

INIURIA Y ARBITRIUM BONI VIRI 'EN FUNCIÓN AMBIENTALISTA' EN CASO DE INMISIONES INDUSTRIALES MOLESTAS

VIRGINIA ABELENDA

En materia de defensa del aire, las fuentes romanas ofrecen no numerosos pero sí notables testimonios, como la célebre *lex Aristo* que, partiendo de una opinión del jurista ARISTÓN (s. II d.C.) sobre el tema de las inmisiones, no sólo dio impulso a una ardua elaboración de la noción de los actos de emulación, sino también a importantes implicancias en la tutela de la salubridad del aire, por aquello que dice y por aquello que no dice¹.

En efecto, según **Ulp., 17 ad ed., D.8.5.8.5-7**, no se permite –a través del ejercicio de la *actio negatoria*– y según la opinión de Aristón, que del fundo superior se eche o arroje agua al fundo inferior, si no tiene servidumbre para ello, lo mismo sucede en caso de inmisiones de humo, salvo que no sea perjudicial (*gravis*) y sea propio del hogar o de la actividad (es decir, que no sea inusual o no respondiese a criterios de normal tolerancia), por ejemplo si se arroja vapor de unos baños a las casas, en cuyo caso puede imponerse tal servidumbre (que sería el reconocimiento de una servidumbre de tipo industrial: la *taberna casiaria*, equipada y destinada a la producción de quesos²). En este caso, se dará el interdicto *uti possidetis* (como

¹ FIORENTINI, Mario, “*Diritto e «salubritas». Precedenti di diritto ambientale a Roma? II. La tutela boschiva*”, *INDEX* 35 (2007), ps. 341-342.

² BURDESE, Alberto, “*Sulla tipicità delle servitù prediali in diritto romano*”, *Archivio Giuridico CCXVIII*, I-II (1998), ps. 26-27, no tanto por lo inusual de la instalación de los baños en sí, cuanto por la particular canalización sobre el otro fundo de los vapores que derivan de ella, asimilable a una canalización de agua que se abre sobre el otro, es que constituye objeto de la típica servidumbre de *flumen*. Ya NERACIO, corrigiendo a PRÓCULO, había afirmado que el copropietario del *paries communis* tenía el derecho de prohibir apoyar a la pared un *balineum* que la humedeciera, allí por ende, todas las veces que el uso del baño resultase tal como para provocar una constante y nociva humedad, cfr. Paul. 6 ad Sab., D. 8.2.19pr. Para DE MARTINO, Francesco, *Individualismo y derecho romano*

poseáis), si a alguno se le prohibiera usar de lo suyo del modo como quiera. Ello así, según la duda expresada por Pomponio en el libro 41 de sus *lectionum* pero resuelta en forma afirmativa, y aquí convalidada por ULPIANO:

5. *Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria 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 casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. Ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.*

6. *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.*

7. *Idem in diversum probat: nam et in balineis, inquit, vaporibus cum Quintilla cuniculum pergentem in Ursi Iuli instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi³.*

privado, Universidad Externado de Colombia 1978, ps. 65-66 y nt. (141), la invasión, aún transitoria, de humedad produce una molestia que el condueño no tiene por qué soportar. Si el texto toma una decisión distinta, quiere decir que se funda precisamente en el principio de la normalidad y la tolerabilidad del uso, y tal principio es general y no específico del condominio. Del mismo modo, sucede en D. 8.5.17.2 (Alf. 2 dig.), en donde se concede la acción negatoria cuando se causa una humedad al muro exclusivo del vecino, debido a un estercolero colocado junto a la pared, en grado tal de ocasionar no sólo una absorción de humedad, sino de producir una saturación de humedad: *ex quo paries madascebat*. De allí que Próculo permitiera tener un horno sobre el muro común y excluyera la *actio legis Aquilia* en caso de daño: D. 9.2.27.10 (Ulp. 18 ad ed.), aunque conceda la *actio in factum* y la *cautio damni infecti*, que el A. considera posiblemente parte alterada del texto.

³ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro XVII*. 5. Aristón respondió a Cerelio Vital, que él no opinaba que con derecho pueda echarse el humo de una fábrica de quesos a los

Salvo que la inmisión o emanación se haya hecho para inferir una injuria, en cuyo caso, según la opinión de Javoleno, corresponderá la *actio iniuriarum*, cfr. **Jav., 9 ex post. Lab., D. 47.10.44:**

edificios superiores, si no admite tal servidumbre para esto. Y dice el mismo: tampoco es lícito echar agua, ni otra cualquier cosa, de uno superior a los inferiores; porque en tanto le es lícito a uno hacer alguna cosa en lo suyo, en cuanto no introduzca nada en lo ajeno, y la introducción del humo es como la del agua; y que por consiguiente puede el superior reclamar contra el inferior, que él no tiene derecho para hacer esto. Finalmente dice que escribe Alfeno, que así se puede reclamar que él no tiene derecho para extraer piedra en su pertenencia, de suerte que caigan en mi fundo los fragmentos; en su consecuencia, dice Aristón, que al que tomó en arrendamiento a los Minturnenses una fábrica de queso, puede prohibírsele por el vecino superior que le eche el humo, pero que los Minturnenses le quedan obligados por el arrendamiento; y dice que así puede reclamarse contra aquel que le eche el humo, que no tiene derecho para introducirle el humo; luego por el contrario podrá reclamarse que hay derecho para echar el humo, lo que le parece a Ariston que también lo aprueba el mismo. Pero podrá tener lugar también el interdicto *Uti possidetis* (como poseéis), si a alguno se le prohibiera usar de lo suyo del modo que quiera. 6. Dúdase por Pomponio en el libro cuadragésimo primero de las Lecciones, si es que podrá uno reclamar de este modo, que le es o no lícito hacer en su pertenencia humo, no perjudicial, por ejemplo, el del hogar; y dice, que es más cierto que no puede reclamarse, así como no puede pretenderse que tiene uno derecho de hacer fuego en su pertenencia, o de sentarse, o de lavar. 7. El mismo lo aprueba en otro caso diverso, porque, dice, que habiendo hecho Quintila un conducto que llegaba con los vapores a las casas de Urso Julio, se determinó, que también en unos baños pudieron imponerse tales servidumbres. Cfr. BURDESE, Alberto, “*Sulla tipicità delle servitù prediali in diritto romano*”, *Archivio Giuridico CCXVIII*, I-II (1998), ps. 17-21, con la debida cautela se ha considerado en doctrina que en el ámbito de la escuela de Servio, en un momento de particular fervor creativo del derecho jurisprudencial, haya podido encontrar terreno propicio la tendencia a una amplia aplicación de la *actio negatoria* como tutela de la propiedad fundiaria, de frente a las más variadas injerencias provenientes de inmisiones del fundo vecino, tendencia a la cual se habría relacionado también el reconocimiento, en ciertos límites paralelo, de *iura praediorum* que tenían por objeto las injerencias de diverso tipo sobre el otro fundo, más allá de figuras típicas y con apertura hacia una categoría general de servidumbres prediales distinguida por una libre determinación del contenido del servir de un fundo a otro. De la relativa casuística, la ampliación del ámbito de aplicación de la *actio negatoria* aparece a veces de un modo tal de dirigirse contra injerencias que, en cuanto desvinculadas del requisito fundamental para la existencia de una servidumbre representado por la *utilitas* del fundo dominante, no habrían podido constituir objeto de tal derecho; mientras contemporáneamente la noción de servir de un fundo a otro vecino se ampliaba hasta comprender, en el ámbito de las inmisiones de agua llovediza, situaciones de sometimiento ínsitas en las condiciones de los lugares (debidas a la *natura* o a *leges* agrimensoras o a *vetustas*) sin fundamento negocial, cuyo respeto, encontrando regulación en la antigua *actio aquae pluviae arcendae*, había permanecido impermeable a la extensión de las acciones respectivamente negatoria y confesoria *servitutis*. De ello deriva que, a falta de una elaboración de conceptos generales con precisas líneas de demarcación, los confines

*Si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut proiecerit aut infuderit, negat Labeo iniuriarum agi posse: quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendae causa inmittitur*⁴.

Sin embargo, para algunos autores, la posibilidad de impedir las inmisiones de humo ha recibido respuestas contradictorias por los juristas romanos, todas concentradas sobre el rol por un lado de la *actio negatoria*, por otro de la *confessoria servitutis* y del interdicto *uti possidetis*, respectivamente para hacer cesar y para asegurar la prosecución de las inmisiones. Parece evidente que ARISTÓN no haya fundado su argumentación sobre cuánto el humo tenía de específico, también como potencial contaminante, respecto a las otras formas de inmisión: el jurista sigue en cambio un

de aplicación de una acción negativa del derecho de injerencia sobre el propio fundo, como de una acción confesoria del derecho de injerencia sobre el fundo de otro, pudiese ser dejada a una cierta libertad jurisprudencial de determinación casuística: en cuanto a la primer acción, en el ámbito de las injerencias provenientes del otro fundo que no estuviesen comprendidas en las inmisiones de agua de lluvia *ab antiquo* permitidas por el régimen de la *actio aquae pluviae arcendae*; en cuanto a la segunda acción, siempre fuera de la aplicación de dicho régimen, en el ámbito de un concepto de servicio de un fundo a otro sobre el presupuesto que el derecho hecho valer respondiese a una función de utilidad ligada aunque sea genéricamente al fundo dominante. El reconocimiento de una correspondencia entre las dos acciones no necesariamente subsiste siempre, sino que la admisibilidad del relativo derecho de servidumbre está sometido a la visión de una jurisprudencia creativa, intérprete de las exigencias sociales, pero sujeta al acogimiento por parte del pretor en sede jurisdiccional y a la comprobación de sus presupuestos de hecho por parte de los jueces. En cuanto a servidumbres con contenido negativo, existía también la posibilidad de constituir una específica de no buscar agua sobre el propio fundo, de modo tal que disminuyera el agua del fundo del vecino, cfr. Pomp. 33 ad Sab., D. 8.1.15pr.: *...aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia*. V. sobre este fragmento, y sobre la posibilidad de constituir una servidumbre de *fumum immittere* con el titular del fundo superior, Lamberti Francesca, “«Principio Responsabilità» a Roma?”, *LABEO* 45 (1999), p. 130, para quien además el paso demuestra que a los juristas fuese ajena la preocupación por una tutela de la contaminación atmosférica, al menos en lo que respecta a la estructura de intereses económicamente relevantes. Ello bien se concilia con la concepción romana de la propiedad privada, que los haría bien reticentes a intervenciones limitadoras de naturaleza generalizada.

⁴ JAVOLENO; *Doctrina de las Obras póstumas de Labeón, libro IX*. Si el dueño de una casa inferior hiciera humo para ahumar la casa del vecino que está más alto, ó si el vecino superior echare ó vertiere alguna cosa sobre la casa que está más baja, dice Labeón, que se puede ejercitar la acción de injurias; lo que opino que es falso, á no ser que se haya hecho para inferir injuria.

procedimiento lógico que parte de la regla según la cual quien *ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet*, seguida de la inferencia según la cual la inmisión de humo no difiere de aquella del agua: *fumi autem sicut aquae esse immissionem*. En consecuencia, a las inmisiones de humo podrán ser extendidas las reglas ya existentes en tema de inmisiones: en particular, el ejercicio de la *actio negatoria servitutis* de parte de aquel que recibe la inmisión, siempre que ésta no haya sido precedentemente prevista en una servidumbre. En realidad, una diferencia se reconoce existente, ya que la *propositio* se refiere a un movimiento descendente (agua u otras sustancias son emanadas desde arriba hacia abajo); la inferencia concierne, en cambio, a un movimiento ascendente (el humo se dispersa de abajo hacia arriba). Sin embargo, ARISTÓN no se muestra turbado por esta diversidad. Parece evidente, por ende, que los juristas romanos procedieron sin poner en primer plano las exigencias de la defensa de la calidad del aire, sino razonando según el esquema de la predisposición de instrumentos negociales privatistas, como la constitución de servidumbres, en cuyo interior las emisiones de humo habrían sido comprendidas. Ello implica la subordinación de la licitud de las emisiones a una valoración de adecuación cumplida por el propietario del fundo sirviente y no a una previsión objetiva, como habría podido ser la determinación de un grado máximo de tolerancia de la emisión, fundada según indicaciones científicas, relativas por ejemplo al impacto que ella habría podido tener sobre la salud humana. Tal vez es precisamente para superar la dependencia de la valoración del *merum arbitrium* del privado, que Pomponio, para determinar la licitud de la inmisión, introduce un criterio cuantitativo pero elástico, destinado a un gran éxito, sobre todo en las codificaciones modernas: en caso de emisión de *fumus non gravis* la inmisión debe ser considerada soportable y por ende lícita⁵.

En cuanto a la predisposición de formas de tutela sanitaria de los ambientes ciudadanos, las fuentes romanas tampoco son escasas de información. Existe una matriz médica, por ejemplo, en un texto ulpiano, según el cual las cloacas obstruidas *et coelum pestilens et ruinas minantur*, y en donde con la primera expresión se extrae una referencia a la teoría de la propagación de las epidemias propuesta por el médico griego Galeno de Pérgamo⁶. En este texto, está previsto un interdicto prohibitorio contra aquel que ejerza violencia para evitar la limpieza y recomposición de las

⁵ FIORENTINI, *Diritto e «salubritas». Precedenti di diritto ambientale a Roma?* II. *La tutela boschiva*, op. cit., ps. 342-343.

⁶ *Ibidem*, ps. 344.

cloacas privadas, y contiene además la promesa del pretor, de mandar que se de caución por el daño que amenaza, que haya sido causado por vicio de la obra, por lo hecho o introducido en ellas. También está previsto el correspondiente interdicto restitutorio, poniéndose especial énfasis en la limpieza y reparación de las cloacas, porque corresponde a la salubridad y seguridad de las ciudades, ya que las inmundicias de las cloacas, si estas no se reparan, amenazan con aire pestilente y con ruinas, cfr. **Ulp., 71 ad ed., D.43.23.1pr., 1 y 2:**

Praetor ait: 'Quo minus illi cloacam quae ex aedibus eius in tuas pertinet, qua de agitur, purgare reficere liceat, vim fieri veto. Damni infecti, quod operis vitio factum sit, caveri iubebo'.

1. *Sub hoc titulo duo interdicta praetor subiecit, unum prohibitorium, alterum restitutorium: et primum prohibitorium.*

2. *Curavit autem praetor per haec interdicta, ut cloacae et purgentur et reficiantur, quorum utrumque et ad salubritatem civitatum et ad tutelam pertinet: nam et caelum pestilens et ruinas minantur immunditiae cloacarum, si non reficiantur*⁷.

Se refiere, por ende, a las cloacas obstruidas *et coelum pestilens et ruinas minantur*, y con la primera expresión, tal vez, como fue dicho, el jurista entendía aludir al peligro de epidemias. Una mención así de fuerte, aunque indirecta, de la necesidad de asegurar óptimas condiciones higiénico-sanitarias ciudadanas, previniendo los riesgos de explosión de epidemias mediante una ardua obra de mantenimiento de las cloacas, es, sin dudas, un argumento de peso a favor de la conciencia ecologista de los juristas romanos. La contribución del pretor y de los juristas sobre esta materia, se coloca toda sobre el plano de la determinación de intervenciones que aseguren las mejores condiciones higiénico-sanitarias de la ciudad⁸.

⁷ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXXI*. Dice el Pretor: “Vedo que se haga violencia para que a uno no le sea lícito limpiar y recomponer la cloaca de que se trata, que de su casa le pertenece en la tuya. Mandaré que se de caución por daño que amenaza, que haya sido causado por vicio de la obra”. 1. El Pretor comprende bajo este título dos interdictos, uno prohibitorio, y otro restitutorio; y primeramente el prohibitorio. 2. Más cuidó el Pretor con estos interdictos de que se limpien y se recompongan las cloacas; cuyas cosas corresponden a la salubridad y seguridad de las ciudades; porque las inmundicias de las cloacas, si estas no se reparan, amenazan con aire pestilente y con ruinas.

⁸ FIORENTINI, Mario, “*Precedenti di diritto ambientale a Roma? I. La contaminazione delle acque*”, *INDEX* 34 (2006), ps. 382-383, recuerda que Galeno, contemporáneo de Ulpiano, era seguidor de la llamada “teoría miasmática” según la cual las pandemias eran producidas por la corrupción del aire, que podía ser provocada por las aguas estancadas.

Por esta razón, se tienen estos interdictos, aún, según **Ulp., 71 ad ed., D.43.23.1.7**, que recoge las opiniones de Labeón y Pomponio, si se usó de las cloacas con violencia, clandestinidad o precariedad⁹:

*Quia autem cloacarum refectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur, idcirco placuit non esse in interdicto addendum 'quod non vi non clam non precario ab illo usus', ut, etiamsi quis talem usum habuerit, tamen non prohibeatur volens cloacam reficere vel purgare*¹⁰.

El no ejercicio de la *exceptio vitiosae possessionis* implica una valoración, por parte del pretor, entre dos valores en conflicto, por un lado, aquel del particular que querría oponerse al mantenimiento alegando uno de los tres vicios; por el otro el interés público al mantenimiento de la buena funcionalidad de las cloacas privadas. Entre los dos intereses en juego, el pretor confiere relevancia exclusiva a aquel público. La valoración de la *publica utilitas*, en juego en el interdicto *de cloacis*, lleva en sí la solución de una serie de hipótesis en las cuales la defensa rigurosa de la propiedad se pospone al interés general¹¹.

También, en **Ulp., 52 ad ed., D.39.1.5.11**, se impide la denuncia de obra nueva en estos casos, porque importa a la salud y seguridad públicas que se limpien las cloacas y los canales, es decir, se trata de las necesidades

⁹ Ello cfr. BURDESE, Alberto, “*Tutela privatistica del ambiente e diritto romano*”, *Rivista di Diritto Civile* 35 (1989), p. 510, porque ULPIANO en D. 43.23.1.2 había aludido a la *salubritas et tutela civitatum*, y de allí se explica que el interdicto se dé independientemente de una anterior utilización aún de hecho de la cloaca, o de ejercicio vicioso del requirente. DI PORTO, Andrea, “*La tutela della “salubritas” fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone. I. Acque*”, *BIDR* 91 (1988), p. 554, advierte aquí lo que considera una diversa valoración de la *utilitas* de las dos actividades, la *purgatio de rivi* que requiere en cambio una ausencia del vicio *vi clam precario*, y la de *cloacae* que no lo requiere.

¹⁰ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXXI*. Mas como se considera que la recomposición y la limpieza de las cloacas corresponde a la utilidad pública, pareció bien que no se debía añadir en el interdicto la cláusula: “que no usaste de ella ni violenta, ni clandestinamente, ni en precario”, a fin de que, aunque alguno hubiere tenido tal uso, no se le prohíba, sin embargo, si quiere, recomponer o limpiar la cloaca.

¹¹ FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma? I. La contaminazione delle acque, op. cit.*, p. 381, un reflejo de las discusiones de los juristas sobre el balance de los intereses, por un lado el privado a la integridad de la propiedad, y por otro el público a la conservación de la salubridad del ambiente ciudadano, se puede ver en Ulp. 71 ad ed., D. 43.23.1.11: Y este interdicto corresponde tanto para el próximo vecino como contra otros más lejanos, por cuyas casas corre la cloaca.

higiénicas de interés colectivo a las cuales está inspirado el régimen de canalización de las aguas de residuos¹²:

*Si quis rivos vel cloacas velit reficere vel purgare, operis novi nuntiatio merito prohibetur, cum publicae salutis et securitatis intersit et cloacas et rivos purgari*¹³.

Y Ulp., 71 ad ed., D.43.23.1.13

*Si quis purganti mihi cloacam vel reficienti opus novum nuntiaverit, rectissime dicetur contempta nuntiatione me posse reficere id quod institueram*¹⁴.

No dará, por ello, tampoco el pretor, cfr. **Ulp., 69 ad ed., D.43.17.1pr.**, interdicto posesorio *uti possidetis* respecto de las cloacas, y no permitirá que se ejercite esta acción por más que por cuanto importare la cosa, dentro del año, desde el primer momento en que haya habido posibilidad de ejercitarla:

*Ait praetor: 'Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. De cloacis hoc interdictum non dabo. Neque pluris, quam quanti res erit: intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam'*¹⁵.

En virtud de lo expuesto, para algunos autores, la descarga de las inmundicias y su canalización a través de cloacas, aparecen, en la consideración del pretor y de los juristas, no cierto el único, pero tal vez sí el más peligroso factor contaminante del aire (y no sólo de éste) en Roma, como verosímilmente en otros importantes centros urbanos, en el período entre

¹² BISCARDI, Arnaldo, voz “*Interdicta de cloacis*”, *NNDI*, p. 799.

¹³ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LII*. Si alguno quisiera reparar o limpiar canales o cloacas, con razón se prohibirá la denuncia de obra nueva, porque le importa a la salud y a la seguridad pública que se limpien las cloacas y los canales.

¹⁴ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXXI*. Si alguno me hubiere denunciado la obra nueva al limpiar yo o al recomponer la cloaca, se dirá con muchísima razón que yo puedo, menospreciando la denuncia, continuar la obra que se había comenzado.

¹⁵ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXIX*. Dice el Pretor: “Vedo que se haga violencia para que no poseáis, como las poseéis, las casas de que se trata, y que no poseéis uno por otro con violencia, ni clandestinamente, ni en precario. No daré este interdicto respecto a las cloacas; y no permitiré que se ejercite esta acción por más que por cuanto importare la cosa, dentro del año, desde el primer momento en que haya habido posibilidad de ejercitarla”.

tardía república y principios del imperio¹⁶. Y aunque parecería faltar en los interdictos pretorios la preocupación por tutelar la actividad dirigida a la construcción de nuevas cloacas, o también a la conexión de cloacas ya existentes con las públicas, tal preocupación, en cambio, parece ser sentida mucho por los juristas de la última república (Aulo Ofilio y Trebacio Testa), y luego, sobre todo, por LABEÓN. Sin embargo, en la visión del pretor, que ULPIANO bien refleja, el interés por el buen mantenimiento de las instalaciones privadas de descarga de la basura, parece colocarse sobre un plano más elevado que para la *purgatio* y *refectio* de *rivi*, que también parecería ser considerado como trascendente el nivel individual. El interdicto *de cloacis privatis*, no solo no resulta desvinculado de la existencia de la servidumbre de cloaca, sino que además no presenta referencias al año precedente, o a otro período en el cual la cloaca haya sido efectivamente utilizada, y en ello se distingue netamente del interdicto *de rivis*, que no postula tampoco la falta de vicios (*vi clam precario*) en su ejercicio por parte del requirente¹⁷.

En cuanto particularmente a LABEÓN, de los testimonios presentes en las fuentes, se extraería que el jurista demuestra tomar en consideración las dos caras de la relación entre cloacas y salubridad, las que tienen que ver con los peligros de contaminación que las cloacas arrastran con sí, y aquella atinente a la construcción de nuevas cloacas como “solución salubre” para la eliminación de las inmundicias¹⁸.

¹⁶ DI PORTO, Andrea, “La tutela della “salubritas” fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone. II. Cloache e salubrità dell’aria”, *BIDR* 31-32 (1989-1990), ps. 271, 275, quien agrega que se puede pensar que la construcción de cloacas, aún simplemente la canalización de la inmundicia desde las diferentes habitaciones a un pozo negro situado, por ejemplo, en el subsuelo del edificio o desde un pozo negro interior de la *insula* (o de una letrina común a la planta baja del edificio) a un pozo negro exterior, representa, de por sí una solución que en medida mayor o menor, según, respectivamente, la mayor o menor eficiencia de la canalización, garantiza la salubridad. Cic., Pro Caec., 13.36, es un testimonio cierto a partir del cual se verifica la existencia de los interdictos *de cloacis*: *qui dies totos aut vim fieri vetat aut restitui factam iubet, qui de fossis, de cloacis, de minimis aquarum itinerumque controversiis interdicat*.

¹⁷ DI PORTO, *La tutela della “salubritas” fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone. II. Cloache e salubrità dell’aria*, *op. cit.*, ps. 279-282, 286, por todo ello, y si se agrega que el usuario de la cloaca tenía además el interdicto *quod vi aut clam*, contra las obras efectuadas en cualquier punto de la conducción de la misma y lesivas de su funcionamiento, se puede afirmar la intensidad de la tutela asegurada por el pretor al usuario de la cloaca.

¹⁸ *Ibidem*, p. 298.

Respecto a los interdictos referidos a los lugares públicos, éstos tienen en común la organización de una tutela dirigida a mantener las *res publicae* en su constante destinación al uso de la colectividad y de los *cives*, en cuanto tales focalizados a la utilización conjunta de las *res* mismas¹⁹. Para continuar con las cloacas, en Ulp., 68 ad ed., D.43.8.2.26, se dice que si se introdujese una cloaca en la vía pública y con ello ésta se hiciera menos practicable, opina LABEÓN que obliga, probablemente en el sentido que queda abierta la posibilidad de reclamar por un interdicto restitutorio:

*Si quis cloacam in viam publicam immitteret exque ea re minus habilis via per cloacam fiat, teneri eum Labeo scribit: immisisse enim eum videri*²⁰.

LABEÓN se volcaría así a una más genérica tutela de la salubridad de los *loca publica*, que comprendería sea lugares públicos urbanos como extra-urbanos, dejada a la iniciativa del particular ciudadano, según una concepción en donde aspecto privado y público se mezclan. Un discurso similar puede valer, *mutatis mutandis*, también para la contaminación de los ríos públicos, a través del interdicto configurado por LABEÓN en D. 43.12.1.12²¹. Por otro lado, no debe olvidarse que aparte de proteger derechos referentes tanto a la esfera pública, como privada, la función interdictal ampara y está al servicio del bien público, y en este interdicto ello sería un ejemplo, ya que se da una mayor relevancia al bien común mediante la incuestionable tutela del fin colectivo. La mentalidad romana parece poner el acento en el aspecto funcional o práctico, es decir, el de estar destinada la cosa al uso público, más que en el perfil de la pertenencia. Todas las actividades o inmisiones que puedan causar perturbaciones o deterioros a la hora de usar un lugar público legitiman el ejercicio del interdicto, y ello así, tanto si la vía se deteriora inmediatamente como en un momento posterior. Es un interdicto perpetuo y popular; el reconocimiento de la pública utilidad justifica la ausencia de limitación temporal²².

¹⁹ LONGO, Giannetto, voz «*Interdicta de itineribus publicis*», *NNDI*, p. 800.

²⁰ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXVIII*. Si alguno introdujese una cloaca en la vía pública, y por esto se hiciera a causa de la cloaca menos practicable la vía, escribe Labeon, que está él obligado, porque se considera que él introdujo alguna cosa.

²¹ ASÍ DI PORTO, *La tutela della "salubritas" fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone. II. Cloache e salubrità dell'aria*, op. cit., ps. 297-298.

²² AGUDO RUIZ, Alfonso, «*Rec. a Juan Miguel Alburquerque, 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)*», *SDHI* 71 (2005), p. 642.

Asimismo, según NERVA padre, cercano a LABEÓN, compete también el interdicto para proteger los lugares públicos, si sólo por el olor se hiciera pestilente el lugar, cfr. **Ulp., 68 ad ed., D.43.8.2.29:**

*Idem ait, si odore solo locus pestilentiosus fiat, non esse ab re de re ea interdicto uti*²³.

Algunos autores, consideran necesario reconocer en NERVA una visión de carácter general. Es decir, cualquier forma de contaminación del aire circundante y superficial a los *loca publica* haría aplicable el interdicto como tutela de los mismos. Y, dado el carácter popular de tal interdicto, en una concepción de tan amplios horizontes, el *civis* se encontraría desarrollando un rol activo de tutela de la salubridad del aire, precisamente, circundante y superficial a los *loca publica*²⁴.

La matriz médica, por lo demás, ya está presente en dos textos de FRONTINO:

²³ ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXVIII*. Dice el mismo, que si solo por el olor se hiciera pestilente el lugar, no es fuera de propósito utilizar el interdicto.

²⁴ DI PORTO, *La tutela della "salubritas" fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone. II. Cloache e salubrità dell'aria, op. cit.*, p. 299, recuerda, en tan sentido, los problemas expuestos por ARISTÓN en el paso de ULPIANO contenido en D. 8.5.8.5 cit. y por LABEÓN - JAVOLENO en D. 47.10.44 cit., de los que podría conjeturarse que partiendo de situaciones análogas ya previstas por la escuela de SERVIO, por obra de LABEÓN y luego de Aristón se habría afirmado la posibilidad de usar la *actio negatoria* contra las inmisiones de humo, en defensa también de la salubridad del aire. Y ello parecería encontrar una indirecta confirmación en el cierre de JAVOLENO (D. 47.10.44) en donde, éste, según cuanto había sostenido LABEÓN, contrapone el caso en que la inmisión se hubiese producido *iniuriae faciendae causa*. BURDESE, *Tutela privatistica del ambiente e diritto romano, op. cit.*, p. 510, en cambio, relaciona la opinión de Nerva con la de Trebacio relativa a la aplicabilidad del interdicto *quod vi aut clam* por el solo transporte de estiércol por parte de terceros, que afecta el aire del fundo que atraviesa, cfr. D. 43.24.22.3. ACUÑA SOLORZANO, Gina, "Los interdictos populares como instrumento de tutela a las res in usu publico en el Derecho romano y su influencia en las codificaciones latinoamericanas. Con atención a la tutela del ambiente", *Roma e America* 25 (2008), ps. 56-57, agrega que durante el período tardo-republicano e imperial el jurista Nerva Padre, en D. 43.8.2.29 cit., comparte la sensibilidad de LABEÓN sobre el tema relacionando las consideraciones que éste hiciera en D. 43.8.2.26 cit. sobre la aplicación de los interdictos a tutela de las *viae publicae*, al caso de contaminación de la vía pública producida por la inmisión de una cloaca. Es decir, si un *locus publicus* es *pestilentiosus* se genera un fenómeno de contaminación atmosférica, ante lo cual el *civis* se encuentra legitimado por su carácter popular, a recurrir al interdicto *ne quid in loco publico vel itinere fiat*. Posteriormente, ULPIANO hará referencia al fenómeno del *caelum pestilens* como consecuencia de la mala manutención de las cloacas (D.43.23.1.2 cit.).

Frontin. aq. 88.3: *Ne pereuntes quidem aquae otiosae sunt: ablatae causae gravioris caeli, munda viarum facies, prior spiritus, quique apud veteres semper urbi infamis aer fuit et remotus.*

El *grave coelum*, es el aire malo, el *coelum pestilens* de Ulpiano, anulado por la limpieza de las calles realizada por las *aquae caducae*. Una necesidad sanitaria acogida también por el emperador, como revela un *caput mandatorum* citado por el mismo FRONTINO²⁵:

Frontin. aq. 111.1: *Caducam neminem volo ducere nisi qui meo beneficio aut priorum principum habent. 2. Nam necesse est ex castellis aliquam partem aquae effluere, cum hoc pertineat non solum ad urbis nostrae salubritatem sed etiam ad utilitatem cloacarum abluendarum.*

Y muy probablemente de época Justiniana, existen normas relativas a la distancia que debía haber entre las plantas manufactureras más peligrosas para la sanidad y la seguridad públicas y las habitaciones, en algunos casos, como los habitantes de *garum*: **Hexabiblos 2.22**, prohibiéndose su ubicación dentro de la ciudad²⁶.

La matriz higiénica de estas fuentes, se encuentra también en edictos pretorios y edilicios en materia de higiene urbana, partiendo de **Tab. Heracl., II.50-52** sobre la *purgatio* de de las *viae publicae* atribuida a los ediles y a los *quattorviri vieis in urbe purgandeis*, y a los *duoviri vieis extra propiusve urbem Romam passus M / purgandeis*; y de la **lex Col. Gen. Iul.**, cap. LXXIII, que prohíbe la sepultura *intra fines oppidi coloniaeve*; cap. LXXVI, *figlinas teglarias maiores tegularum C.C.yC.N. tegulariumq(ue) in oppido colon(ia) Iulia ne quis habeto*; cap. CIII que, a propósito de las *fossae limitales* del *ager adsignatus*, dispone que *neve eis fossas opturato neve opsaepto, qui minus suo itinere aqua ire fluere possit*. Varios ejemplos de la producción de los pretores y ediles es de importancia central en este tema, como el **edicto del pretor L. Sencio**, que prohibía enterrar o arrojar basura y cadáveres *intra terminos*, cfr. CIL I 838, 839; VI 31614, 31615, 40885; o aquel del **edil Alficio Paulo**, inscripto sobre el *castellum aquae* de ERCOLANO, cfr. AE. (1960) 276; o el *s. c. de pago montano*, de Roma, cfr. CIL VI 3823²⁷.

²⁵ FIORENTINI, *Diritto e «salubritas». Precedenti di diritto ambientale a Roma?* II. *La tutela boschiva*, op. cit., p. 344.

²⁶ *Ibidem*, ps. 344-345.

²⁷ *Ibidem*, ps. 349-350.

La experiencia romana, más allá de la discusión sobre la visión ambientalista o ecologista de las medidas descritas *supra*, puede, en consecuencia, sugerir a las políticas legislativas actuales la necesidad del equilibrio de los intereses contrapuestos, con el límite intransitable de la *iniuria*, es decir del perjuicio producido a los otros consocios. Un principio como el del contrapeso de los intereses podría revestir hoy una cierta utilidad, dado que en las legislaciones societarias, a partir de la norteamericana, se va imponiendo la «letal» noción de *externality*, consistente en volcar sobre la comunidad las repercusiones humanas, sociales y ambientales de las estrategias de producción y distribución de las mercaderías²⁸. Es evidente que a esta praxis de comportamiento, que algunos ordenamientos autorizan para evitar que las empresas deban afrontar costos agregados que podrían disminuir las ganancias (costos que sin embargo son descargados en la colectividad), sea absolutamente extraña la noción de bien común. La intervención judicial, entonces, podría contrabalancear el excesivo énfasis puesto sobre las ganancias de las empresas como único interés digno de defensa. Por lo demás, ya al inicio del s. XX, algunos juristas sostenían la oportunidad del recurso al arbitraje del juez en los casos de inmisiones industriales molestas, como medio de valoración comparativo de los intereses contrapuestos entre productores y propietarios, que debían valorarse caso por caso con el parámetro del *arbitrium boni viri*, el que encuentra fuentes normativas coevas en las disposiciones referentes a la imposición a los vecinos de la tolerancia de las inmisiones del fundo contiguo, admitiéndolas sólo cuando ellas sean normales y no relevantes, con la relativa necesidad de establecer caso por caso por obra del juez el grado de relevancia (es decir, se trata de la noción de la normal tolerancia como límite a la facultad del vecino de oponerse a las inmisiones provenientes del fundo colindante), o también la valoración de la modalidad de ejecución de las obras y del cálculo de las distancias que debe haber entre las propiedades, aunque el interés perseguido por estas normas no sea en principio la tutela ambiental, sino sólo la seguridad personal y de los bienes de los vecinos. La eficacia de estas normas de frente a fenómenos de contaminación, será posible, sin embargo, siempre y cuando no se obstaculice su función ambientalista con la sola prescripción de la necesidad de conciliar las exigencias de la producción con las de la propiedad (tal como está previsto

²⁸ *Ibidem*, p. 352 y nt. (75), quien agrega que la reciente Directiva Comunitaria 2004/35/CE sobre la responsabilidad ambiental en materia de prevención y reparación del daño ambiental, fundada sobre el principio “quien contamina paga”, parece desconocer en Europa, la validez de la *externality*.

en el art. 2618 del Código Civil; con la salvedad del art. 1973 del nuevo Código Civil y Comercial, que agrega que el juez, al disponer el cese de la inmisión, debe ponderar además el interés general), y no se las someta a la exigencia del *animus nocendi*, ya que de lo contrario tendrán una aplicación limitada en caso de contaminaciones derivadas de fallas en plantas industriales, que al máximo podrán ser imputadas a título de negligencia, pero no por cierto a título doloso²⁹.

²⁹ *Ibidem*, ps. 343-344 nt. (57); DE MARTINO, *Individualismo y derecho romano privado*, op. cit., ps. 66-74, rechaza la existencia en las fuentes romanas de la llamada teoría de la *aemulatio*, ya que donde la jurisprudencia romana pone de relieve el requisito objetivo de la ausencia de utilidad, independientemente del *animus*, las escuelas medievales, sobre la base de algún texto justiniano, exigen también la intención de dañar. Pero la exigencia de la prueba de tal *animus*, puesta a cargo del ofendido, se convierte así en ventaja para quien ha obrado de manera antisocial. La tradición romanística está, pues, según el A., en sus tendencias generales por la ilicitud de toda intromisión notoria y no tolerable, si bien imponen al *dominus* tolerar algunas invasiones producidas por necesidades elementales, es decir, admiten límites a la libertad del dominio, bajo el impulso de necesidades prácticas. Más tarde el desarrollo de la agricultura, que aún en la primera época clásica era la base de la economía itálica, impondrá dentro del régimen de las aguas una superación de la tendencia arcaica al aislamiento recíproco de los fundos. Prevalecerá así el interés general del buen cultivo de los fundos, aunque se advierte que las obras consentidas están descritas rigurosamente en las fuentes, de modo de reducir al mínimo posible el daño para el vecino. Es ésta, para el A., la prueba hermosa de aquello que eran capaces de hacer los romanos cuando entraban en juego los intereses de su economía. Si no ocurrió lo mismo con la industria, ello no significa que en Roma predominara un individualismo rígido, sino que la industria no llegó a caracterizar la economía nacional, y, por ello, sus necesidades no podían ser consideradas prevalecientes respecto de otros intereses particulares.

ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO

su visión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Dirección

GRACIELA CRISTINA WÜST

Autores

VIRGINIA ABELENDA - LILIANA ABREUT DE BEGHER

JUAN M. ALTERINI - ALEJANDRA CHINCHILLA

JOSÉ M. GASTALDI - MAGDALENA B. GIAVARINO

MARTA DEL ROSARIO MATTERA - NORY B. MARTÍNEZ CHIALVO

JUAN A. STUPENENGO - BEATRIZ A. VERÓN - GRACIELA C. WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Abril de 2016

Estudios de Derecho Privado : comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación / LILIANA ABREUT DE BEGHER ... [et al.] ; compilado por GRACIELA C. WÜST. - 1a ed adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

240 págs. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-8-9

1. Derecho. 2. Código Civil y Comercial. I. ABREUT DE BEGHER, LILIANA II. WÜST, GRACIELA C., comp.

CDD 346

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina