las condiciones locales de uso de los inmuebles en este lugar. La introducción de sustancias a través de un canal especial no es admisible.]

En dicha norma se establece una prohibición de inmitir en el predio vecino cualquier clase de influencias que superen la normal tolerabilidad y las costumbres locales. En caso de superarse el uso normal establecido por las costumbres locales, tendrá lugar la acción negatoria establecida al efecto en el parágrafo 1004 del mismo cuerpo normativo. En cuanto a los perjuicios que puedan haberse causado por dichas inmisiones, se está al ré-

(1) *Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt. Eine unwesentliche Beeinträchtigung liegt in der Regel vor, wenn die in Gesetzen oder Rechtsverordnungen festgelegten Grenz- oder Richtwerte von den nach diesen Vorschriften ermittelten und bewerteten Einwirkungen nicht überschritten werden. Gleiches gilt für Werte in allgemeinen Verwaltungsvorschriften, die nach §48 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes erlassen worden sind und den Stand der Technik wiedergeben.*

(2) *Das Gleiche gilt insoweit, als eine wesentliche Beeinträchtigung durch eine ortsübliche Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird und nicht durch Maßnahmen verhindert werden kann, die Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbar sind. Hat der Eigentümer hiernach eine Einwirkung zu dulden, so kann er von dem Benutzer des anderen Grundstücks einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen, wenn die Einwirkung eine ortsübliche Benutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt.*

(3) *Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig.*

§ 906 Emisión de sustancias imponderables.

(1) El propietario de una finca no puede prohibir la introducción de gases, vapores, olores, humo, hollín, calor, ruido, vibraciones y otras influencias similares emitidas desde otro bien raíz, en cuanto la emisión no le impida la utilización de sus bienes, o solo la afecte ligeramente. Una perturbación insignificante se entiende normalmente presente, si es acorde con las condiciones establecidas en las leyes o regulaciones o directrices de la base de dichas prescripciones no se exceden de los impactos determinados y evaluados. Lo mismo se aplica a los valores de las normas generales administrativas que se han adoptado de acuerdo con el § 48 de la Ley Federal de Control de la Contaminación y reflejan el estado del arte.

(2) Lo mismo se aplicará en cuanto la interferencia material sea causada por el uso de otro bien raíz según la costumbre del lugar y que no pueda ser evitada por medidas económicamente razonables para los usuarios de esta clase. Cuando el propietario sea obligado a tolerar una influencia fundándose en estas normas, puede requerir que el usuario del otro inmueble le compense monetariamente de forma adecuada si la acción afecta a un uso habitual de su propiedad o de su renta sobre el monto que pueda estimarse tolerable.

(3) La introducción a través de un canal o cañería especial no es admisible.]

En palabras de Algarra Prats: “La reforma [de 1994] del 906 BGB introduce dos innovaciones. La costumbre local ya no es suficiente para exigir al propietario tolerancia si puede evitarse la inmisión por medidas económicamente razonables”. ALGARRA PRATS (1995) p. 70.

gimen general de responsabilidad subjetiva por culpa y dolo, en la medida que fuese aplicable. La norma es sencilla, pero contundente. La inmisión directa está prohibida, como también la de cualquier tipo de perturbaciones en los bienes del vecino, salvo que sean inocuas, es decir, que no afecten el ejercicio de actos posesorios en el predio. Para determinar lo inocuo de la perturbación ha de estarse al uso normal de los bienes, el que se determina por la costumbre del lugar. La norma protege no solo contra las denominadas inmisiones corporales de Spangenberg, sino también contra las incorporeales, adoptando el punto de vista de Ihering al respecto<sup>54</sup>. En efecto, los criterios ahí expresados se difundieron inmediatamente en las codificaciones coetáneas<sup>55</sup> y la teoría que la sustentaba comenzó a expandirse rápidamente por otros medios jurídicos para intentar subsanar los crecientes problemas ambientales que la industrialización estaba causando. En efecto, no es solo a través de la codificación que se expande la teoría de las inmisiones, sino sobre todo a través de la jurisprudencia. A pesar que en los códigos civiles de modelo francés no se contemplaba una respuesta para los problemas de contaminación y vecindad que surgían en toda Europa según avanzaba la industrialización del continente, puesto que la teoría fue diseñada sobre bases romanas que se encontraban inmanentes en las disposiciones de los diversos códigos civiles del siglo XIX, no fue difícil adaptar sus disposiciones por vía interpretativa para que la teoría de las inmisiones encontrase un lugar en los mismos. Así, en Austria el ABGB tampoco contenía norma alguna que tratase el problema de las inmisiones. Sin embargo, fue a través de la interpretación del artículo 364 de dicho cuerpo normativo que se llegó a incluir la teoría de las inmisiones dentro de su panorama jurídico. En su redacción original se trataba de una norma que simplemente establecía los límites de la propiedad:

*364 ABGB Ueberhaupt findet die Ausübung des Eigenthumsrechtes nur in so fern Statt, als dadurch weder in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht, noch die in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles vorgeschriebenen Einschränkungen übertreten werden.*

<sup>54</sup> ALGARRA PRATS (1995) pp. 66-67.

<sup>55</sup> Así, por ejemplo, en el Código Civil suizo de 1906 se establece:

Art. 684

III. Rapport de voisinage

1. Atteintes excessives

*Le propriétaire est tenu, dans l'exercice de son droit, spécialement dans ses travaux d'exploitation industrielle, de s'abstenir de tout excès au détriment de la propriété du voisin.*

*Sont interdits en particulier la pollution de l'air, les mauvaises odeurs, le bruit, les vibrations, les rayonnements ou la privation de lumière ou d'ensoleillement qui ont un effet dommageable et qui excèdent les limites de la tolérance que se doivent les voisins d'après l'usage local, la situation et la nature des immeubles.*

Otro tanto podemos decir del Código Civil portugués, que en su artículo 1346 contempla una traducción literal del artículo 906 del BGB:

*"O proprietário de um imóvel pode opor-se à emissão de fumo, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruídos, bem como à produção de trepidações e a outros quaisquer factos semelhantes, provenientes de prédio vizinho, sempre que tais factos importem um prejuízo substancial para o uso do imóvel ou não resultem da utilização normal do prédio de que emanam".*

[364 ABGB En general, el ejercicio del derecho de propiedad solo tiene lugar en la medida que no afecte los derechos de terceros, ni transgreda lo prescrito en las leyes y las restricciones establecidas para la preservación y promoción bien común.]

A partir de esta norma, de contenido análogo a la definición de propiedad de nuestro Código Civil, es que la jurisprudencia doctrinaria y judicial austríacas estimaron que las inmisiones en los bienes vecinos producto de las actividades de un propietario en lo propio eran contrarias al contenido del derecho de propiedad y, por tanto, podían regularse a través de la teoría de las inmisiones. Con posterioridad incluso se llegó a regular legislativamente la situación modificando el artículo correspondiente y agregándole dos incisos más<sup>56</sup>.

No obstante, tanto la norma como la teoría que la respalda no quedó exenta de críticas. En primer término, está el problema de que su régimen es demasiado tajante, o se triunfa y se obtiene el cese de las inmisiones o se pierde el pleito sin obtener nada como compensación por las injerencias cuando estas se encuentran bajo el límite de tolerabilidad<sup>57</sup>. Por otro lado, la misma parece proteger solo las propiedades, mas no a las personas, puesto que su objetivo consiste en evitar las perturbaciones dominicales fruto de las emisiones del vecino, mas no considera la salud de los ciudadanos o su bienestar. Por último, la crítica más pronunciada tanto hacia teoría de las inmisiones como hacia su consagración legislativa la formuló Pietro Bonfante, que atacó la base lógica de la teoría del uso normal. Al respecto señala que, por un lado, a pesar de ser un criterio práctico, es insuficiente para

<sup>56</sup> La redacción actual del 364 ABGB expresa:

(1) *Ueberhaupt findet die Ausübung des Eigentumsrechtes nur in so fern Statt, als dadurch weder in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht, noch die in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles vorgeschriebenen Einschränkungen übertreten werden. Im Besonderen haben die Eigentümer benachbarter Grundstücke bei der Ausübung ihrer Rechte aufeinander Rücksicht zu nehmen.*

(2) *Der Eigentümer eines Grundstückes kann dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Wärme, Geruch, Geräusch, Erschütterung und ähnliche insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen. Unmittelbare Zuleitung ist ohne besonderen Rechtstitel unter allen Umständen unzulässig.*

(3) *Ebenso kann der Grundstückseigentümer einem Nachbarn die von dessen Bäumen oder anderen Pflanzen ausgehenden Einwirkungen durch den Entzug von Licht oder Luft insoweit untersagen, als diese das Maß des Abs. 2 überschreiten und zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Benutzung des Grundstücks führen. Bundes- und landesgesetzliche Regelungen über den Schutz von oder vor Bäumen und anderen Pflanzen, insbesondere über den Wald-, Flur-, Feld-, Ortsbild-, Natur- und Baumschutz, bleiben unberührt.*

[<sup>(1)</sup> En general, el derecho de propiedad solo se ejerce en el lugar donde se encuentra, sin que se manifieste una influencia en los derechos de terceros, ni transgredir lo prescrito en las leyes y las restricciones generales para la preservación y promoción del bien común. En particular, los propietarios de los predios colindantes deben tomar en consideración en el ejercicio de sus derechos el respeto mutuo.

[<sup>(2)</sup> El dueño de una propiedad puede emitir en los predios vecinos las aguas residuales, humo, calor, olores, ruidos, vibraciones, y similares en la medida que no excedan los niveles normales locales significativamente y sean acordes con el uso habitual de la tierra. El suministro directo, sin una ley específica que lo avale, es ilegal en todas las circunstancias.

[<sup>(3)</sup> Del mismo modo, los propietarios pueden prohibir a un vecino que plante árboles y otras plantas que impacten en la privación luz o el aire en la medida en que excedan la cuantía del párrafo 2 y conduzcan a un deterioro excesivo del uso de la tierra. Las reglas federales y provinciales y los reglamentos en materia de protección de o para los árboles y otras plantas, en particular sobre el bosque, campo abierto, campo, paisaje urbano, la naturaleza y la protección de los árboles, no se verán afectados.

Para más detalles sobre el proceso véase: ALGARRA PRATS (1995) p. 102.

<sup>57</sup> ALGARRA PRATS (1995) pp. 68-69.

proteger a las personas contra las necesidades de la gran industria<sup>58</sup> y por otro, carece de sustento lógico<sup>59</sup>, toda vez que la normalidad es un criterio social establecido por los usos que a lo largo del tiempo se han dado a los distintos predios. Así, la prioridad en el uso marcará el destino de los demás inmuebles de un lugar, con los niveles de inmisión, altos o bajos, que el tiempo y el uso hayan determinado. La norma impide el cambio de destino de una zona concreta, que no podrá transformarse de habitacional a industrial (o a la inversa), toda vez que los usos tradicionales determinarán los niveles de inmisiones tolerables en el futuro. De alguna forma, la norma tiende al inmovilismo y las zonas que tradicionalmente hayan sido destinadas a la industria, al comercio o a la diversión no podrán transformarse en residenciales, como tampoco a la inversa. Aparentemente, la norma da la espalda a las necesidades generales de la sociedad para centrarse solamente en los intereses de los antiguos ocupantes de un sector, sean estos congruentes o no con los del resto de la sociedad.

En el contexto de las críticas a esta norma es que se produce el proceso de recepción de la teoría en Italia, donde se elaborará una nueva versión de la misma con interesantes modificaciones a su régimen general. El viejo Código Civil italiano de 1865, tal como todas las codificaciones inspiradas en el Code Napoléon, no contenía norma alguna sobre el problema de las inmisiones. No obstante, para la floreciente jurisprudencia italiana de comienzos del siglo XX esto fue más una oportunidad que una desventaja<sup>60</sup>. En efecto, la doctrina italiana intentó resolver el problema de la ausencia de regulación mediante el regreso a los precedentes romanos de la propia codificación y, a través de ellos, del establecimiento de una doctrina de las inmisiones con bases en las tesis pandectistas, pero con aristas propias.

Así fue como, tomando como fundamento el artículo Art. 574<sup>61</sup> Codice Civile de 1865, comenzaron la construcción de una teoría propia de las inmisiones<sup>62</sup>. Este artículo,

<sup>58</sup> "Se ve claramente que era el espectáculo de la gran industria el que daba esta nueva dirección al pensamiento. Pero frente a los males de la gran industria se demostró que era insuficiente la teoría de las inmisiones por usos normales". BONFANTE (1932) p. 31.

<sup>59</sup> "El límite del uso normal responde a un pensamiento bastante práctico sin duda, pero arbitrario e injustificado". BONFANTE (1932) p. 33.

<sup>60</sup> En palabras de Bonfante respecto a esta ausencia de normativa:

"Cuando por faltar los textos expresos hay que buscar un principio regulador supremo, cuando se intenta dar normas para una serie de relaciones cuyo carácter jurídico es indudable, pues aparecen dentro del campo de una institución jurídica, pero que carecen de regulación legal, si en tal caso falla el medio siempre inseguro de la analogía (cosa que sucede a menudo), la *ultima ratio* del intérprete jurídico está entonces en recurrir a la función de la institución, a los fines del derecho". Y como consecuencia, en materia de inmisiones: "Precisamente el problema de las relaciones de vecindad es de los que no pueden resolverse, ni con la simple exégesis de los artículos del Código (si bien en las leyes romanas, gracias a la formación particular del *Corpus iuris*, ya la exégesis de por sí sirva de mucho), ni con las reglas de la analogía". BONFANTE (1932) pp. 18 y 21.

<sup>61</sup> "*Chi vuole fabbricare contro un muro comune o divisorio, ancorchè proprio, camini, forni, fucine, stalle, magazzini di sale o di materie atte a danneggiarlo, ovvero stabilire in vicinanza della proprietà altrui macchine messe in moto dal vapore, od altri manufatti, per cui siavi pericolo d'incendio, o di scoppio, o di esalazioni nocive, deve eseguire le opere e mantenere le distanze, che secondo i casi siano stabilite dai regolamenti, e in loro mancanza, dall'autorità giudiziaria, affine di evitare ogni danno al vicino*".

<sup>62</sup> Respecto a la historia de la recepción de la teoría de las inmisiones en Italia, véase DE MARTINO (1970) pp. 199.



que no era otra cosa que una adaptación del artículo 674 del *Code Napoléon*<sup>63</sup>, que a su vez, constituía la recepción de la compleja casuística romana sobre inmisiones, específicamente de D.8.5.17.2<sup>64</sup>, donde se consulta al jurista Alfeno sobre un estercolero que se ubica junto a una pared en el linde de una finca. La jurisprudencia italiana utilizó este caso como base para establecer el uso limitado de la propiedad en razón de los intereses del vecino, dándole un alcance general que prohíbe la realización de actos en lo propio, en la medida que de sus consecuencias se deriven efectos nocivos para el vecino. Para proteger el predio vecino de las consecuencias nocivas de los actos inmisivos, se utilizó la acción negatoria, que tampoco tenía consagración legal expresa en el Código de 1865.

No obstante, a la hora de determinar los límites de tolerancia que el vecino debe mantener respecto a los actos del inmitente, se alzó una interesante controversia que terminó por enriquecer la teoría de las inmisiones y darle su forma final. Como ya hemos señalado, Pietro Bonfante había criticado los fundamentos lógicos de la teoría de las inmisiones al recalcar la falta de lógica del criterio de uso normal que había elaborado Ihering y, especialmente, el carácter inmovilizante que este transmitía a los usos del suelo. En este sentido, “[e]l límite del uso normal responde a un pensamiento bastante práctico sin duda, pero arbitrario e injustificado”<sup>65</sup>. Ante ello, el jurista se planteó su reemplazo por un criterio de carácter jurídico que fuese susceptible de mantener una concatenación lógica con el resto del entramado sistemático del derecho civil. Su criterio, para este caso, fue el de necesidad. En su opinión:

“La necesidad es el límite de todo derecho positivo. La ley positiva puede regular mal la coexistencia social, mas no puede romperla. Cuando entramos en la esfera de las necesidades sociales generales y absolutas no cabe hablar de un *immittere* o un *facere* ilícitos”<sup>66</sup>.

Es decir, de acuerdo a su planteamiento, todo derecho (y no solo el de propiedad), encuentra un límite de carácter objetivo en la necesidad absoluta e imprescindible. Así, por ejemplo, frente al hurto famélico, el vigor de la propiedad cede, pues ante la necesidad absoluta de procurar la supervivencia de un ser humano, no cabe alegar la propiedad, que

<sup>63</sup> *Celui qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisance près d'un mur mitoyen ou non, celui qui veut y construire cheminée ou âtre, 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.*

<sup>64</sup> D.8.5.17.2 [Alfenus libro secundo digestorum] *Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleretur. Respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare.*

[Alfeno, libro segundo de los digestos] Fui consultado acerca de un vecino que había hecho un estercolero en la pared, por el cual la deterioraba y de cómo litigar y hacerlo retirar el estercolero. Respondí que si afectaba a un lugar público, podía ser cogido por un interdicto, si a un lugar privado, se puede litigar por la [inexistencia] de la servidumbre. Si se estipuló caución de daños, puede litigarse por la estipulación para que repare los daños causados.]

<sup>65</sup> BONFANTE (1932) p. 33.

<sup>66</sup> BONFANTE (1932) p. 65.



encontraría en el hambre un límite intrínseco. En este sentido, es la necesidad social la que fija los criterios aceptables de uso de un bien en concreto, especialmente atendiendo las condiciones objetivas que rodean al agente. Así, de la misma manera que no se requiere de constitución ni indemnización por las llamadas servidumbres naturales, como la de escurrimiento natural de aguas lluvias desde el predio superior al inferior, ya que esta se fundamenta en la necesidad natural, tampoco se requeriría de servidumbre para los casos en que es la propia necesidad la que impone el ejercicio de determinados actos en lo propio que, no obstante, pudiesen generar inmisiones en lo ajeno<sup>67</sup>. En este sentido, Bonfante estima que detrás de la casuística romana se esconde el criterio de necesidad más que el de uso normal, aunque por lo general puedan resultar coincidentes. En efecto, de acuerdo a D.8.5.8.6 no constituiría inmisión el hacer un humo leve, como tampoco el lavarse o el realizar cualquier otro acto que sea necesario para habitar una casa. En este sentido, es la necesidad el concepto general que resuelve todos los casos, ya que es la necesidad la que impone la tolerancia, no pudiendo tampoco exigirse tolerancia donde no hay necesidad<sup>68</sup>.

Aunque Bonfante pretendía reemplazar el criterio de uso normal por el de necesidad como fundamento de la teoría de las inmisiones, a la larga, esto no se produjo. El problema fundamental del criterio de necesidad es quién determina qué es lo absolutamente necesario en una sociedad. La necesidad social es un criterio antes político que jurídico y escasamente puede ser utilizado sin un importante esfuerzo por atemperar sus efectos y moderar sus consecuencias. En una sociedad obsesionada por el desarrollo de la industria se estimará como necesidad social imprescindible la instalación de una planta contaminante, aunque con ello se perjudique la salud de todos los vecinos del área. No obstante, la teoría de Bonfante permitió establecer cuándo estábamos ante un elemento justificante de una inmisión que, en verdad, constituía una respuesta a un requerimiento de la sociedad en cuanto a tal. Si la necesidad es social, no serán los vecinos, individualmente, los únicos llamados a sufragar dicha necesidad con sacrificio de sus bienes; en efecto, si se está respondiendo a una necesidad de la comunidad como tal, deberá ser toda ella, en su conjunto, la llamada a atenuar los efectos nocivos de las emisiones en los bienes de los afectados. A través de esta teoría, se permitió que la conducta del inmitente continuase en ciertos casos determinados, siempre que se compensase a la víctima. Fue así que, en base a las tesis de Bonfante, se establecieron en el Derecho italiano las llamadas servidumbres industriales que tienen por objetivo el desarrollo de actividades económicas compensando por las inmisiones a los vecinos afectados cuyos predios se transforman en sirvientes. Todo esto quedó consagrado en la recepción legislativa de la teoría de las inmisiones dentro del Derecho italiano, consecuencia de la codificación de 1942.

En el artículo 844 del Código Civil italiano se establece<sup>69</sup>:

<sup>67</sup> “En un país en que la estación invernal sea dura, no constituirá inmisión el *fumus non gravis*... Cuando las necesidades absolutas y generales de la coexistencia entran en juego, la misma actividad humana se convierte en un factor natural irresponsable”. BONFANTE (1932) p. 66.

<sup>68</sup> BONFANTE (1966) p. 378.

<sup>69</sup> *Articolo 844. Immissioni. Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi.*

“Artículo 844. Inmisiones. El propietario de un fundo no puede impedir las inmisiones de humo o de calor, las exhalaciones, los ruidos, los temblores u otras propagaciones similares del fundo vecino, si no han superado la normal tolerabilidad, teniendo en cuenta las condiciones del lugar.

En la aplicación de esta norma la autoridad judicial debe contemporizar las exigencias de la producción con los fundamentos de la propiedad. Puede tener en cuenta la prioridad de un determinado uso”.

La presente disposición, en su inciso primero, establece una norma sustancialmente idéntica a la disposición alemana, donde el criterio básico es la normal tolerabilidad de acuerdo a la costumbre local, de conformidad a la tesis de Ihering. No obstante, en su inciso segundo, introduce una atenuación de la misma, producto de la aplicación de la teoría de Bonfante<sup>70</sup>, ya que el juez podrá considerar en la aplicación de la norma las exigencias de la producción, a fin de establecer un adecuado balance entre las necesidades sociales y el ejercicio del derecho de propiedad. Esta concesión de la propiedad individual en favor de la necesidad social, que parece acorde con la ideología corporativista que inspiró la redacción original del Código italiano de 1942<sup>71</sup>, será un elemento que se filtre en las regulaciones de la materia en el futuro. Así, tras la modificación de 1994, el nuevo artículo 906 del BGB<sup>72</sup> incluye un inciso segundo que contiene una limitación a la facultad del propietario de exigir el cese de una actividad que genera inmisiones cuando esta exige un costo económicamente excesivo, debiéndose, en tal caso, compensar económicamente al afectado. Otro tanto sucede cuando la industria ha sido autorizada administrativamente, puesto que, de conformidad al art. 14 de la *Bundes-Immissionsschutzgesetz* (Ley Federal de Control de inmisiones)<sup>73</sup>, en este caso, las inmisiones han de ser toleradas, aunque el propietario afec-

---

*Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve temperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso.*

<sup>70</sup> DE MARTINO (1970) p. 201.

<sup>71</sup> ALGARRA PRATS (1995) p. 88.

<sup>72</sup> La redacción actual de dicho cuerpo normativo, luego de la reforma de 1994 es:

§ 906 *Zuführung unwägbarer Stoffe*

(1) *Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt. Eine unwesentliche Beeinträchtigung liegt in der Regel vor, wenn die in Gesetzen oder Rechtsverordnungen festgelegten Grenz- oder Richtwerte von den nach diesen Vorschriften ermittelten und bewerteten Einwirkungen nicht überschritten werden. Gleiches gilt für Werte in allgemeinen Verwaltungsvorschriften, die nach §48 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes erlassen worden sind und den Stand der Technik wiedergeben.*

(2) *Das Gleiche gilt insoweit, als eine wesentliche Beeinträchtigung durch eine ortsübliche Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird und nicht durch Maßnahmen verhindert werden kann, die Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbar sind. Hat der Eigentümer hiernach eine Einwirkung zu dulden, so kann er von dem Benutzer des anderen Grundstücks einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen, wenn die Einwirkung eine ortsübliche Benutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt.*

(3) *Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig.*

<sup>73</sup> [§ 906 Emisión de sustancias imponderables.

(1) El propietario de una finca no puede prohibir la introducción de gases, vapores, olores, humo, hollín, calor, ruido, vibraciones y otras influencias similares emitidas desde otro bien raíz, en cuanto la emisión no le

tado puede exigir que se adopten medidas de mitigación y, si estas no son suficientes, una compensación económica.

En pocas palabras, en virtud de la teoría de Bonfante se abrió un espacio legislativo a la consideración de las necesidades sociales dentro de la teoría de las inmisiones, lo que permitió reemplazar la cesación de actividades del inmitente (única medida admitida por la teoría clásica de las inmisiones) por la entrega de una compensación económica a cambio del derecho de inmitir, es decir, el establecimiento de una suerte de servidumbre industrial forzosa por la autoridad judicial para los casos en que el interés social se encuentre en juego. Dicho interés social se refleja no solo en la autorización administrativa que ampara la industria (reflejo de la potestad política en la determinación de las necesidades sociales), sino también en la ponderación que debe realizar el juez de lo económicamente viables que son las medidas de mitigación y el equilibrio entre el derecho de propiedad y las necesidades generales del bien común.

En España, por su parte, también se produjo la recepción de la teoría de las inmisiones por vía doctrinal. Ya desde mediados de la década del sesenta<sup>74</sup> comienza a recepcionarse la existencia de la acción negatoria como medio para proteger la libertad de los fundos. Será, en todo caso, en 1980 cuando la acción negatoria comience a utilizarse propiamente como un medio de defensa en contra de las inmisiones y de regulación de materias medioambientales en relación con la vecindad<sup>75</sup>. El camino escogido para recibir la dogmática de la acción negatoria fue el artículo 590 del Código Civil, de contenido muy similar al 574 italiano y también una recepción obvia del 674 del *Code Napoléon*:

---

impida la utilización de sus bienes, o solo la afecte ligeramente. Una perturbación insignificante se entiende normalmente presente, si es acorde con las condiciones establecidas en las leyes o regulaciones o directrices de la base de dichas prescripciones no se exceden de los impactos determinados y evaluados. Lo mismo se aplica a los valores de las normas generales administrativas que se han adoptado de acuerdo con el § 48 de la Ley Federal de Control de la Contaminación y reflejan el estado del arte.

(2) Lo mismo se aplicará en cuanto la interferencia material sea causada por el uso de otro bien raíz según la costumbre del lugar y que no pueda ser evitada por medidas económicamente razonables para los usuarios de esta clase. Cuando el propietario sea obligado a tolerar una influencia fundándose en estas normas, puede requerir que el usuario del otro inmueble le compense monetariamente de forma adecuada si la acción afecta a un uso habitual de su propiedad o de su renta sobre el monto que pueda estimarse tolerable.

(3) La introducción a través de un canal o cañería especial no es admisible.

*Auf Grund privatrechtlicher, nicht auf besonderen Titeln beruhender Ansprüche zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen von einem Grundstück auf ein benachbartes Grundstück kann nicht die Einstellung des Betriebs einer Anlage verlangt werden, deren Genehmigung unanfechtbar ist; es können nur Vorkehrungen verlangt werden, die die benachteiligenden Wirkungen ausschließen. Soweit solche Vorkehrungen nach dem Stand der Technik nicht durchführbar oder wirtschaftlich nicht vertretbar sind, kann lediglich Schadensersatz verlangt werden.*

[Nadie tiene derecho a requerir la cesación de actividades en una instalación sobre la base de reclamaciones en virtud del derecho civil, y no sobre la base de títulos específicos, a la protección contra los efectos perjudiciales que cualquier bien raíz que puede tener en los inmuebles vecinos, en la medida en que la autorización de dicha instalación sea definitiva, sino que solo podrá requerir medidas preventivas necesarias para evitar esos efectos perjudiciales. Si estas medidas no son técnicamente factibles de acuerdo con el estado de la técnica o económicamente inviables, la compensación solo puede ser reclamada por el daño real sufrido.]

<sup>74</sup> Específicamente por sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1964. Véase DÍAZ ROMERO (2003) p. 3.708.

<sup>75</sup> Por sentencia del Tribunal Supremo español de 12 de diciembre de 1980. Véase ALGARRA PRATS (1995) p. 152.

Art. 590 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.

Nuevamente, se estimó que el artículo contenía una serie de ejemplos de actos que se podían realizar en lo propio y que generaban consecuencias indirectas y perniciosas en lo ajeno, es decir, inmisiones. La respuesta para tales inmisiones fue la construcción de una acción negatoria (que no se encontraba regulada en el Código Civil) y que permitía requerir el cese de las actividades del inmitente. Por su parte, los perjuicios se perseguían de acuerdo al régimen general de culpa o dolo del artículo 1908. Este régimen, de creación jurisprudencial, recibió consagración legislativa por primera vez en 1990 en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

A través de la ley catalana de Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad de 9 de julio de 1990 13/1990 se reguló de manera orgánica el problema por primera vez en territorio español. Esta ley acogía, en principio, la teoría de las inmisiones en sus términos tradicionales fijando los límites de tolerabilidad a través de la normalidad del uso, aunque incorporando también ciertas concesiones a la necesidad propias de la teoría de Bonfante. Dicha regulación fue incorporada al nuevo Código Civil catalán de 2008 en sus artículos 545 y ss. En la nueva codificación se recoge expresamente el estado de necesidad como límite a la propiedad y regulador de la vecindad (art. 546-12), acogiendo de manera íntegra la tesis bonfantina<sup>76</sup>.

En el entretanto, en Francia también se hacía sentir la necesidad de desarrollar una disciplina que regulase las relaciones de vecindad y, especialmente, los problemas de inmisiones generados por la industrialización del país durante el siglo XIX. Lamentablemente, como hemos indicado, el *Code Napoléon* no incluía entre sus normas un criterio que permitiese recepcionar la casuística romana relativa a las relaciones de vecindad y la teoría de las inmisiones<sup>77</sup>. Fue en este contexto que se comenzaron a dar ya durante el primer tercio del siglo XIX sentencias que estimaban procedente la responsabilidad del dueño por los daños que causase a sus vecinos producto del uso anormal de la propiedad en perjuicio de ellos<sup>78</sup>. Se estimó por la jurisprudencia que cuando el uso excede a la destinación ordinaria de un inmueble y, producto de dicho uso, se causa un daño a la propiedad ajena, tiene lugar la obligación de indemnizar perjuicios y cesar en los actos dañosos por la vía de la responsabilidad extracontractual establecida en los artículos 1382 y 1383<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Véase al respecto PADIAL ALBÁS y TOLDRÀ ROCA (2008) pp. 50-51.

<sup>77</sup> No obstante, el proyecto Cambacérès de 1796 sí incluía dos artículos acerca de las relaciones de vecindad, el 452 y 453. Para más detalles, véanse: ALGARRA PRATS (1995) p. 113 y ABDUL-MALAK IZAM (2006) pp. 115-116.

<sup>78</sup> Ya en 1808, la Corte de Metz falló por primera vez estableciendo esta obligación. Sin embargo la doctrina parece haberse asentado en 1844 con un pronunciamiento de la Corte de Casación. Véase GRIOLET y VERGÉ (1900-1905) pp. 878-880.

<sup>79</sup> Art. 1382 *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*

En principio, existirían dos formas de regímenes a los que queda afecta la vecindad. Uno sería el régimen general de responsabilidad, cuando el daño puede imputarse a una falta del autor, sea que esta provenga del quebrantamiento de una ley o de disposiciones administrativas, de su culpa o del abuso en el ejercicio de su derecho, requiriéndose de intención de dañar para este último. El otro sería el régimen propio de las relaciones de vecindad, que tiene lugar toda vez que se ha realizado un uso extraordinario de la propiedad y este ha causado daños a terceros. Por usos extraordinarios se entienden todos los que tienen carácter industrial o comercial y que, en general, escapan a los fines netamente habitacionales o agrícolas. Por perjuicio se entiende cualquier disminución en el valor de la propiedad, por lo que se estimó procedente dicha responsabilidad incluso para el caso que el propietario instalase un sanatorio para tuberculosos en su inmueble y, de resultas de ello, se desvalorizasen las casas vecinas. Otro tanto se aplicó para los prostíbulos, escuelas y otros lugares susceptibles de desvalorizar los inmuebles cercanos, a juicio de la jurisprudencia francesa<sup>80</sup>.

Sin embargo, y a pesar de la jurisprudencia, la doctrina encontró difícil encajar esta responsabilidad dentro del molde legislativo establecido en el *Code Napoléon*. En efecto, los artículos citados son de corte general y no establecen verdaderamente una regulación del régimen de vecindad, sino la responsabilidad por daños derivados de delitos y cuasidelitos. De más está decir que, por regla general, los daños causados entre vecinos por el uso de la propiedad no tienen un componente de negligencia ni menos de dolo, lo que hace difícilmente aplicables, desde un punto de vista teórico, dichos artículos. Muchas veces el autor se encuentra amparado, incluso, por autorizaciones administrativas. No obstante, la jurisprudencia decidió que dichas autorizaciones se otorgan sin perjuicio de los derechos de terceros y, por lo tanto, no obstan a que el vecino exija que se ejecute su responsabilidad<sup>81</sup>. La doctrina, por lo general, reconoció la existencia de un vacío<sup>82</sup> y procedió a llenarlo de forma bastante peculiar. Aubry y Rau, por ejemplo, dan cuenta del hecho que no se pueden ejercer las facultades derivadas de la propiedad en perjuicio de los vecinos y esto ocurriría cuando se excede el uso normal de la propiedad. Para su fundamentación citan a Domat y al Digesto 8.5.8.5, aunque no se capta exactamente cuál sería fundamento jurídico preciso de esta obligación de no dañar a terceros ni por qué, para interpretar un problema de responsabilidad, se trae a colación uno de servidumbres<sup>83</sup>.

---

Art. 1383 *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.*

<sup>80</sup> El caso del sanatorio corresponde a la sentencia de la Corte de Limoges de 5 de febrero de 1902. También hay jurisprudencia para escuelas (Corte de París, 9 de diciembre de 1904) y otras. La jurisprudencia aparece en GRIOLET y VERGÉ (1900-1905) pp. 878-880. Un comentario detallado sobre ella en: RIPERT y BOULANGER (1963) p. 327.

<sup>81</sup> Esta doctrina se encuentra bien asentada ya a mediados del siglo XIX, aunque se encuentra presente, incluso, en el primer fallo de la Corte de Metz de 10 de noviembre de 1808, véase GRIOLET y VERGÉ (1900-1905) pp. 878-880. Leemos en AUBRY y RAU que la autorización administrativa «*ne prive point le voisin du droit de porter, devant l'autorité judiciaire, sa demande en indemnité*». AUBRY y RAU (1869) p. 197.

<sup>82</sup> Tal vez que más explícito al respecto fue Planiol, que directamente trata el tema como una laguna. Véase PLANIOL (1915) p. 733.

<sup>83</sup> AUBRY y RAU (1869) pp. 193-197.

Otra solución al problema viene de la mano de Planiol, quien resucita la idea de Pothier de que la vecindad constituiría una especie de cuasicontrato<sup>84</sup>, dándoles un carácter de obligaciones semirreales a las que nacen por la contigüidad, en cuanto a que circulan junto con la titularidad del bien. Sin embargo, ante las críticas suscitadas tanto por las falencias propias del concepto de cuasicontrato, como por la debilidad de los argumentos para sostener que se trataría precisamente de una de esas obligaciones, terminará por abandonar la idea y estimar que se trata de obligaciones que nacen del uso excesivo o anormal de la propiedad<sup>85</sup>. En pocas palabras, la obligación de reparar los perjuicios derivados de los usos extraordinarios de la propiedad entre vecinos nace del hecho de usarse extraordinariamente dicha propiedad, una singular tautología que fue adoptada por la inmensa mayoría de la doctrina francesa hasta el presente<sup>86</sup>.

Otra alternativa fue planteada por Ripert, quien hizo su tesis doctoral en la materia<sup>87</sup>. Según este autor “[e]s necesario admitir, pues, que la jurisprudencia ha establecido en lo referente a las relaciones de vecindad una regulación particular de los daños causados. Los tribunales investigan si el daño excede al que resulta de las obligaciones ordinarias de vecindad. En este sentido, la idea de Pothier no es falsa. Los propietarios vecinos forman una especie de comunidad y esa comunidad tiene sus leyes. Aquel que en su explotación ha destruido el orden establecido por la costumbre debe una reparación”<sup>88</sup>. En este sentido, concuerda con Planiol en que las obligaciones de vecindad serían de carácter real, circulando con la titularidad del bien. No obstante, esta idea no fue en general acogida por la doctrina.

El último eslabón en esta cadena de autores viene representado por Josserand, quien construye su propia teoría que se fundamenta en la existencia de obligaciones genéricas y de contenido indeterminado entre los propietarios vecinos de dos fuentes distintas, el abuso del derecho y el uso excesivo del mismo. Tendrá lugar abuso del derecho cuando exista intención de dañar a otro, se trate de satisfacer un interés egoísta o, cuando existiendo varias maneras de ejercer un acto, el dueño elija aquella que sea más nociva para los demás<sup>89</sup>. El uso excesivo, en cambio, es aquel que resulta incuestionable en sus móviles, pero por su naturaleza extraordinaria, hace responsable al agente de los perjuicios que cause<sup>90</sup>.

En verdad, toda la concepción francesa de los *troubles de voisinage* resulta inaceptable. En primer término, la división de la responsabilidad en dos especies distintas, una común y otra especial, parece carecer de sentido. Siguiendo el postulado de la jurisprudencia francesa, si el acto de uso produce perjuicios más allá de los elementos ordinariamente aceptables por la comunidad, entonces tiene lugar la responsabilidad especial derivada

<sup>84</sup> “*Le voisinage a jadis été rangé, parmi les sources d’obligations, dans la classe des quasi-contrats*” PLANIOL (1915) p. 735.

<sup>85</sup> PLANIOL y RIPERT (1946) p. 400.

<sup>86</sup> Véanse al respecto, y casi con sus mismas palabras: HÉRMARD (1934) p. 373; WEILL (1970) p. 125; BERGEL, BRUSCHI y CIMAMONTI (2000) p. 115 y TERRÉ (2002) p. 246.

<sup>87</sup> RIPERT (1902).

<sup>88</sup> RIPERT y BOULANGER (1963) p. 328.

<sup>89</sup> JOSSERAND (1930) pp. 733-734.

<sup>90</sup> JOSSERAND (1930) p. 745.



de las relaciones de vecindad. Esta hipótesis, por sí sola, abarca todas las demás posibilidades establecidas por la doctrina, sean de negligencia, abuso del derecho o lo que fuese. Si la conducta está regulada por el uso es excesivo, qué sentido tiene hablar de abuso del derecho. Aunque hubiese intención de dañar, si no se realizó más que un uso ordinario sin mayores consecuencias para el vecino, al carecer de resultados la conducta concreta, tampoco puede darse lugar a la responsabilidad. Por el contrario, si se actuó de buena fe, pero se dañó al vecino con un uso extraordinario, la responsabilidad especial tendrá lugar. En pocas palabras, la hipótesis de responsabilidad común, que todos los textos franceses se preocupan de destacar, jamás tiene aplicación. En verdad, lo que terminó por establecerse es un régimen de responsabilidad objetiva derivado del uso anormal de la propiedad, el cual se fundamenta capciosamente en dos artículos diseñados para amparar la responsabilidad subjetiva. Tanto es así que la doctrina abandonó el problema y se limitó a repetir la tautología de que la responsabilidad por usos extraordinarios se basa en lo extraordinario del uso. Como dirá Bonfante: “los confines horizontales de la propiedad son claros y nítidos: ¿y cómo, ni en virtud de qué lógica, se puede por puro arbitrio restringir un derecho netamente definido, a los límites de la utilidad con que su titular lo ejercita?”<sup>91</sup>. El mayor problema de la falta de fundamentación de la teoría francesa se traduce en la indeterminación de los presupuestos que activan la responsabilidad y, por tanto, de la naturaleza de los usos que han de considerarse extraordinarios. Si un hospital o una escuela pueden considerarse como gatilladores de responsabilidad, por qué no también la presencia de una familia harapienta<sup>92</sup>. Esta teoría tiende a inmovilizar los usos del suelo hasta extremos ridículos, especialmente por su indeterminación, lo que ha llevado a que ningún otro país la adopte. Sin embargo, debe reconocérsele el mérito de haber analizado los fundamentos de la responsabilidad común hasta un grado lo suficientemente alto como para sernos útil en el análisis de algunos supuestos. Todos estos elementos nos servirán para formar un concepto de inmisión.

#### 4. QUÉ ES UNA INMISIÓN

Luego del largo recorrido histórico realizado en la primera parte de este artículo, vale la pena plantearse el problema de qué podemos considerar una inmisión y cuáles serían los límites de tolerancia que deben soportar los predios vecinos frente a los actos de uso de un bien que generan consecuencias más allá del mismo y, especialmente, el problema de la existencia de una autorización administrativa que ampare el actuar del agente frente a las privaciones que puedan sufrir los demás predios. En este acápite no nos ocuparemos de las acciones en concreto que pueden ejercerse en razón de las inmisiones, sino que dejaremos dicho estudio para un momento posterior en que tengamos bien afinada la definición y características centrales de la institución. Más allá de las diferencias sutiles que se han dado en el desarrollo histórico de la teoría, podemos señalar que una inmisión es:

<sup>91</sup> BONFANTE (1932) p. 28.

<sup>92</sup> BONFANTE (1932) p. 37.



*Una perturbación posesoria de carácter indirecto que, sin disputar la tenencia material del bien, proyecta influencias sobre el mismo de tal naturaleza que le impiden, le dificultan o le hacen incómodo a su titular el ejercicio de actos posesorios sobre el mismo producto de la acción de un tercero sobre sus propios bienes.*

La presente definición intenta destacar los aspectos más relevantes de la teoría de las inmisiones y pasaremos a analizar cada uno de ellos en detalle a fin de esclarecer su contenido.

## 5. CARACTERÍSTICAS DE LA DEFINICIÓN

Debemos destacar que la esencia de las inmisiones es consistir en una perturbación posesoria. Si esta no se da, no tiene sentido siquiera hablar de inmisiones. Todo lo que invade las fronteras del predio sin causar molestias, como un aeroplano que lo sobrevuela o las ondas de radio que lo atraviesan<sup>93</sup>, no tiene el carácter de inmisión justamente porque no produce perturbación posesoria alguna. Antes de entrar a analizar si existe inmisión en un caso concreto debe plantearse si la penetración que se realiza en los lindes de un bien tiene la virtualidad de producir una turbación en la posesión del mismo.

El tipo de turbación en concreto es también específico. No se trata de aquellas que intentan disputar la titularidad del bien y, por tanto, atacan la continuidad de la posesión en sí, sino que son del tipo que embarazan la posesión dificultando el ejercicio de actos posesorios sobre el bien, en los términos de los artículos 920 y 921 del Código Civil<sup>94</sup>. La titularidad no está en cuestión, sino el contenido específico de la posesión y el alcance de los actos que el poseedor puede materialmente desarrollar. De alguna manera, este tipo particular de turbaciones o embarazos posesorios tienen por efecto vaciar de contenido la titularidad del bien y, por tanto, terminan por recortar las facultades posesorias del titular.

Los actos posesorios consisten justamente en ejercer, de hecho, el contenido del dominio, en ejecutar los actos de uso, goce y disposición que consagra el artículo 582 del Código Civil como facultades del dueño. Así, son actos posesorios el disponer del bien, el obtener provecho económico del mismo, sea a través de la ejecución de actos jurídicos en virtud de los cuales se cede su tenencia o a través de la obtención de frutos naturales, y los actos a través de los cuales el titular simplemente se sirve del bien según su destinación, sea esta habitacional o comercial.

La perturbación puede impedir totalmente el ejercicio de actos posesorios en el inmueble, como por ejemplo si se lo contaminara con material radioactivo o se lo inunda permanentemente, en los términos del artículo 2502 n° 1. También pueden simplemente

<sup>93</sup> BONFANTE (1966) p. 377.

<sup>94</sup> Art. 920. Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión, prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella.

Las que tienen por objeto recuperarla, expiran al cabo de un año completo contado desde que el poseedor anterior la ha perdido.

Si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará este año desde el último acto de violencia, o desde que haya cesado la clandestinidad. Las reglas que sobre la continuación de la posesión se dan en los artículos 717, 718 y 719, se aplican a las acciones posesorias.

Art. 921. El poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace su posesión o se le despoje de ella, que se le indemnice del daño que ha recibido, y que se le dé seguridad contra el que fundadamente teme.

dificultarle el ejercicio de actos posesorios de mera facultad<sup>95</sup> dirigidos a la explotación económica del bien o simplemente a servirse del mismo según su destino natural. Imposibilitar el ejercicio de estos actos posesorios es afectar la posesión del bien, como también hacerla gravosa o incómoda, en los términos del artículo 830 del Código Civil<sup>96</sup>, puesto que el efecto de este tipo de actos dificultar al titular del mismo el pleno ejercicio de su propiedad.

En este mismo sentido, no cabe hablar de inmisiones cuando no se ha ocasionado una perturbación posesoria real, es decir, cuando lo pretendidamente lesionado es simplemente una expectativa y no la esfera interna del derecho<sup>97</sup>. Para que la inmisión tenga la consistencia de una perturbación posesoria es menester que efectivamente se impida, se haga difícil, gravoso o incómodo el ejercicio de las facultades del dominio y no simplemente se perturben expectativas que bien pueden no realizarse<sup>98</sup>. Entre las situaciones que deben calificarse como meras expectativas, la más notoria es la mera disminución del supuesto valor de mercado<sup>99</sup>. La baja en el precio al que eventualmente podría transarse un bien no es, en sí mismo, un criterio suficiente para estimar la existencia de una inmisión, puesto que no revela la merma en la posibilidad real de ejercer actos posesorios en el bien. Si puede estimarse como un daño eventualmente resarcible, este es un problema de naturaleza diversa que deberá, por tanto, solucionarse de acuerdo a las reglas generales de la responsabilidad aquiliana, mas no puede tratárselo como un caso de inmisión, toda vez que no se percibe de qué manera el ejercicio de actos posesorios se ve mermado. No obstante, si

<sup>95</sup> Art. 2499. La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna.

Así el que durante muchos años dejó de edificar en un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique.

Del mismo modo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales o paste en ellas, no por eso se impone la servidumbre de este tránsito o pasto.

Se llaman actos de mera facultad los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro.

<sup>96</sup> Art. 830. El dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo.

Al respecto, véase el análisis de Albuquerque sobre la pérdida de un *commodum*, un provecho, y la aplicabilidad de los interdictos por inmisiones. ALBUQUERQUE (2002: p. 63).

<sup>97</sup> Jiménez Salcedo señala que: "para delimitar concretamente el concepto de inmisión, debemos proceder a la demarcación de dos nociones distintas: lesión de un derecho y lesión de un simple interés, es decir, daño jurídico y daño solamente económico... En este sentido podríamos definir una *immissio* como la lesión producida en la esfera interna del derecho. Sin que se pueda entender como tal la privación de ventajas de las que hasta entonces venía disfrutando un inmueble... Solo habrá daño jurídico cuando la desaparición de una ventaja implique al mismo tiempo disminución de un derecho". JIMÉNEZ SALCEDO (1999) pp. 41-42.

<sup>98</sup> Al respecto, la distinción nace de la mano de Bonfante, quien intenta, a través de ella, evitar los efectos nocivos de la teoría francesa de los *troubles de voisinage* que, como ya hemos señalado, cayó en excesos tan notorios como prohibir la instalación de una escuela. Es por ello que expresa: "Sentado ya que solo hay lesión de derecho cuando hay invasión en la esfera interna, si, sin apartarnos del camino recto, procedemos a examinar qué contiene y qué expresa este concepto de lesión de las condiciones intrínsecas, de invasión de la esfera interna, encontramos que es lo suficientemente amplio y que llega hasta aquellos límites, hasta los cuales y no más allá de los cuales debe llegar el buen sentido". BONFANTE (1932) p. 53.

<sup>99</sup> Señala Bonfante: "Pero la disminución del valor económico es el más erróneo de todos los criterios a que se puede recurrir, porque las más de las veces depende, como hemos visto, de una modificación de las condiciones externas sobre las cuales no tengo derecho ninguno". BONFANTE (1932) p. 56.

producto de inmisiones se interrumpiese la posibilidad de efectuar un acto de disposición en concreto, una venta que ya se encontraba en proceso de negociación, por ejemplo, tal vez podría estimarse afectada la facultad de disposición y, por tanto, ya no estaríamos ante una mera expectativa. Sin embargo, este parece un caso más bien raro y de laboratorio, antes que un supuesto real. En general, la merma en el valor al que eventualmente podría venderse una propiedad es una simple expectativa y no una afectación real a las facultades posesorias. Si se estimase que es un daño propiamente tal, como hace la jurisprudencia francesa, entonces también una empresa podría demandar su rival porque de resultados de sus actividades (venta del mismo bien en el mercado) el precio del mismo baja.

En cuanto a la pregunta de si el bien afectado ha de tratarse solamente de un inmueble, en verdad no hay ninguna razón dogmática para limitar las perturbaciones posesorias solo a ellos. Al efecto, solo podemos decir que es más frecuente que este tipo de conflictos surja respecto de inmuebles que de muebles, toda vez que estos últimos pueden trasladarse de un lugar a otro y, por lo mismo, suelen ser movilizables cuando emerge un posible conflicto respecto a ellos<sup>100</sup>. No obstante, si se produjese una situación que afectase un bien de naturaleza mueble y el dueño no pudiese trasladarlo con facilidad, evidentemente también podría ejercer las acciones que le correspondieren por tal evento, aunque tal situación parece, más bien, rara.

La perturbación posesoria ha de originarse en un acto de un tercero. Si la perturbación posesoria tiene por origen un hecho de la naturaleza, no cabe el ejercicio de acción alguna<sup>101</sup>. Como expresa Bonfante: “Donde la naturaleza actúa no hay inmisión”<sup>102</sup>. En efecto, las fuerzas naturales actúan sin la intervención humana, como en el caso del escurrimiento de aguas lluvia, no cabe dirigirse contra el titular del inmueble desde donde escurren, puesto que no es él quien priva a su vecino del ejercicio de actos de uso o goce sobre su predio, sino que esto es consecuencia de las limitaciones y características intrínsecas de la situación de su propio inmueble. Al efecto expresa el mismo Bonfante: “Cuando hay que soportar un fenómeno o manifestación de la naturaleza, los romanos hablan de una *servitus naturalis*, expresión que los viejos autores no supieron entender y que confundieron y mezclaron con las limitaciones o servidumbres legales. En realidad, cuando las cosas están dispuestas por la naturaleza de un cierto modo, no hay, en ningún caso, limitación”<sup>103</sup>. Las servidumbres naturales, en efecto, son casos en que la penetración en el ámbito de los actos posesorios que puede realizar el dueño se realiza por obra de la naturaleza y sin intervención humana y de ahí que nuestro artículo 831 del Código Civil señale que provienen de la “situación de los lugares”. En ellas, el evento que merma las facultades del dominio se produce es decir, “sin que la mano del hombre contribuya a ello” (Art. 833 del Código Civil) y son, por tanto, parte de las características propias del bien sobre el cual se pretende ejercer dominio. En este sentido, no son inmisiones, puesto que no se derivan, propiamente, de actos de un tercero.

<sup>100</sup> JHERING (1863) pp. 84-85.

<sup>101</sup> JIMÉNEZ SALCEDO (1999) p. 44.

<sup>102</sup> BONFANTE (1932) p. 61.

<sup>103</sup> BONFANTE (1932) p. 62.

No obstante, no solo de los actos positivos de un tercero pueden derivarse inmisiones. También existen inmisiones negativas, es decir, derivadas de omisiones del tercero. Esto es especialmente válido cuando, de resultas de la inactividad del tercero, se derivan perturbaciones posesorias y pesa una obligación legal sobre dicho tercero de actuar, como es el caso del dueño de un edificio respecto a las reparaciones que debe realizar en él, en virtud de los artículos 932 y 2323 del Código<sup>104</sup> o en el caso del cuidado de animales (arts. 2326-2327 del Código Civil).

Los actos que el tercero realiza (o las omisiones, según el caso) deben realizarse fuera del espacio físico del bien, esto es, más allá de sus lindes. Un acto realizado dentro del bien en sí por un tercero constituye una violación directa a la propiedad del vecino y atenta contra su *ius excludendi* o derecho a excluir a terceros del mismo. En este caso estamos más allá de la simple inmisión y tal tipo de ataque puede ser rechazado sin regirse por las complejas reglas de tal teoría e incluso por vías de hecho. En doctrina se califica los actos de un tercero dentro del bien ajeno de inmisión directa, mientras que las inmisiones propiamente tales se suelen denominar indirectas. No obstante, hay un evidente consenso en que las inmisiones directas son siempre contrarias a derecho, sea cual fuera su naturaleza o la intención del agente<sup>105</sup>, mientras que las indirectas son aquellas que se norman a través de la teoría. Al respecto señala Bonfante<sup>106</sup>:

“Realmente, quien con la propagación natural de las operaciones que realiza en su esfera desborda esta e invade la interna de otro *non utitur suo iure*; bien considerado, este caso es quizá más grave que el de la *immissio*. Por tanto el famoso aforismo romano: *in suo hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat* debe completarse, con ayuda de los mismos textos romanos, así: *et quatenus nihil in alieno faciat*. Insistimos aún: la lesión del derecho ajeno no se hace solo con el *immittere* sino también con el *facere*. Podemos pues establecer la regla: toda invasión en la esfera interna ajena por elementos o por operaciones que hechas en terreno propio se propaguen al ajeno, puede dar motivo al ejercicio de la acción negatoria de la perturbación; y

<sup>104</sup> Art. 932. El que tema que la ruina de un edificio vecino le pare perjuicio, tiene derecho de querellarse al juez para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que, si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; y si el querellado no procediere a cumplir el fallo judicial, se derribará el edificio o se hará la reparación a su costa. Si el daño que se teme del edificio no fuere grave, bastará que el querellado rinda caución de resarcir todo perjuicio que por el mal estado del edificio sobrevenga.

Art. 2323. El dueño de un edificio es responsable a terceros (que no se hallen en el caso del artículo 934), de los daños que ocasione su ruina acaecida por haber omitido las necesarias reparaciones, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

<sup>105</sup> Al respecto señala Jiménez Salcedo: “La doctrina ha adoptado una postura uniforme con respecto a las injerencias directas, considerando que estas no deben someterse al régimen jurídico de las inmisiones, pues no deben tolerarse bajo ningún concepto, mientras que el *immittere in alienum* está limitado pero no siempre prohibido, esto es, admite un cierto grado de tolerancia... El concepto de inmisión abarca no solo las inmisiones de cosas materiales sino también la propagación de calor, humedad, olores, etc.” JIMÉNEZ SALCEDO (1999) p. 39. Para un análisis en derecho comparado véase: EGEA FERNÁNDEZ (1994) pp. 73-77.

<sup>106</sup> BONFANTE (1932) p. 55. Repite la idea en BONFANTE (1966) p. 373. Respecto a la regulación romana, véase con detalle y comentando la proposición de Bonfante: GARCÍA SÁNCHEZ (1999) p. 69.

agreguemos, al ejercicio de la acción de resarcimiento por el daño producido, salvo la necesidad de probar la existencia de culpa en la acción de resarcimiento”.

Ahora bien, lo normal será que las inmisiones se realicen cuando el tercero actúa en lo suyo, en decir, dentro de los límites de su propio bien y en ese contexto sus actos atenten en contra de la interdicción de usar la propiedad “contra derecho ajeno”, en los términos del artículo 582 del Código Civil. Sin embargo, es también posible que los actos del tercero se realicen no en sus propios bienes, sino en los bienes de uso público, como, por ejemplo, en la calle. En este caso evidentemente también podrá accionarse en su contra, puesto que lo esencial es que, a través de sus actos, está perjudicando al poseedor de un bien impidiéndole el pleno ejercicio de sus facultades del dominio y, por tanto, perturbando su posesión. La posesión ha de ser defendida de las interferencias fácticas de terceros y no existe razón alguna para limitar esta defensa solo respecto de quienes obran en lo propio y no en lo común, puesto que se es propietario (y, por tanto, se tiene derecho a servirse de sus bienes) no solo respecto a los vecinos, sino respecto a toda persona. Para que en este caso podamos hablar de una perturbación posesoria las inmisiones deben tener un carácter habitual, puesto que el esporádico grito de un niño no es suficiente como para estimar afectada la posesión de un inmueble. Por lo demás, el agente debe ser identificable, puesto que en caso contrario no habrá un sujeto pasivo determinado en contra quien interponer la demanda. Evidentemente, esto ha de entenderse sin perjuicio de los derechos fundamentales de reunión y expresión que asisten a todos los ciudadanos, puesto que el sueño de una persona no puede usarse como excusa para prohibir una manifestación.

De acuerdo con lo expuesto, los actos del tercero han de producir emisiones que penetren las fronteras del bien afectado. Este es el punto central de la teoría de las inmisiones, puesto que no se trata de las perturbaciones posesorias que se realizan mediante la injerencia directa en los bienes de otro, sino que el tercero, a través de actos en lo propio que generan emisiones, perturba la posesión de un vecino. Estas emisiones pueden derivarse de cualquier tipo de acción, sea que forme parte de los usos normales de la propiedad o de un uso extraordinario. Es el hecho de la penetración de dichas emisiones dentro de la esfera material del bien del vecino, cuando estas tienen una entidad suficiente para constituir perturbaciones posesorias, lo que permite al afectado accionar. Durante el siglo XIX en Alemania se limitó la vigencia de la protección contra inmisiones a injerencias que se denominaron corporales<sup>107</sup>, es decir, aquellas que constituyan una sustancia materialmente apreciable por los sentidos, como los humos, la humedad y las piedras. No obstante, esta visión limitada de las inmisiones fue superada por la obra de Ihering<sup>108</sup> y, desde entonces, no se duda en la doctrina<sup>109</sup> que no solo las sustancias de naturaleza corporal, sino también las

<sup>107</sup> SPANGENBERG (1826) pp. 271-272.

<sup>108</sup> JHERING (1863) p. 91.

<sup>109</sup> Así, señalan Padial Albás y Toldrá Roca: “de acuerdo a dicha jurisprudencia, las inmisiones constituyen la injerencia físicamente apreciable en un inmueble, de sustancias, partículas u ondas, que se propagan de forma natural, pero que tienen su origen en la actividad del propietario o del poseedor de un inmueble vecino; provocando una intromisión, en el disfrute pacífico y útil del derecho de propiedad, o en la posesión de otra finca... el propietario podrá ejercitar la acción negatoria para poner fin a esas perturbaciones y, exigir, además,

denominadas incorporeales (como las ondas sonoras o los olores) pueden constituir inmisiones. En verdad, la categorización de las inmisiones en corporales e incorporeales corresponde a una teoría física anticuada en que se dudaba de la naturaleza material de las ondas. Hoy por hoy, no solo es muy difícil determinar si un fenómeno en concreto tiene naturaleza corporal (es decir, formada por partículas, sea a nivel atómico o subatómico, puesto que esto depende de la presencia y comportamiento del bosón de Higgs), sino que es ocioso. El Derecho rige relaciones sociales y las inmisiones son, ante todo, categorías sociales, no físico-naturales<sup>110</sup>. Si la luz o el electromagnetismo están compuestos por partículas o no, esto no tiene influencia alguna en que constituyan perturbaciones posesorias. Por lo demás, existen fenómenos que, a pesar de estar evidentemente compuestos de partículas (como los neutrinos), no son susceptibles de interactuar con otras partículas y, por ende, no constituirán nunca una inmisión.

Lo relevante para la teoría de las inmisiones es si las emisiones producidas por el actuar del agente son susceptibles de perturbar la posesión ajena. Debe, en este sentido, tratarse de emisiones pertenecientes al mundo físico, puesto que la posesión es un fenómeno fáctico, y no al mundo de las ideas. Las llamadas inmisiones ideales, que se encuentran al margen del mundo físico-natural, no pueden ser consideradas como tales. Tal es el caso de aquellas tratadas por la jurisprudencia francesa como *troubles de voisinage* consistentes en la instalación de un hospital de tuberculosos en un barrio residencial acomodado<sup>111</sup> o de un prostíbulo.

Puesto que las inmisiones son fenómenos pertenecientes al mundo físico-natural, estas son, por tanto, mensurables, es decir, apreciables dentro de una escala estandarizada<sup>112</sup>. Las emisiones que no sean susceptibles de ser medidas, como la incomodidad producida por un hospital que se instale en el barrio, por la presencia de un burdel, de una familia harapienta o la brujería, no pueden constituir inmisiones. Solo a partir de la medida de la inmisión es que el tribunal podrá formarse una idea de su entidad y, por tanto, esta es necesaria.

Las emisiones deben ingresar en las fronteras del bien afectado. No es suficiente que afecten su entorno, sino que deben penetrarlo, puesto que de lo contrario no se afectará su posesión, sino tal vez su valor de mercado u otro aspecto de carácter ideal. Sin penetración no hay inmisión y, por tanto, las mediciones necesarias para determinar su entidad deben realizarse dentro del bien afectado. En todo caso, es posible que el bien afectado sea un bien nacional de uso público, como las plazas, calles y parques naturales, en cuyo caso las fronteras del mismo pueden resultar un tanto difusas, aunque no por ello indeterminables.

En cuanto al concepto de vecindad que subyace en la teoría de las inmisiones, debemos remarcar que este no significa contigüidad. Al respecto Egea Fernández señala: "[l]a referencia a la vecindad en las actividades inmisivas no debe ser identificada, estrictamente,

---

la correspondiente indemnización por daños y perjuicios (art. 544-6.2 CCCat)". PADIAL ALBÁS y TOLDRÀ ROCA (2008) p. 53. Véase también: JIMÉNEZ SALCEDO (1999) p. 39.

<sup>110</sup> BONFANTE (1932) pp. 57-58.

<sup>111</sup> Corte de Limoges de 5 de febrero de 1902, GRIOLET y VERGÉ (1900-1905) pp. 878-880.

<sup>112</sup> Esto es lo que se ha entendido como materialidad, la posibilidad de que sean medidas en una escala física. Este concepto ha reemplazado la vieja idea de corporalidad. Al respecto véase: EGEA FERNÁNDEZ (1994) p. 76.



con el concepto de colindancia de fincas, sino más concretamente con lo que equivale al ámbito o zona de influencia de los efectos de la actividad que se desarrolla”<sup>113</sup>. No obstante, nosotros hemos optado por no incluir la categoría de vecindad dentro de nuestra definición de inmisión porque ella constituye un concepto demasiado laxo como para tener utilidad. Existen, en la práctica, dos posibilidades: o las emisiones provenientes de un fundo en concreto penetran la propiedad del afectado o no. Si no penetran dicho inmueble, entonces no tiene sentido hablar de inmisiones, no importa lo cercano o incluso contiguo que sea el inmueble del emisor. Por otra parte, si efectivamente dichas emisiones ingresan en el inmueble de la víctima y lo afectan de una manera sustancial entonces se habrá producido la inmisión con independencia de lo lejano que tal inmueble se encuentre. Es en ese sentido que Egea Fernández identifica vecindad con el ámbito de influencia, pero este tampoco es un concepto verdaderamente fijo, toda vez que el ámbito de influencia es relativo al tipo de actividad que se desarrolle. En pocas palabras, la vecindad termina por definirse como un resultado de la inmisión, y por tanto, no puede constituir un presupuesto de la misma, a riesgo de caer en una tautología. Así, por ejemplo, un club de jazz afectará a las propiedades colindantes al establecimiento, mientras que una planta nuclear tiene potencialmente efectos a mucha mayor distancia que son, potencialmente, muchos más destructivos. Serán vecinos de uno u otro quienes se vean afectados por sus inmisiones y, por tanto, la vecindad termina por ser una consecuencia de la inmisión.

Ligado de alguna forma al problema de la vecindad se encuentra el de la titularidad que se detenta sobre el bien afectado. En principio, la respuesta depende de la acción que se pretenda ejercer, aunque podemos adelantar que las inmisiones son perturbaciones posesorias, de manera que para ejercer las acciones a que da derecho la existencia de una inmisión se necesita, a lo menos, encontrarse en posesión del inmueble. Esto es especialmente cierto si se pretenden ejercer la acción posesoria de amparo o alguna de las especiales de los artículos 930 y siguientes del mismo. Estas son acciones cautelares y, por tanto, no se requerirá demostrar otra cosa que la posesión. No obstante, podrían, eventualmente, ejercerse estas mismas acciones posesorias en defensa de bienes nacionales de uso público que, evidentemente, no están en posesión del demandante, de conformidad al tenor literal del inciso primero del artículo 948:

“La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá, en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados”.

En efecto, no se protege con esta acción la posesión individual de un bien, sino el derecho colectivo que tienen todos los habitantes de la República para servirse de los bienes nacionales de uso público. En este sentido, la posesión de los mismos es común y la acción posesoria pretende defender el derecho a ejercer esta misma posesión común. La acción es de origen romano<sup>114</sup> y se fundamenta en el interdicto *ne in loco publico fiat* que, justamen-

<sup>113</sup> EGEA FERNÁNDEZ (1994) p. 96.

<sup>114</sup> Está tomada de D. 43.7.1 *Pomponius libro 30 ad Sabinum. Cuilibet in publicum petere permittendum est id,*



te, protegía el uso de los bienes colectivos a los que todos los ciudadanos tenía derecho y que se aplicó en época romana contra las inmisiones que se realizaran en ellos<sup>115</sup>. Esta acción posesoria, presente en la tradición hispánica, fue recogida en la codificación a fin de procurar la defensa de los bienes nacionales de uso público<sup>116</sup>.

Para ejercer la acción de fondo que se corresponde con tales acciones posesorias y que llamaremos negatoria por seguir a la doctrina histórica y comparada, se requerirá, en cambio, demostrar dominio de la misma manera que para ejercer una reivindicatoria se requiere probarlo, ya que es una acción de fondo frente a las cautelares de amparo y restitución. Para ejercer las acciones de perjuicios, evidentemente no se requiere otra cosa que probar la existencia de los mismos y la posición subjetiva del agente, sin que sea necesario estar en posesión o ser dueño del bien.

En cuanto al mero tenedor, su posibilidad de ejercer acciones dependerá de su posición específica respecto al bien y de su relación respecto a la persona a cuyo nombre lo posee<sup>117</sup>. Si este es titular de un derecho real en cosa ajena, como el usufructo, este se encontrará en posición de ejercer las acciones posesorias<sup>118</sup> o de fondo en defensa de su propio derecho real.

Si la relación del mero tenedor con el bien no se fundamenta en un derecho real, este, en principio, no puede ejercer acciones posesorias, como tampoco la negatoria. Su posición respecto al bien que detenta es relativa al tercero a cuyo nombre detenta la cosa por una relación obligacional, por lo que dependerá del tipo de contrato sobre el que se fundamenta su mera tenencia (sea comodato, sea arrendamiento) la posibilidad que tenga de demandar para que el poseedor ejerza las acciones correspondientes. En el caso del arriendo, puesto que el arrendador se obliga a librar al arrendatario de toda turbación en el

---

*quod ad usum omnium pertineat, veluti vias publicas, itinera publica: et ideo quolibet postulante de his interdictitur.* [Pomponio, libro 30 acerca de Sabino. A cualquiera le es permitido accionar en razón de lo público, esto es, lo que al uso de todos pertenece, como las vías públicas o los caminos públicos: y creo que cualquiera puede postular estos interdictos.]

<sup>115</sup> ALBURQUERQUE (2002) p. 39.

<sup>116</sup> En efecto, en el Proyecto de 1853, en el artículo 1093, que se corresponde con el actual 948, Bello señala en nota al pie que este sería una modificación de una disposición de las Siete Partidas, específicamente la P. 3, tit. 32, L.10 que dispone la titularidad de una acción especial de derribo de edificios, sean nuevos o viejos, cuando estos sean peligrosos para los vecinos. Sin embargo, el interdicto romano *ne in loco publico fiat* aparece más bien recogida en las leyes 22 a 24, del mismo título 32 de la Tercera Partida, donde se otorgan acciones populares para prevenir la construcción de obras en lugares públicos. Su alcance, sin embargo, parece mucho más restringido que aquel del interdicto romano. Acerca de este proceso, véase DELGADO (2005).

<sup>117</sup> Art. 714. Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece. Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.

<sup>118</sup> Art. 922. El usufructuario, el usuario, y el que tiene derecho de habitación, son hábiles para ejercer por sí las acciones y excepciones posesorias, dirigidas a conservar o recuperar el goce de sus respectivos derechos, aun contra el propietario mismo. El propietario es obligado a auxiliarlos contra todo turbador o usurpador extraño, siendo requerido al efecto.

Las sentencias obtenidas contra el usufructuario, el usuario o el que tiene derecho de habitación, obligan al propietario; menos si se tratare de la posesión del dominio de la finca o de derechos anexos a él: en este caso no valdrá la sentencia contra el propietario que no haya intervenido en el juicio.

uso o goce de la cosa arrendada (art. 1924 n°3) y el arrendatario justamente se está viendo privado de la posibilidad de ejercer actos posesorios en el bien por efecto de las inmisiones, este tendrá derecho a indemnización de perjuicios por parte de su arrendador en la medida que no accione en contra de los terceros inmitentes (art. 1929) y también podrá demandar a los terceros directamente por los daños que le ocasionen (art. 1930).

Por último entraremos al problema más delicado de la teoría de las inmisiones, el del límite sobre el cual puede considerarse que estas tienen una entidad suficiente como para ser objeto de atención por parte del Derecho. En principio, la vida en sociedad envuelve pequeñas intromisiones de terceros en nuestros bienes. En una ciudad, los espacios no están herméticamente cerrados a toda posible influencia de un tercero y siempre existe la posibilidad de que los actos ajenos generen emisiones suficientes como para ser percibidas dentro de un inmueble que no les pertenece. El hecho de la penetración, en sí mismo, no parece suficiente para habilitar al afectado para el ejercicio de la acción, sino que se requiere que la invasión constituya una verdadera perturbación posesoria. Es decir, la penetración debe tener una entidad tal que sea susceptible de afectar el ejercicio de actos posesorios sobre el bien en cuestión.

Al respecto, el principio general de *in suo hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat* [en lo suyo cada cual puede hacer lo que quisiere, en tanto no inmita en lo ajeno] de D.8.5.8.5 debe ser llenado de contenido para determinar qué entidad deberá tener una inmisión para poder ser considerada como prohibida por el Derecho<sup>119</sup>. Al respecto, el 906 del BGB fija dos criterios que se complementan el uno al otro. Por una parte, la inmisión debe tener un carácter esencial (*Wesentlichkeit*) y, por otro, la deberá ser superior a aquel en general considerado tolerable por la costumbre del lugar (*Ortsüblichkeit*)<sup>120</sup>. En cuanto al primero, debe tenerse en consideración que no cualquier violación del espacio interno de la propiedad es suficiente para considerarse una inmisión. En efecto, cuando la penetración carece de consecuencias nocivas, como el vuelo de una paloma, no existe realmente inmisión<sup>121</sup>. Hay inmisión cuando, de consecuencia de la penetración de las influencias generadas por un tercero, el poseedor o propietario queda impedido de ejecutar actos posesorios o, al menos, el ejercicio de estos se torna más difícil o incómodo. El tipo de acto posesorio afectado debe estar comprendido dentro de la destinación del inmueble. En este sentido, la inmisión es una categoría social y no físico-natural, de manera que será mediante la valoración del tribunal que se determine si esta tiene un carácter esencial, de acuerdo a la destinación que dicho bien tiene dentro de un contexto social<sup>122</sup>. Así, si las actividades de un vecino provocan inmisiones en un inmueble de destinación habitacional, dichas penetraciones se juzgarán con mayor severidad que si se tratase de un bien de destinación industrial, puesto que afectarán su capacidad de usar, gozar y disponer del bien con facilidad. Lo que sostenemos es distinto del simple criterio decimonónico de la costumbre del lugar, puesto que los usos locales se encuentran fijados por el conjunto de vecinos e im-

<sup>119</sup> GARCÍA SÁNCHEZ (1999) p. 48.

<sup>120</sup> Para un análisis de ambos criterios en la jurisprudencia alemana, véase ALGARRA PRATS (1995) p. 73.

<sup>121</sup> BONFANTE (1966) p. 377.

<sup>122</sup> BONFANTE (1932) p. 58.

piden, de alguna manera, que se varíen las destinaciones de los inmuebles. Por lo demás, no parece lógico que sean los usos que se han dado tradicionalmente al suelo los que determinen qué nuevos usos podrá otorgarle un propietario. Creemos que es la manera más práctica de determinar los casos en que una inmisión es ilícita es observar si es que en concreto impide el ejercicio de actos posesorios y estos están determinados por la destinación que el propietario da a su inmueble (no la comunidad). En fin, si la perturbación provocada por la penetración es suficiente como para que los usos a que el propietario venía destinando su inmueble se vean afectados y, por tanto, el ejercicio de actos posesorios se encuentre turbado en los términos del artículo 921 del Código Civil, no cabe más que hablar de inmisión con las consecuencias jurídicas que tal evento conlleva.

## 6. INMISIONES Y AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Cabe ahora tratar el difícil problema de la autorización administrativa que puede amparar a la conducta del inmitente. En efecto, la mayor parte de actividades de las que suelen emanar inmisiones requieren de autorización administrativa y, en buena cantidad de casos, esta habrá sido otorgada de conformidad a los procedimientos establecidos al efecto. Evidentemente, si se superan los niveles de emisión límite establecidos para la actividad, se generará responsabilidad para el emitente como un caso de culpa contra la legalidad, pero la pregunta más relevante es qué pasa si es que no se superan los valores límite establecidos en la autorización o licencia administrativa y, no obstante, de resultados de la actividad del emitente, se producen inmisiones que afectan gravemente la propiedad ajena. En derecho comparado la respuesta es unánime. La jurisprudencia francesa desde inicios del siglo XIX consideró que la autorización administrativa no habilitaba para perjudicar a terceros en el ejercicio de la actividad o industria que ampara<sup>123</sup>. En efecto, "[c]asi siempre los sujetos que realizan estas actividades alegan la obtención de la correspondiente licencia administrativa y el cumplimiento de la normativa administrativa correspondiente. Pero esta alegación no debe ser óbice, sin embargo, para la prohibición, por los medios oportunos, de inmisiones que lesionen derechos subjetivos o intereses particulares en medida no tolerable por la normativa vigente o por el uso social, porque, en caso contrario, el desarrollo en tales condiciones de dichas actividades inmitentes constituiría un claro abuso del derecho"<sup>124</sup>.

El punto es que "para plantear bien la cuestión, debe ante todo evitarse, entre otros, el equívoco de creer que se trata de materia propia del derecho administrativo. Ciertamente que le interesa; pero independientemente hay una cuestión de coordinación de derechos subjetivos que es propia del civil"<sup>125</sup>. En este sentido, la autorización administrativa es un asunto que atañe a la relación entre la administración y el administrado, mas no puede ser el criterio que fundamente las relaciones entre particulares, que el Derecho civil es llamado

<sup>123</sup> Esta doctrina se encuentra presente, incluso, en el primer fallo de la Corte de Metz de 10 de noviembre de 1808, véase GRIOLET y VERGÉ (1900-1905) pp. 878-880. Leemos en Aubry y Rau que la autorización administrativa « *ne prive point le voisin du droit de porter, devant l'autorité judiciaire, sa demande en indemnité.* » AUBRY y RAU (1869) p. 197.

<sup>124</sup> DÍAZ ROMERO (2003) p. 3.699.

<sup>125</sup> GONZÁLEZ-ALEGRE (1967) p. 83.

a configurar. El contar con una autorización no significa que “el que dispone de una licencia administrativa goza de una patente de corso para producir inmisiones”<sup>126</sup> y las autorizaciones administrativas otorgadas no constituyen excusa para perturbar la propiedad ajena. Lo que se trata de deducir “no si las inmisiones de tal tipo provienen de la finca colindante son administrativamente correctas, sino si son civilmente excesivas y molestas para los vecinos”<sup>127</sup>.

El caso más evidente corresponde al de inmisiones de ruidos. Generalmente las autorizaciones administrativas suelen establecer un número de decibelios que es permisible emitir en promedio. Sin embargo, una actividad que genere un fuerte ruido, seguido por diez minutos de silencio, evidentemente no superará el nivel promedio de decibelios establecido en la normativa, aunque hará imposible el destino habitacional de los inmuebles cercanos<sup>128</sup>. Este es un típico caso en que la mera sujeción a la normativa administrativa se manifiesta a todas luces insuficiente frente a las inmisiones.

No obstante, en aplicación de la teoría de la necesidad social, el poder para suspender la actividad genera dichas inmisiones ha sido retirado de los tribunales de justicia en algunas legislaciones a fin de mantener la operatividad de las industrias autorizadas administrativamente, como es el caso de la legislación alemana, que expresamente reguló el caso a través del artículo 14 de la BImSchG donde retira al afectado la facultad de ejercer la acción negatoria, dejando a salvo, su acción para exigir perjuicios<sup>129</sup>. Debe recalcar que para ello hizo falta una reforma legal expresa, puesto que hasta entonces la acción negatoria resultaba plenamente aplicable, de conformidad a los principios generales.

En nuestro ordenamiento, ya a principios del siglo XX Claro Solar se planteó el problema señalando que “no serviría de excusa al propietario que causa el perjuicio o molestia al vecino, el haber obtenido de la autoridad administrativa el permiso que los reglamentos exigen para la instalación de ciertos negocios o industrias, fábricas o usinas. Tal autorización no podría poner a cubierto al industrial de la acción civil de sus vecinos”<sup>130</sup>. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las autorizaciones administrativas son reflejo de la relación entre la administración y el administrado, pero no puede estimarse que por contar con ella se faculta a su titular a realizar actos en perjuicio de terceros. Esto, en razón que “la Constitución de 1980 hace una opción clara por un modelo subjetivo de justicia administrativa, donde el núcleo central está construido sobre la idea de la “lesión de derechos””<sup>131</sup> y las inmisiones son, en lo fundamental, lesiones al derecho de propiedad causados por actos cuyas consecuencias se proyectan en los bienes de terceros. Es más, incluso el artículo 52 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos impone como límite

<sup>126</sup> PADIAL ALBÁS y TOLDRÀ ROCA (2008) pp. 55-56.

<sup>127</sup> MARTÍ MARTÍ (2008) p. 93.

<sup>128</sup> MARTÍ MARTÍ (2008) pp. 24-25.

<sup>129</sup> “La autorización administrativa de una actividad y el ejercicio de la misma con sujeción a la licencia y las prescripciones reglamentarias no excluye que pueda reclamarse civilmente por los daños y perjuicios causados, e incluso imponer medidas por parte de los tribunales civiles para que pueda aminorarse o cesar el perjuicio, pero en mi opinión no cabe ordenar la suspensión o paralización de la actividad”. ALGARRA PRATS (1995) p. 450.

<sup>130</sup> CLARO SOLAR (1930) p. 354.

<sup>131</sup> FERRADA BÓRQUEZ (2012) p. 116.

a los efectos de los mismos la lesión de derechos de terceros, por lo que malamente podría estimarse que la autorización administrativa faculta para mermarlos. Una regulación que, en la práctica, termine por desvirtuar la propiedad que terceros tienen sobre sus bienes vaciándola de contenido vendría a constituir lo que en doctrina se considera una regulación expropiatoria<sup>132</sup>.

## 7. CONCLUSIONES

En estas pocas páginas creemos haber logrado sintetizar un concepto de inmisiones basado tanto en nuestra tradición jurídica como en nuestra normativa vigente, apto para ser aplicado por nuestros tribunales de justicia. En efecto, al definir la inmisión como una perturbación posesoria, se abre un amplio camino para nuestra jurisprudencia, toda vez que hace aplicables a las relaciones de vecindad las acciones de forma y fondo que tienden a proteger la integridad posesoria de un bien. En efecto, junto con las acciones cautelares, como serán las acciones posesorias del Código Civil, queda abierta la posibilidad de interponer una acción real de fondo cuyo objetivo sea, justamente, la conservación de la libertad del inmueble frente a ataques fácticos que, sin disputar la titularidad del mismo, intenten llenarlo de cargas tales que, en la práctica, vacíen de contenido el derecho. Esta acción no se encuentra específicamente legislada en nuestro Derecho, aunque ello no es obstáculo para que se interponga. En primer término, nuestro sistema jurídico no es de acciones típicas. Pueden interponerse todas las acciones que se deseen y serán los tribunales de justicia los llamados a resolverlas, aunque no estén específicamente legisladas, en virtud del principio de inexcusabilidad. En segundo lugar, en nuestro sistema jurídico se ocupan otras acciones que no se encuentran específicamente legisladas, como la de inoponibilidad, que, no obstante, han sido desarrolladas jurisprudencialmente en la medida que estén basadas en los principios que sirven de fundamento a nuestro sistema jurídico. En tercer término, creemos haber demostrado en la primera parte de este artículo, que la acción negatoria se encuentra inmanente en nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, no es realmente extraña al mismo.

Creemos que en un país severamente afectado por conflictos vecinales producto de la actividad industrial que incluso pueden desembocar en motines populares, como en Freirina y Pelequén, la aplicación por parte de la jurisprudencia de la acción negatoria sería útil y lograría juridizar una serie de conflictos que, a día de hoy, no encuentran solución en el ordenamiento aplicado.

<sup>132</sup> Al respecto se pregunta Delaveau "¿Cuándo entonces debiera un sector determinado de la población soportar el costo de una regulación cuyos beneficios son aprovechados por la sociedad como un todo?" DELAVEAU SWETT (2006) p. 413.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABDUL-MALAK IZAM, Leyla (2006): *La disciplina de las inmisiones en el ordenamiento jurídico chileno* (Tesis para optar al grado de licenciado, Pontificia Universidad Católica de Chile).
- ACCURSIUS (1542): *Digestum vetus seu pandectarum* (Venetiis, apud Iuntas) t. 1 1495 pp.
- ACCURSIUS (1627): *Codex Iuris Civilis Iustinianei* (t.3): *Digestum Novum seu Pandectarum Iuris Civilis Tomus Tertius: Ex pandectis florentinis quoad eius fieri potuit, repraesentatus* (Lyon).
- ALBURQUERQUE, Juan Miguel (2002): *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público: especial referencia a los interdictos de publicis locis* (loca, itinere, viae, flumina, ripae) (Dykinson, Madrid) 349 pp.
- ALGARRA PRATS, Esther (1995): *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona* (Madrid, McGraw-Hill) 512 pp.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe (2009): “No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil” in RChD 36-3 pp. 505-525.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe (2010): “The collective ownership and heredium” in RIDA 54 pp. 53-74.
- AUBRY, Charles y RAU, Charles (1869) : *Cours de droit civil Français* (Paris, Cosse, Marchal &C) t.2 543 pp.
- BARTOLI A SAXOFERRATO (1574-2004a): *In primam digesti Veteris pertem commentaria* (Nicolau Bevilaquam-A.J. Sirks, Augusta Taurinorum).
- BARTOLI A SAXOFERRATO (1574-2004b): *In secunda digesti novi pertem commentaria* (Nicolau Bevilaquam-A.J. Sirks, 1574-2004, Augusta Taurinorum).
- BERGEL, Jean-Louis, BRUSCHI, Marc y CIMAMONTI, Sylvie (2000) : *Traité de droit civil. Les biens* (Paris, LGDJ, 2000) 694 pp.
- BONFANTE, Pietro (1966): *Corso di diritto romano. La proprietà* (Milano, Giuffrè) v.II, p.I 520 pp.
- BONFANTE, Pietro (1932): *Las relaciones de vecindad* (Ed. Reus, Madrid) 318 pp.
- CLARO SOLAR, Luis (1930): *Explicaciones de derecho civil y comparado* (Santiago, Cervantes) t.VI, v. I, 675 pp.
- CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi (2001): “Actor and Defendant in Negatoria Servitus” pp. 31-36 in *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History* Cairns, John W. and Robinson, Olivia F. (Eds.) (Oxford and Portland, Oregon).
- CARREÑO SÁNCHEZ, Rosa M. (2009): “Tras la huella de las “pactiones et stipulationes” romanas como modos de constitución de servidumbres prediales en el derecho histórico español y especialmente en el caso de Cataluña” in REHJ 31 pp. 199-216.
- DAVID, Jacqueline (1994): «Les solidarités juridiques de voisinage, de l'ancien droit à la codification» in *Revue Historique de Droit Français et Étranger* 72-3 pp. 333-366.
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo (2006): “La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana” in RChD 33-3 pp. 411-438.



- DELGADO, Verónica (2005): "La protección del medio ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: un estudio histórico-comparativo" in Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello (Santiago, LexisNexis).
- DE MARTINO, Francesco (1970): "Del possesso" en *Comentario del código civile. Libro terzo. Della proprietà* (Bologna, Nicola Zanichelli Editore) 159 pp.
- DE MARTINO, Francesco (1995): "D.8.5.8.5: i rapporti di vicinato e la tipicità delle servitù" in *Diritto Economia e società nel mondo romano*, (Jovene, Napoli) v. I, 722 pp.
- DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo (2007): "La protección civil frente a las agresiones medioambientales en el Derecho romano" en *Revista Jurídica de la Región de Murcia* 38-1 pp. 13-42.
- DÍAZ ROMERO, María del Rosario (2003): "La acción negatoria frente a inmisiones en el derecho de propiedad" en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (Madrid, Thomson) t. III 3699-3719.
- DOMAT, Jean (1835): *Oeuvres Complètes* (Alex-Gobelet, 1835, Paris) t. IV.
- DONELLI, Hugonis (1839): *Opera Omnia, Comentariorum de Iure Civili* (Osuadi Hilligeri, Maceratae) t.3.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan (1994): *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad* (Marcial Pons, Madrid) 209 pp.
- FALCONE, Giuseppe (1996): "Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis" in *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo* N°44 pp. 5-360.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2012): "El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses" en *Revista de Derecho (Valdivia)* 25-1 pp. 103-126.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Justo (1999): *Teoría de la Immissio* (Oviedo, Universidad de Oviedo) 215 pp.
- GONZÁLEZ-ALEGRE, Manuel (1967): *Las relaciones de vecindad* (Barcelona, Nauta) 486 pp.
- GRIOLET, Gaston y VERGÉ, Charles (1900-1905): *Codes annotés, Nouveau Code Civil annoté et expliqué D'après la jurisprudence et la doctrine* (Paris, Dalloz) t. I, 1221 pp.
- GROSSI, Paolo (1992): *Il dominio e le cose, percezioni medievali e moderne dei diritti reali* (Milano, Giuffrè) 755 pp.
- HAGEN, Horst (1999): "Zum Topos der Priorität im privaten Immissionsschutzrecht" in *Festschrift für Dieter Medicus zum 70 Geburtstag* (Köln, Carl Heymanns) 161-175.
- HÉRMARD, Joseph (1934): *Précis élémentaire de droit civil* (Paris, Sirey) 516 pp.
- JIMÉNEZ SALCEDO, M<sup>a</sup> Carmen (1999): *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano* (Córdoba, Universidad de Córdoba) 280 pp.
- JHERING, Rudolf von (1863): *Jahrbücher für die Dogmatic des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* pp. 81-130.
- JOSSEAND, Louis (1930) : *Cours de droit civil positif français* (Paris, Sirey) 1015 pp.
- LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen (2005): "Von Ulpian bis Accursius: Responsa über D.8.5.8.5" in *RIDA* 52 pp. 233-247.
- LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen (2007) : *La acción negatoria* (Tirant lo Blanch, Valencia) 198 pp.

- MARTÍ MARTÍ, Joaquim (2008): *La defensa frente a la contaminación acústica y otras inmisiones* (Bosch, Barcelona) 151 pp.
- PADIAL ALBÁS, Adoración y TOLDRÀ ROCA, M<sup>a</sup> Dolors (2008): *El derecho de propiedad y otros derechos reales en el derecho civil de Cataluña* (Tirant lo Blanch, Valencia) 206 pp.
- SPANGENBERG, Ernst Peter Johann (1826): “Einige Bemerkungen über das Nachbarrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 9: pp. 265-272.
- PAULI CASTRENSIS (1582-2004): *In primam digesti veteris partem commentaria* (Venetiis-Frankfurt, 1582-2004, Dig A.J.B. Sirks).
- PARICIO, Javier (1982): *La denuncia de obra nueva en el derecho romano clásico* (Barcelona, Bosch) 240 pp.
- PEROZZI, Silvio (1895-1948): “Il divieto d’atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private” en AG 53 (1895) 350-377 = *Scritti giuridici*, vol I (Milano, 1948) pp. 371-398.
- PLANIOL, Marcel (1915): *Traité élémentaire de droit civil* (Paris, Librairie générale de droit & de jurisprudence) 1014 pp.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho civil francés. T III, Los Bienes* (Habana, Cultural, 1946) 885 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.
- RIPERT, Georges (1902): *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines* (Aix).
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1963): *Tratado de derecho civil* (Buenos Aires, La Ley) 644 pp.
- SPANGENBERG, Ernst Peter Johann (1826): “Einige Bemerkungen über das Nachbarrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 9: pp. 265-272.
- TERRÉ, François y SIMLER, Philippe (2002): *Droit civil. Les biens* (Paris, Dalloz) 793 pp.
- UBALDI PERUSINI (1577-2005): *In primam digesti veteris partem commentaria* (Venetiis-Frankfurt, A.J.B. Sirks).
- VALIÑO, Alejandro, (2002): “¿Cesación de la intromisión e indemnización del daño causado a través del ejercicio de la actio negatoria” in REHJ 24 pp. 35-42.
- WEILL, Alex (1970): *Droit civil. Les biens* (Paris, Dalloz) 612 pp.

## NORMAS CITADAS

### Corpus Iuris Civilis

C. Iust. 3,35,1 ;C. Iust. 11,LXVII (66) 1

D. 6, 1, 5, 3; D. 7, 1, 13, 7; D. 8, 2, 2; D. 8, 2, 6; D. 8, 2, 20; D. 8, 2, 28; D. 8, 2, 36; D. 8, 2, 40; D. 8, 4, 16; D. 8, 5, 8, 5; D. 8, 5, 8, 6; D. 8, 5, 9; D. 8, 5, 8, 1; D. 8, 5, 8, 3; D. 8, 5, 14pr ;D. 8, 5, 16; D. 8, 5, 17, 2; D. 8, 6, 8; D. 9, 1, 2, 1; D. 9, 2, 29, 2; D. 9, 2, 52, 2; D. 10,4,9,1 ;D. 19, 5, 14, 3; D. 39, 3, 1, 17; D. 39, 3, 2, 10; D. 39, 3, 3pr.; D. 39, 11, 5; D. 43, 7, 1; D. 43, 8, 2; D. 43, 8, 2, 28; D. 43, 8, 2, 29.

D.43, 8, 6; D. 43, 23, 1, 9; D. 43, 23, 1, 15; D.43, 24, 22, 4; D. 47, 7, 6, 2; D. 50, 3, 10;  
D. 50. 16. 242

Inst. Iust. 2,3,4; Inst. Iust. 2,3,1; Inst. Iust. 4,3 , 13

Gaius, Instituta, Gai 2.12

ABGB, Art. 364

BGB, 906, 14 de la BImSchG

Code Napoléon Arts., 674, 1382, 1383

Código Civil Suizo, Art. 684

Código Civil Portugués, Art. 1346

Codice Civile de 1865, art.574

Codice Civile de 1942, Art. 844

Código Civil, 582, 714, 830, 83, 833, 920, 921, 922, 932, 948, 1924 N°3, 1929, 1930,  
2323, 2326, 2327, 2499, 2502 N°1

Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, Art. 52.