

RESTRICCIONES AL DOMINIO, RELACIONES DE VECINDAD E INMISIONES INMATERIALES: UN RECORRIDO DESDE EL DERECHO ROMANO*

JONATHAN MATÍAS BRODSKY**

Resumen: Si bien el dominio siempre ha sido concebido como el más amplio derecho que una persona puede tener sobre una cosa, también es cierto que ha reconocido limitaciones de distinta índole. El propósito de este ensayo es analizar el origen de estas restricciones en el Derecho Romano –y particularmente aquella vinculada a las inmisiones inmateriales en las relaciones de vecindad– así como estudiar la proyección de tales nociones romanas en el Derecho decimonónico francés, el Código Civil argentino y su Proyecto de Reforma del año 2012.

Palabras clave: derecho de propiedad – limitaciones al derecho de dominio – inmisiones inmateriales – relaciones de vecindad – derecho romano – derecho francés – código napoleón – código civil de la nación – proyecto de código civil y comercial de la nación.

Summary: Owning property has always been considered to be the most absolute right that a person may have on property. However, there have also been many different kinds of limits to it. This essay deals with the origin of those limits in Roman law – immaterial emissions in vicinity relationships in particular – and how those Roman regulations projected into French nineteenth century law, the Argentinean Civil Code and its Reform Bill of 2012.

Keywords: property ownership – limits to property ownership – immaterial emissions – vicinity relationships – roman law – french law – napoleonic code – argentinean civil code – argentinean civil code reform bill of 2012.

* Recepción del original: 25/08/2013. Aceptación: 07/11/2013.

** Estudiante de Abogacía (UBA), con orientación en Derecho Privado. Ayudante alumno de las asignaturas Obligaciones Civiles y Comerciales y Derecho Internacional Privado (UBA). Investigador estudiante y becario de investigación (UBA). Ex becario de intercambio (Wheelock College, EE.UU. y UAM, España). E-mail de contacto: jmbrotsky@derecho.uba.ar.

I. INTRODUCCIÓN

La noción de propiedad es ancestral, y su estudio completo excede necesariamente el ámbito de lo jurídico: abarca también la Economía, la Sociología, la Filosofía y la Política, entre otras disciplinas.

Ahora bien, para el mundo del Derecho, y particularmente del Derecho Romano –*leit motif* de este ensayo–, la propiedad siempre fue concebida como el señorío más amplio que se puede tener sobre una cosa.¹ Se la entendía en aquel entonces como un derecho emanado de la soberanía del *paterfamilias*, y como tal era absoluto, exclusivo, irrevocable y perpetuo.² Ilimitado en el espacio y en el tiempo, en los inmuebles se extendía desde la profundidad de la tierra hasta el espacio aéreo, tal que existía sobre el fundo una verdadera soberanía territorial cerrada e independiente.³

Sin embargo, este principio no era absoluto, sino que revestía el carácter de regla general frente a la que existían varias excepciones, conocidas como “limitaciones” o “restricciones” a la propiedad.⁴ Si bien algunos códigos modernos, como el *Code civil des Français*⁵ (a cuyos comentaristas nos referiremos más adelante), han llegado a excesos sobre el concepto de dominio, no debe atribuirse ello al modelo romano, cuyo derecho jamás trasuntó tal orientación en normas estrechas y rigurosas; antes bien, en Roma la propiedad estuvo condicionada o restringida, tanto por el derecho igual de los particulares como por el superior de la colectividad.⁶

Entre estas últimas limitaciones, esto es, las que se basaban en el interés público, se contaban la prohibición de cremar y enterrar los cadáveres dentro de la ciudad o fuera de ella hasta una distancia de sesenta pies de los edificios; el impedimento de retirar las vigas intercaladas en el edificio ajeno mientras no se terminaran las obras –impedimento que se extendió a todos los materiales de construcción–; la

1. DI PIETRO, A., *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 119; PETIT, E., *Tratado elemental de Derecho Romano* (traducción de José Fernández González), Buenos Aires, Albatros, 1963, p. 341; AMBROSIONI, C. E., *Lecciones de Derecho Romano*, La Plata, Editorial Jurídica, 1965, t. II, p. 525.

2. De allí la denominada *plena in rem potestas*: el propietario podía usar y disponer libremente de la cosa (SALVAT, R. M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1962, t. II, p. 14).

3. ELGUERA, E. R., “Evolución de la propiedad privada en Roma”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, año 2, t. V, 1950, pp. 1144-1145.

4. Utilizaremos ambos términos como sinónimos, aunque alguna doctrina –que no nos convence– pretende atribuirles diferentes naturaleza (cfr. MUSTO, N. J., *Derechos Reales*, Buenos Aires, Astrea, 2000, t. 1, p. 546).

5. Más conocido como el *Code Napoléon*, por el nombre del célebre personaje bajo cuyo gobierno se estableció.

6. LAFAILLE, H., *Derecho Civil: Tratado de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Ediar, 1943, t. 1, p. 358.

prohibición de demoler un edificio para especular con la venta de materiales; la obligación de conceder el paso a través del fundo propio en caso de estar intransitable la vía pública, hasta que ésta fuera reconstruida;⁷ el deber de los propietarios de fincas ribereñas de permitir su uso al servicio de la navegación;⁸ entre otras.

A su vez, se hallaban las restricciones al dominio fundadas en las relaciones de vecindad, que buscaban proteger el interés de los particulares (puntualmente, el de los propietarios de inmuebles lindantes). Tales limitaciones se enmarcan ya en el objeto mismo de nuestro ensayo, y a su estudio nos abocaremos en el siguiente acápite.

II. LIMITACIONES A LA PROPIEDAD EN VIRTUD DE LAS RELACIONES DE VECINDAD EN EL DERECHO ROMANO. LAS LLAMADAS “INMISIONES INMATERIALES”

Al margen de las restricciones al dominio en razón del interés comunitario, existía en el Derecho Romano el principio de que nadie puede hacer uso de su propiedad con ánimo de perjudicar a terceros. Si bien no comete dolo quien hace uso de su derecho,⁹ sí es reprochable hacer un mal uso de él.¹⁰ y constituía este mal uso de la propiedad aquel que damnificara, en lo que aquí nos interesa, a los dueños de fundos vecinos –que también tienen en su cabeza un derecho de dominio–. Las limitaciones impuestas en función de las relaciones de vecindad y para proteger a los propietarios lindantes son varias:¹¹

- > Cuando las ramas de un árbol se extendían sobre la finca vecina, el propietario de éste, perjudicado por las sombras que aquellas proyectaban, podía según la Ley de las XII Tablas exigir del dueño del árbol que lo aclarara podándolo hasta una altura de quince pies (ello dio origen a la creación pretoriana del *interdictum de arboribus caedendis*).¹²
- > Las XII Tablas establecieron en favor del dueño de un inmueble el derecho a penetrar en el de su vecino para recoger la bellota del propio

7. Cfr. ARGÜELLO, L. R., *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 226.

8. *Institutas*, 2, 1, §4.

9. *Digesto*, 50, 17, 55.

10. *Institutas*, 53.

11. Cfr. ARGÜELLO, L. R., *op. cit.*, pp. 227-228; IGLESIAS, J., *Derecho Romano: Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, Ariel, 1958, pp. 257-259; DE LORENZO, R. J. y DE LORENZO, J. E., *Roma. Derecho e Historia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 180-181; DI PIETRO, A., *op. cit.*, pp. 122-123.

12. *Digesto*, 43, 17, 1.

árbol caído en él (facultad reconocida por el pretor en el *interdictum de glande legenda*;¹³ se hizo luego extensivo a toda clase de frutos¹⁴ y cosas en general).¹⁵

- > En la época postclásica se prohibía que las propias construcciones oscurecieran excesivamente la casa del vecino, disponiéndose que nadie levantara edificios a menos de cien pies de distancia de los ya existentes que tenían vistas sobre el mar o estaban en la ladera de un monte.¹⁶
- > El propietario de un sepulcro situado en terreno al cual sólo se tenía acceso por una finca vecina, no se hallaba asistido en la época clásica de un derecho de paso forzoso, si bien podía pedir la entrada en forma precaria y extraordinaria. La legislación justiniana reconoció el derecho de paso forzoso, dejando a salvo la equitativa indemnización.¹⁷
- > En principio, el agua producida por las lluvias debía correr naturalmente del fundo superior al inferior.¹⁸ Pero si como consecuencias de obras del hombre, como diques o zanjas, el agua era repelida al fundo superior o derivada al fundo inferior, se concedía la *actio aquae pluviae arcendae*.¹⁹
- > Si un edificio amenazaba ruina y producir daños por derrumbes sobre el vecino, antes de que el daño se produjera, éste podía exigir al dueño de aquel edificio que prestara la *cautio damno infecti* (de la que ya existía un precedente en las *legis actiones*),²⁰ ante cuya negativa se concedía la *missio in possessionem ex primo decreto*.

Existen otros ejemplos, pero dejamos para el final y cerramos esta lista con el supuesto que más nos interesa por inscribirse específicamente en el marco de este trabajo: nos referimos a las “inmisiones inmateriales” o “emanaciones”. Según el Derecho Romano, el propietario de un inmueble debía permitir, en los límites de la humana tolerancia, los humos y otras emanaciones (*inmissio*) del fundo del vecino.²¹ La emisión de humo, agua, etcétera, provenientes de un predio vecino, cuando

13. *Digesto*, 43, 28, §1.

14. *Digesto*, 43, 28, 1, 1.

15. *Digesto*, 39, 2, 7.

16. *Código*, 8, 10, 12, 4, 13; *Novelas*, 63 y 165.

17. *Digesto*, 11, 7, 12.

18. *Digesto*, 39, 3, 1, 13-15.

19. *Digesto*, 39, 3, 1, 10.

20. GAYO, *Institutas*, 4, 19.

21. IGLESIAS, J., *op. cit.*, p. 258; PEÑA GUZMÁN, L. A., *Derecho Civil. Derechos Reales*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1975, t. II, p. 315.

no excediera la cantidad normal y ordinaria, debía ser admitida por el propietario del predio que la sufría.²² Este *quantum*, hoy llamado “normal tolerancia”, era por un lado el límite aceptable al ejercicio del propio derecho de dominio en cuanto afectara a terceros, y por otro, la medida de lo que todos los vecinos tenían el deber de soportar en virtud de la propiedad ajena.

El *exceso* en la “normal tolerancia”, en cambio, no es admisible: así, por ejemplo, el humo de una fábrica de quesos no podía echarse a los edificios superiores, ni extraerse piedras de un fundo si los fragmentos saltaban al vecino.²³ En tales supuestos, el propietario afectado podía exigir el cese a través del *interdictum uti possidetis*.

Resulta muy interesante que ya en el Derecho Romano se previera la posibilidad de exigir la cesación de la molestia y no sólo la indemnización (ya veremos que esto no siempre se mantuvo), así como la canalización de aquel reclamo por el *interdictum*. Y es que esta creación pretoriana, como tantas otras de las innovaciones romanas para procurar la justicia en los diversos supuestos concretos que presentaban a diario, era justamente una medida para resolver cuestiones urgentes, tal que se hiciera respetar una determinada situación protegida jurídicamente y cuya solución no admitía mayor demora.²⁴

III. LA CUESTIÓN EN LAS FUENTES DE VÉLEZ SARSFIELD

Nos interesa en especial el tratamiento de la propiedad y sus limitaciones por Charles Demolombe, Charles Aubry y Frédéric Charles Rau, autores franceses decimonónicos que, fuertemente influidos por el Derecho Romano –lo mismo que la mayoría de los países de Europa Continental–, constituyeron la fuente directa en la que brevó nuestro codificador en la materia.²⁵

III. A. El pensamiento de Charles Demolombe

Comienza a tratar el tema Charles Demolombe²⁶ con una pregunta: “¿puede el propietario realizar las acciones que desee sobre su heredad, siempre que respete

22. ARGÜELLO, L. R., *op cit.*, p. 228.

23. *Digesto*, 8, 5, 8, §5.

24. GAYO, *Institutas*, 4, 138.

25. La remisión en la nota al art. 2618 del Código Civil argentino es expresa.

26. A lo largo de este subcapítulo, resumimos y comentamos las ideas expuestas por el jurista francés en *Cours de Code Napoléon*, t. XII, “Traité des servitudes ou services fonciers”, Paris, Durand-Hachette, 1876, puntos 646 y ss. En todos los casos, la traducción del original nos pertenece.

los límites dispuestos por la ley, sin importar las consecuencias sobre las heredades vecinas?”. Según el destacado jurista francés, ello es lo que surge del art. 544 del *Code*, que define la propiedad como el derecho de gozar y disponer de las cosas de la forma más absoluta en tanto no se le dé un uso prohibido por las leyes y los reglamentos.

Como se observa, se trata de determinar el alcance del derecho de propiedad y sus limitaciones. “El derecho del dueño es entonces absoluto, y podrá hacer lo que le plazca con su propiedad sin importar las consecuencias para los fundos vecinos. Se podrá objetar que de acuerdo al art. 1382, todo hecho del hombre que cause un daño a otro, lo obliga a aquél a repararlo. Pero es fácil responder que no hay ninguna falta que reprocharle a quien no hace más que hacer uso de su derecho”.

Sin embargo, a continuación expone que la conclusión es demasiado absoluta, y corresponde hacer una distinción: o bien el uso que hace el propietario de su finca priva al dueño de las heredades vecinas de las ventajas que hasta el momento ya tenía; o bien la acción del dueño causa verdaderamente un daño. En el primer caso, adopta plenamente la argumentación expuesta: el dueño puede hacer con su heredad lo que le parezca, aunque prive a sus vecinos de ventajas con las que ya contaban. Si el vecino tenía una fuente, y por excavaciones que el propietario realiza en su terreno corta o desvía las afluentes de agua subterráneas que la alimentaban, aquel vecino no tiene acción alguna.²⁷ Lo mismo si uno edificara en su suelo y con ello le obstruyera al vecino la vista que tenía sobre el terreno, dándole sombra.²⁸ No se hace más que utilizar la propiedad, dentro de los límites, sin alcanzar con un daño la propiedad vecina; éste no puede accionar aún cuando el valor de su propiedad decrezca considerablemente.²⁹

Ahora bien, y aquí comienza a tratarse el tema que nos interesa: “¿debe aplicarse la misma solución en el caso de que las acciones que un dueño realice sobre su fundo resulten en la transmisión a una heredad vecina de sustancias o emanaciones molestas, o generen un ruido insoportable? ¿El vecino de un establecimiento

27. Sin perjuicio de la opinión del autor tratándose de “inmisiones molestas” que enseguida veremos, nótese que diversa es esta postura individualista respecto de la romana, mucho más humanitaria.

28. *Idem* nota anterior.

29. Explica Demolombe que, no obstante, existía una excepción al principio: cuando el propietario realiza sobre su inmueble acciones cuyo resultado priva al vecino de las ventajas de las que gozaba, sin otra finalidad que molestar al vecino (no hay interés para el propietario). La excepción era tan antigua como el principio mismo y también la enseñaban los jurisconsultos romanos y los autores antiguos. Sin embargo, esta excepción le parecía inadmisibles a pesar de su reconocimiento desde antaño. El texto del art. 644 es claro: el propietario puede gozar y disponer de la cosa de la manera más absoluta. Jurídicamente no se le puede exigir que rinda cuenta de sus motivaciones, investigación que sería incierta y arbitraria y devendría, en las relaciones de vecindad, una fuente inagotable de litigios.

peligroso o insalubre autorizado puede reclamar daños y perjuicios en razón del perjuicio que aquél le causara?”.

Según Demolombe, existían tres opiniones sobre el punto: para la primera, no tiene lugar, en este caso, acción alguna de daños y perjuicios, ni por el daño material que surgiera de la alteración física del fundo, ni por el perjuicio moral que resultara de la depreciación del valor de la finca. No hay abuso mientras no exista contravención a ley o reglamento, único límite del ejercicio del derecho de propiedad, que es absoluto.

Para una segunda opinión, se debe distinguir entre el daño real, que produce una alteración física o una minoración efectiva de la cosa, y el daño moral, entendido éste como la depreciación monetaria que resulta de la vecindad misma del establecimiento industrial. En este sistema, es sólo la primera especie de daño la que podría abrir una acción de daños y perjuicios ante las autoridades judiciales. No así el segundo tipo de perjuicio, sobre el cual el Poder Judicial es incompetente, por ya haber sido ponderado por la autoridad administrativa.

Finalmente, la tercera opinión, que resulta para Demolombe la más justa y que se adecua a la (entonces) moderna regulación de la cuestión, sostiene que el propietario que sufre por parte del dueño de un establecimiento industrial, aún autorizado, un perjuicio apreciable de cualquier índole, puede reclamar daños y perjuicios, y las autoridades judiciales son competentes, en todos los casos, para entender en tales acciones.

El derecho a accionar por daños y perjuicios derivaba, en el Derecho francés, de los artículos 1382 y 1383 del *Code*, que consagraban la gran regla de equidad según la cual todo hecho del hombre que cause a otro un daño, lo obliga, por la culpa en que incurrió, a repararlo.³⁰ Resultaría una interpretación abusiva del art. 544 que la propiedad, en tanto derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, implique que el dueño pueda, en ejercicio de su derecho, causar impunemente daños a sus vecinos.

Cada propietario debe considerarse en relación con sus propietarios vecinos, y ello resulta un límite para el ejercicio absoluto del derecho de disponer y gozar de las cosas, lo mismo que el de no afectar las cosas de las que los demás son dueños. Si todos los propietarios pudieran invocar, en sus relaciones recíprocas, su derecho absoluto de propiedad, es claro que ninguno tendría en verdad un derecho pleno, pues las acciones de cada uno afectarían a las heredades vecinas. Los juriconsultos romanos distinguían las acciones que un propietario podía realizar en su finca sin afectar la de sus vecinos, de aquellas en las que los actos tienen consecuencias para

30. No debe llamarnos la atención la alusión a la culpa en un contexto liberal como el francés del siglo XIX. Modernamente, la doctrina es conteste en atribuir la responsabilidad en el caso que analizamos a través de un *factor objetivo de atribución* (aunque también pueda existir uno subjetivo, y sea beneficioso para el damnificado recurrir a él cuando lo puede demostrar, en caso de dolo del dañador).

los fundos ajenos. Y esto protege no sólo al propietario, sino también a las personas. La administración interviene sobre todo por un interés general de policía y de salubridad pública, para prevenir los “inconvenientes generales”, pero también los “inconvenientes particulares”, en tanto los propietarios vecinos no pueden verse perjudicados por los establecimientos que la misma administración autoriza.

A continuación se halla el parágrafo 658 de la obra de Demolombe, que es el que expresamente cita Vélez en la nota al art. 2618 originario, y plantea: “Tales son los verdaderos principios. Ahora bien, en concreto, ¿en qué casos corresponde condenar por daños y perjuicios?”.

En términos generales, se trata de una cuestión casuística y les corresponde a los magistrados evaluar las circunstancias del caso para pronunciarse en consecuencia.³¹ No obstante, la apreciación de esas circunstancias debe realizarse siempre a la luz de una distinción fundamental, que complementa toda demostración de hecho: se debe diferenciar entre los inconvenientes ordinarios y, por decirlo así, inevitables de la vecindad, y los inconvenientes extraordinarios e imprevistos, que son aquellos en los que el daño excede claramente, como bien lo ha dicho la *Cour de Cassation* francesa, la medida de las obligaciones ordinarias de la vecindad. La distinción se remonta a orígenes muy antiguos: en la octava ley del Digesto se tenía en cuenta, para determinar si el propietario debía soportar el humo proveniente de la finca vecina, la mayor o menor gravedad de la emanación.

No es posible, de este modo, postular en esta materia una regla absoluta. Es evidente que por el bien de la sociedad, así como por el interés recíproco de los mismos propietarios, la libertad de industria y de profesión exige tolerar ciertas consecuencias no placenteras o desagradables. Pero son necesarios en las ciudades, y los inconvenientes que causan a los vecinos –aunque lamentables– no autorizan la demanda de daños y perjuicios. Son inconvenientes ordinarios, posibles, previsibles, a los que no cabe sino resignarse.

Pero también puede ocurrir que las molestias y los daños se tornen extraordinarios, excesivos, y sobrepasen claramente la medida de las obligaciones ordinarias de la vecindad, y es de toda justicia y conforme a la equidad que se abra una acción de daños y perjuicios a favor del propietario que se encuentra, por el hecho de su vecino, en la imposibilidad de ejercer su derecho de gozar y disponer de la cosa de la que es dueño.

Los ejemplos que el jurista francés menciona tienen vigencia hoy en día. Imagínese por ejemplo el caso de un lavadero de telas, al cual viene a establecerse cerca una fábrica que emana humo y hollín, manchando y deteriorando las telas de aquél e impidiéndole ejercer su industria. ¿Qué ocurriría si no hubiera lugar para

31. Plausible noción que, como veremos más adelante, se mantendrá en el Código de Vélez Sarsfield, el actualmente vigente, y en el moderno Proyecto de Reforma.

una acción? Lo mismo si se emanara un olor fétido insoportable, proveniente de la industria ejercida por el vecino. O bien el ruido causado por el establecimiento vecino, si éste fuera tan violento y excesivo, que volviera inhabitable el fundo lleno de humo. ¿Sería justo que el ejercicio de mi vecino de su derecho pueda paralizar el ejercicio del mío propio? La respuesta negativa se impone.

Se concluye entonces que corresponde a los jueces, según su experiencia, su saber y su sentido de equidad, determinar de la manera más conveniente la delicada aplicación de la regla expuesta precedentemente.³² Los magistrados tomarán en consideración las características del lugar: varía la ponderación en las ciudades, donde la aglomeración es siempre mayor, que en las zonas rurales, donde la habitación es más espaciada; también entre ciudades donde la industria se ejerce con mayor intensidad, y otras donde el comercio se da en menor medida y con más calma; y finalmente, también puede distinguirse entre diferentes barrios de una misma ciudad.

III. B. El pensamiento de Charles Aubry y Frédéric Charles Rau

Coincidente, aunque de más escueto desarrollo, es la exposición de Charles Aubry y Frédéric Charles Rau.³³ Por un lado, estos autores también parten de la base de que la propiedad en general es el derecho en virtud del cual un objeto está sometido, de una manera absoluta, a la acción de una persona. El dueño es por ende soberano en relación a la cosa de la que es propietario. El derecho de propiedad es por naturaleza ilimitado, autoriza al dueño a hacer con la cosa todos los actos compatibles con las leyes de la naturaleza, y es también exclusivo y excluyente de todas las demás personas.

Sin embargo, por otra parte, el derecho de propiedad está sometido a restricciones: las que resultan de una causa basada en un hecho del hombre, o bien de una disposición especial de la ley. Y es este el punto que nos interesa: Aubry y Rau reconocen ciertas limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad (y entienden que el número de disposiciones legales que lo restringen, en especial en relación a bienes inmuebles, es bastante considerable). Entre los límites receptados por el *Code*, y otros que están contenidos en leyes especiales, figuran el régimen de los bosques, la desecación de pantanos, la explotación minera, y *el establecimiento de industrias y talleres peligrosos, insalubres o que causen molestias*.

32. *Idem* nota anterior.

33 Paralelamente a la exposición anterior, en esta parte del ensayo sintetizamos y anotamos las ideas volcadas por los autores franceses en *Cours de Droit Civil Français d'après l'ouvrage allemand de C.S. Zachariae*, t. I, 3ª ed., Paris, Cosse, 1856, p. 188 y ss. La traducción también es libre.

IV. LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Desde su entrada en vigor en el año 1871, nuestro Código Civil se ocupaba en su art. 2618 de las relaciones de vecindad y la llamada “normal tolerancia entre vecinos”: “El ruido causado por un establecimiento industrial debe ser considerado como que ataca el derecho de los vecinos, cuando por su intensidad o continuidad viene a ser intolerable para ellos, y excede la medida de las incomodidades ordinarias de la vecindad”. La disposición debía complementarse con la del art. 2619, que rezaba: “Aunque la obra, o el establecimiento que cause perjuicio al vecino, hubiese sido autorizado por la administración, los jueces pueden acordar indemnizaciones a los vecinos, mientras existan esos establecimientos. La indemnización se determina según el perjuicio material causado a las propiedades vecinas, y según la disminución del valor locativo o venal que ellas sufran”.

La Ley 17.711, sancionada en 1968, reformó el precepto bajo análisis que quedó redactado de la siguiente manera: “Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso. El juicio tramitará sumariamente”. Asimismo, se derogó –con evidente coherencia– el art. 2619 originario.³⁴

Es claro que ambos dispositivos se dedica(ba)n a regular el tema que nos ocupa: las molestias ocasionadas por actividades en inmuebles vecinos, el parámetro de tolerancia que cabe considerar respecto de ellas y la reacción del Derecho (a través del *imperium* del juez, cuyas facultades vienen conferidas por la norma) cuando dicho estándar es sobrepasado (el “exceso en la normal tolerancia”).

Sin embargo, son también notorias las importantes diferencias entre lo establecido por el codificador en el siglo XIX y el reformador de 1968. Lejos de

34. Entre nosotros, la Ley 17.711 implicó la derogación de catorce artículos del Código Civil y la modificación de ciento seis de ellos y de cinco leyes complementarias. Más allá del acierto o desacierto en unos u otros de estos cambios –cuyo examen excede los límites de este trabajo–, no cabe duda de que la reforma de 1968 significó un verdadero giro del Código Civil argentino en el sentido de una concepción más social y solidaria del Derecho. La restricción al dominio que aquí comentamos se inscribe en el marco de una redefinición de la propiedad y de su función, y más en general, en un nuevo paradigma –muy diferente al del liberalismo decimonónico– del Derecho Civil. (Al respecto, puede profundizarse en la obra de uno de los principales artífices de la Ley 17.711: BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I, p. 403 y ss.)

suponer una mera enmienda superficial, el nuevo art. 2618 resignificó la concepción normativa³⁵ de su objeto y su funcionamiento en la práctica, ampliando de manera considerable los tres aspectos mencionados anteriormente.

En primer término, la única molestia prevista en el precepto decimonónico era exclusivamente el ruido. Nada se decía de otro tipo de inmisiones, que indudablemente era justo y conveniente considerar comprendidas en el presupuesto de hecho de la norma. En cambio, la reforma contempló otras posibles molestias (humo, calor, olores, luminosidad y vibraciones) y con carácter meramente enunciativo (la textura abierta de la fórmula “...o daños similares”³⁶ no deja lugar a dudas). Así, cualquiera de las que en el actual estado del arte se conocen como “inmisiones inmateriales” —es decir, que no ocupan de manera estable la finca vecina mediante la introducción de elementos inmobiliarios propios³⁷ (son generalmente intangibles)—³⁸ están comprendidas en el art. 2618 y habilitan la solución jurídica prevista en él.³⁹

Por su parte, el supuesto fáctico de aplicación de la norma termina de ampliarse en cuanto se elimina la exigencia de que la actividad generadora de la molestia sea de carácter industrial.⁴⁰ Así, el inmueble que la cause podría ser un comercio, una vivienda, etcétera.

En segundo lugar, la fórmula del art. 2618 reformado admite sin obstáculos la reparación del daño extrapatrimonial (entre nosotros, daño moral), por cuanto se

35. La doctrina y la jurisprudencia ya habían intentado expandir, por vía de la interpretación, la restrictiva regulación en la materia del Código Civil originario.

36. Se ha señalado con acierto que, técnicamente, el lenguaje es incorrecto, por cuanto el daño es resultado de alguna de las inmisiones enumeradas (u otras no enunciadas), pero no es sí mismo no una inmisión (AREÁN, B., *Derechos Reales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, t. 1, p. 271).

37. LAQUIS, M. A., *Derechos Reales*, Buenos Aires, Depalma, 1975, t. IV, p. 252.

38. No deben excluirse del concepto, sin embargo, aquellas inmisiones que en sentido *físico* sean materiales (esto es, que sean *materia*): tal es el caso del hollín, el humo o las cenizas, por contraposición al calor, las vibraciones o el ruido (*cf.* LAQUIS, M. A., *Derechos Reales*. Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 204-208). Las inmisiones *materiales* que cabe distinguir son las que introducen elementos inmobiliarios propios en el fundo ajeno —p. ej. colocar objetos en él—; así como también las inmisiones *ideales* —p. ej. la exposición a la vista de cosas horribles o del mal gusto— (KIPER, C. M. (dir.), *Código Civil Comentado. Doctrina, jurisprudencia, bibliografía. Derechos Reales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, t. II, p. 38; CLERC, C. M., *Derechos Reales e Intelectuales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, t. 1, p. 332).

39. A título de ejemplo, Highton enumera las siguientes: “propagación de ruidos, olores, luminosidad, vibraciones y trepidaciones, esparcimiento de productos de combustión, la proyección de ondas radioeléctricas, rayos X, haces luminosos, las actividades bailables o de esparcimiento, emisiones o penetraciones calóricas, eléctricas, gaseiformes, corpusculares (hollín, carbón, cenizas, chispas)” (HIGHTON, E. I., *Derechos Reales*, Buenos Aires, Ariel, 1979, t. 2, p. 123).

40. Desde luego, constituye un acierto que se haya mantenido —tal como lo preveía la redacción velezana— el carácter contingente de la autorización administrativa que pudiese haber obtenido el establecimiento en cuestión.

refiere a “daños” sin distinción. Esta tesis se compadece con el principio de reparación integral que rige el Derecho de Daños moderno, centrado en la víctima, y se aparta de lo normado con anterioridad a la Ley 17.711 (al contemplarse únicamente el “perjuicio material” causado a las heredades vecinas y su disminución de valor venal o locativo, se atiende sólo a los *daños patrimoniales*).

Por último, es crucial que la intervención del juez no se limita ahora a la indemnización de los daños, sino que también se prevé expresamente su facultad de disponer el cese de las molestias. De acuerdo a las circunstancias del caso, serán precedentes una, otra o ambas medidas acumulativamente: se puede ordenar el cese a futuro e indemnizar el daño sufrido hasta el momento si este se ha acreditado; puede también ordenarse la adecuación de la actividad para no producir más molestias o morigerarlas a límites más tolerables; o disponerse obras para aminorar los daños.⁴¹

A su vez, es de destacar que la facultad del juez de ordenar el cese de las molestias (además de regular indemnización por daños) debe ejercitarse “según las circunstancias del caso”. Ello le otorga suficiente margen de apreciación o “discrecionalidad” (que no es lo mismo que “arbitrariedad”) para que adopte las medidas que resulten más apropiadas en cada supuesto concreto: esta textura abierta permite la obtención de soluciones de justicia a través del estudio de las particularidades del caso, lo que resulta muy propio del Derecho Romano.⁴²

V. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2012

En el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación bajo actual tratamiento legislativo, ya la noción de dominio da cuenta de sus limitaciones:⁴³ “El

41. GARRIDO CORDOBERA, L. M. R., “El problema de las inmisiones inmatrimoniales y el derecho: el exceso a la normal tolerancia entre vecinos” publicado en *Obra colectiva del Bicentenario del Colegio de Abogados de Mercedes (Medio Ambiente)*; consultado en PLOVANICH, M. C., “Los daños continuos en las relaciones de vecindad”, en *La Ley Córdoba*, Córdoba, La Ley, 2011, p. 1188; PAPAÑO, R. J., KIPER, C. M., DILLON, G. A., y CAUSSE, J. R., *Derecho Civil: Derechos Reales*, Buenos Aires, Astrea, 2004, t. 1, p. 225.

42. En sus más de doce siglos de historia, Roma conoció menos de mil leyes. Esto supone un promedio de menos de una ley por año, e incluso existieron años en que no se sancionaron nuevas leyes.

43. No es que en el Código Civil vigente en la actualidad no existan restricciones al dominio: al contrario, las hay tanto a la disposición jurídica (carácter *numerus clausus* de los derechos reales, que determina con cuáles de ellos podrá gravar a las cosas su dueño; prohibición de obligarse a no enajenar o de imponer dicha obligación al adquirente; proscripción de la división horizontal de la propiedad –salvo la propiedad horizontal en los términos de la Ley 13.512–), como a la disposición material (limitaciones respecto de la proximidad de los árboles y arbustos con el fundo vecino; restricciones de la práctica de aberturas u obras que impliquen constituir luces o vistas sobre aquél; deber de tolerar el uso de la propia

dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, *dentro de los límites previstos por la ley...*” (art. 1941 del Proyecto).⁴⁴ El dominio perfecto se define por exclusión: el que aparece definido es el imperfecto, como el que “...está sometido a condición o plazo resolutorios, o si la cosa está gravada con cargas reales” (art. 1946).

En concreto, en lo que respecta a las inmisiones inmateriales, el artículo 1973 del Proyecto prácticamente reproduce el actual artículo 2618, al establecer que “Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades e inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción”.

Por la similitud en la redacción del precepto, remitimos a lo ya expuesto respecto del art. 2618 vigente; sin perjuicio de ello, en el régimen del Proyecto los deberes impuestos por los límites al dominio no generan indemnización de daños a menos que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio (artículo 1971). Lo que acentúa aun más la medida primordial de disponer el cese de la actividad dañosa frente a la reparación económica.

VI. CONCLUSIÓN

Tal como lo anticipa el título de este ensayo, en él hemos intentado plasmar el desarrollo de las restricciones al dominio, puntualmente las fundadas en las relaciones de vecindad y en particular la relativa a las inmisiones inmateriales, a la manera de un recorrido desde el Derecho Romano hasta la normativa argentina vigente (y la proyectada) de nuestros días.

Tomamos como punto de partida esa fuente ineludible y primordial para los sistemas jurídicos continentales que es precisamente el Derecho Romano. En él, la propiedad se concebía como un derecho de enorme intensidad de las personas sobre las cosas, pero reconocía sin embargo diversas limitaciones. Una de ellas, vale

finca por el vecino o de la pared divisoria en ciertas circunstancias; etcétera). Sin embargo, la alusión a los límites del dominio *desde su misma conceptualización* es simbólicamente muy distinta a su definición en los términos del art. 2506 actual (“el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”) y posteriores restricciones específicamente puntualizadas.

44. El destacado nos pertenece.

decir, una de las ya entonces consagradas restricciones al dominio, eran las emanaciones inmatrimoniales sobre fundos vecinos. Y por cierto, a la luz de la Ley 17.711 y de las tendencias actuales, de forma precursora.

A continuación, examinamos el tratamiento del tema en el *Code Napoléon* y en la doctrina de importantes comentaristas franceses que fueron la fuente directa de Vélez Sarsfield para regular la materia en su momento. En pleno siglo XIX, el fuertemente liberal e individualista Derecho occidental hacía hincapié en el respeto a la propiedad privada, casi de un modo *sacrosanto*. No debe entonces llamarnos la atención, a la luz de aquel paradigma, que Demolombe, Aubry, Rau y nuestro codificador concibiesen de modo estrecho y excepcional ésta y otras limitaciones al dominio, tal como ha quedado expuesto.

Plausiblemente, la importante reforma del Código Civil de la Nación de 1968 redefinió el concepto y el funcionamiento de las inmisiones inmatrimoniales en las relaciones de vecindad (criterio mantenido en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012). Se ampliaron los presupuestos de hecho (de “ruidos” a una lista más extensa y meramente enunciativa de emanaciones), tal como en el Derecho Romano. Se mantuvo el estándar de la “normal tolerancia” (cuyo exceso autoriza la intervención judicial), previsto ya en el Derecho Romano. Más allá del *quid* indemnizatorio, se contempló la facultad del juez de hacer cesar la molestia, al igual que el pretor en el Derecho Romano (solución que se compadece con la moderna tendencia a la prevención en el Derecho de Daños). En fin, sin perjuicio de reconocerlo y protegerlo como es debido, se avanzó en limitar el derecho de propiedad en cuanto resulte antisocial o lesivo de derechos de terceros o comunitarios, lo mismo que en el Derecho Romano. Y por último, tanto el Código Civil vigente como el proyectado dejan al magistrado un relevante papel en este tema, por cuanto es él quien según las particularidades del caso cuenta con el margen de apreciación necesario para resolver cada supuesto de la forma más justa posible. Esta idea de considerar los intereses en juego y los escenarios fácticos *en concreto*, según sus particulares características, es netamente romana y conduce en numerosos casos a la mejor y más eficiente administración de justicia *caso por caso*.

Todo ello demuestra que el Derecho Romano no fue solamente el origen de nuestro sistema jurídico, sino que sigue vivo en nuestros días. El interés en su estudio no se agota en el aspecto histórico, y sirve para más que adoptar algún nuevo adagio en latín (tan caros, éstos, a los autores del ámbito jurídico). No: abordar el Derecho Romano, sumergirse en él, aprehenderlo, intentar comprenderlo, es un ejercicio que cualquier jurista debería intentar. No sólo para conocer el pasado, sino también para entender mejor el presente y, por qué no, pensar el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes primarias

- AUBRY, Charles y RAU, Frédéric C., *Cours de Droit Civil Français d'après l'ouvrage allemand de C.S. Zachariæ*, 3ª ed., Paris, Cosse, 1856, t. I.
- DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code Napoléon*, t. XII: "*Traité des servitudes ou services fonciers*", Paris, Durand-Hachette, 1876.
- JUSTINIANO, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildefonso L. García del Corral, Barcelona, Jaime Molinas, 1889.
- GAYO, *Institutas*, texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.

Fuentes secundarias

- AMBROSIONI, Carlos E., *Lecciones de Derecho Romano*, La Plata, Editorial Jurídica, 1965.
- AREÁN, Beatriz, *Derechos Reales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.
- ARGÜELLO, Luis R., *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Buenos Aires, Astrea, 1996.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- CLERC, Carlos M., *Derechos Reales e Intelectuales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- DE LORENZO, Rodolfo J. y DE LORENZO, Jorge E., *Roma. Derecho e Historia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1999.
- ELGUERA, Eduardo R., "Evolución de la propiedad privada en Roma", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, año 2, t. V, 1950, pp. 1143-1150.
- HIGHTON, Elena I., *Derechos Reales*, Buenos Aires, Ariel, 1979
- IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano: Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, Ariel, 1958.
- KIPER, Claudio M. (dir.), *Código Civil Comentado. Doctrina, jurisprudencia, bibliografía. Derechos Reales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.
- LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil: Tratado de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Ediar, 1943.
- LAQUIS, Manuel A., *Derechos Reales*, Buenos Aires, Depalma, 1975.
- MUSTO, Néstor J., *Derechos Reales*, Buenos Aires, Astrea, 2000.

- PAPAÑO, Ricardo J., KIPER, Claudio M., DILLON, Gregorio A., y CAUSSE, Jorge R., *Derecho Civil: Derechos Reales*, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- PEÑA GUZMÁN, Luis A., *Derecho Civil. Derechos Reales*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1975.
- PETIT, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano* (traducción de José Ferrández González), Buenos Aires, Albatros, 1963.
- PLOVANICH, María Cristina, “Los daños continuos en las relaciones de vecindad”, en *La Ley Córdoba*, Córdoba, La Ley, 2011, pp. 1187-1192.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1962.