UFLO
UNIVERSIDAD

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 5

Gabriela Alonsoperez
Mirta Beatriz Álvarez
Cristian Andrade
René Angulo
Mía Agostina Barrionuevo
Laura Bierzychudek
Daniel Gerardo Bonjour
Thiago Yoel Bussolati Covello
Mariela Cáceres
Victoria Cali
Patricio Carvajal Ramírez
Candelaria Corbella
Anabella Facciuto Kaed
María Cristina Filippi
Yamila Francis Fuentes
Juan Carlos Ghirardi
Germán D. Giarrocco
Rodrigo Guelar
Lourdes Llorvandi
Andrea Marlene Luis Asto
Elvira Méndez Chang
Harnold Leo Mendoza Vilcanqui
Laura Micieli
Marilina Miceli
José María Monzón
Patricia Mora
Gabriela Victoria Morel
Leticia Inés Núñez
Pilar Pérez Álvarez
Juan Pérez Carrandi
Diego Quiroz Quiroz
Julieta Salomé Rodríguez
Aldo Santome Sánchez
Mariana Sconda
Claudia Somovilla
Luis Rodríguez Ennes
Ana Vázquez Lemos
Gustavo Adrián Vedia

Aplicación de la *Lex Aquilia* a casos de *immissio* en el derecho romano justinianeo

Andrea Marlene Luis Asto[669]

I. Introducción

La *immissio* no permitida parte de la premisa de que ciertos actos pueden perturbar el uso y disfrute de un bien. Estos supuestos eran abordados en el derecho romano justinianeo mediante mecanismos como la *actio negatoria* o el interdicto *uti possidetis*. No obstante, en ciertos casos dichas inmisiones podían traducirse en verdaderos daños patrimoniales, lo que plantea la posibilidad de que éstos fuesen susceptibles de tutela mediante la *Lex Aquilia*.

La presente investigación tiene como objetivo estudiar la posibilidad de aplicar la *Lex Aquilia* en casos de daño por *immissio*, a partir de una interpretación evolutiva de la responsabilidad aquiliana, centrada en el rol del pretor y la jurisprudencia. En particular, se examina el aspecto procesal, con especial atención a la concesión de acciones en función de la conducta del agente perturbador.

[669] Maestranda en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Se parte de la hipótesis de que, en estos casos, el sujeto que genera el daño mediante *immissio* podía accionar o ser accionado conforme a la *Lex Aquilia*, ya sea a través de la acción directa o mediante la acción residual, como la *actio in factum*, tal como se observa en el caso contenido en D. 9, 2, 49 pr., donde la generación de humo que causa la muerte o huida de abejas ajenas motiva la concesión de una tutela aquiliana por el hecho.

Este estudio considera el proceso de evolución del derecho de daños, desde el plebiscito de Aquilio hasta su recepción en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, además del papel del pretor como figura clave para adaptar el derecho a nuevos contextos fácticos. Con ello, se busca contribuir a la comprensión del carácter dinámico del ordenamiento jurídico romano y de la capacidad del pretor para extender la justicia más allá de los límites formales de la ley.

Así, se podrá observar como la responsabilidad aquiliana amplió progresivamente su ámbito de protección, hasta abarcar supuestos que, como las inmisiones no permitidas, podían generar un daño injusto, aun cuando no estuviesen contemplados de manera expresa en el texto original de la *Lex Aquilia.*

II. Sobre la *immissio*

La *immissio* en el derecho romano justinianeo ha resultado especialmente relevante para diversos estudiosos, al ser uno de los antecedentes más remotos para comprender las relaciones de vecindad. Tal ha sido su importancia que su estudio ha generado distintas teorías: la teoría de uso normal (Ihering), la teoría de la necesidad social (Bonfante) y la teoría medieval de actos de emulación, que posteriormente derivaría en el desarrollo de la doctrina del abuso de derecho.

Más allá de la influencia que estas teorías han tenido en el derecho

contemporáneo, corresponde analizar cómo los romanos entendían aquellas situaciones que, bajo el concepto de *immissio,* merecían tutela jurídica.

II. 1. La conceptualización del immissio

Un primer acercamiento sería partir del *dominium*, entendida como el poder del *dominus* de usar, disfrutar y disponer del bien que le pertenece. Inicialmente, este poder se concebía como absoluto e ilimitado, sin embargo, con el desarrollo social y económico de Roma, se reconoció que uno de sus límites era "cuando se afectaba el *dominium* de otra persona".[670]

Así, Amunátegui Perelló (2013) sostiene que la evolución del concepto de *dominium* respondió al desarrollo económico romano, aunque se mantuvo la facultad de excluir injerencias de terceros. La única excepción era la limitación voluntaria a través de figuras como la servidumbre.[671]

Esta facultad de exclusión podía manifestarse de dos formas: el *facere in alienum*, es decir, actos que afectaban directamente al bien ajeno, y el *immittere in alienum,* referido a aquellas actividades realizadas dentro del propio bien, pero cuyas consecuencias afectaban el *dominium* del vecino.

Autores como Amunátegui Perelló (2009),[672] Alonso Pérez

[670] MÉNDEZ CHANG, E. (2019). *Introducción al Derecho Romano* (p. 143). Fondo Editorial Universidad Católica del Perú

[671] AMUNÁTEGUI PERELLO, C. F. (2013). Hacia un concepto de inmisiones en el Derecho Chileno. *Revista Chilena de derecho*, *40*(1), 45-88.

[672] AMUNÁTEGUI PERELLO, C. F. (2009). No siendo contra derecho ajeno: Hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro código civil. *Revista Chilena de derecho, 36*(3), 467-503.

(1983)[673] y Escutia Romero (2016)[674] coinciden en que el concepto de *immissio* abarca ambas formas. Mientras que el *facere in alienum* fue prohibido desde el inicio, el *immittere in alienum* requirió de mayor elaboración jurisprudencial y análisis de casos para ser igualmente considerado como una intromisión no permitida.

Un aporte relevante en esta línea es el estudio de García Sánchez,[675] quien analiza el uso del término *immissio* (cuyo verbo es *immittere*) en el Digesto. Según su investigación, el término hacía referencia a situaciones en las que algo era introducido desde un predio hacia otro. Amunátegui Perelló (2013)[676] agrega que estos términos eran usados comúnmente en contextos relacionados con las servidumbres y los interdictos.

El caso paradigmático para comprender la *immissio* es el contenido en D. 8. 5. 8. 5, donde el problema planteado fue el siguiente: la ciudad de Minturno le alquiló a Cerelio Vital un bien para que

---

673 ALONSO PÉREZ, M. (1983). Las relaciones de vecindad. *Anuario de Derecho Civil*, *36*(12), 357-395.

674 ESCUTIA ROMERO, R. (2016). Reseña del libro *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano*, de M.ª C. Jiménez Salcedo. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (3), 253-261.

675 Como se citó en AMUNÁTEGUI PERELLO, Hacia un concepto…, *op. cit.,* p. 46. Observando el término en intromisiones de agua (D. 39, 3, 1, 17; D. 39, 3, 2, 10; D. 39, 3, 3 pr; 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, 14 pr; 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, 3,1 3; C. Iust. 3, 35, 1).

676 AMUNÁTEGUI PERELLO, Hacia un concepto…, *op. cit.,* p. 47.

pueda instalar una fábrica de quesos. Él hace lo propio y producto de sus actividades en la fábrica se produjeron humos que llegaron a afectar a los pisos superiores de un edificio contiguo. Ante ello, Cerelio Vital, consultó a Aristón si tenía derecho a continuar con su actividad.

De este fragmento es importante resaltar que "en tanto le es lícito a uno hacer alguna cosa en lo suyo, en cuanto no introduzca nada en lo ajeno (…)",[677] lo que establece una regla de derecho que recalcaba la idea de límite del *dominium* pues el sujeto podía actuar dentro de su bien siempre que sus actividades no afecten al bien contiguo. Esto último debía comprenderse en el extremo que no perturbe el uso o disfrute del bien.

Asimismo, el fragmento del Digesto permite identificar qué se entendía como *immissio.* En el caso paradigmático es el humo de la fábrica, pero también podría ser el agua, las piedras o cualquier otra sustancia. Amunátegui Perelló (2009),[678] sostiene que, en términos generales, debe considerarse como *immissio* cualquier elemento corpóreo, ya sea sólido, líquido o gaseoso, que ingresa desde un predio hacia otro.

Hasta este punto podríamos afirmar que por *immissio* se entendía como cualquier intromisión de carácter corporal, derivada de una actividad ejercida dentro de los límites del propio bien pero que interfiere con el uso y disfrute del bien ajeno.

Sin embargo, no toda *immissio* generaba consecuencias jurídicas ni merecía tutela, como se analizará en el siguiente apartado.

---

[677] D. 8. 5. 8. 5.

[678] AMUNÁTEGUI PERELLO, No siendo…, *op. cit.,* p. 515.

II. 2. Distinción entre inmisiones permitidas y no permitidas

Para distinguir qué inmisiones podían ser permitidas en el derecho romano justinianeo, resulta clave el análisis de Digesto 8. 5. 8. 6. En este fragmento interviene Pomponio para indicar que

> 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.

En otras palabras, Pomponio afirmaba que prohibir toda forma de inmisión sería irrazonable, pues podría implicar la prohibición de actividades diarias y necesarias derivadas del uso normal del bien. Por ello, se emplea el criterio de la gravedad, identificado en el texto con la expresión *non gravem* (no grave), como parámetro para discernir qué inmisiones pueden ser toleradas.

Este criterio podría complementarse con el concepto de actividad normal, según Alonso Pérez (1983),[679] como estándar de tolerabilidad. Así, el caso de la fábrica de quesos ejemplifica una *immissio* no permitida, pues el humo generado provenía de una actividad nueva, no prevista al momento del contrato de arrendamiento y no respaldada por una servidumbre de humo. La naturaleza anormal y la gravedad de la intromisión justificaban su carácter no tolerable.

Distinto es el caso del humo originado por hacer fuego en su propia casa para calentarse en invierno o para cocinar. Se trata de una actividad habitual y necesaria, practicada por cualquier ciudadano romano, por ende, se consideraba una *immissio* permitida frente a la cual no cabía acción alguna. Lo contrario podría llegar al absurdo de

[679] ALONSO PÉREZ, Las relaciones…, *op. cit.,* p. 369.

afirmar que sería necesario una servidumbre de humo por prácticas básicas de la vida doméstica.

A partir de lo anterior, resulta pertinente reformular el concepto de la *immissio* no permitida: sería cualquier intromisión de carácter corporal, derivada de una actividad anormal realizada dentro de los límites de un bien, que por su gravedad afecta el uso y disfrute del bien ajeno, de modo que no puede ser razonablemente tolerada.

III. Medidas ante inmisiones no permitidas

El caso de la fábrica de quesos permitió a los juristas plantear dos remedios procesales, cuya elección dependía de la cualidad del sujeto afectado, esto es si ejercía el *dominium* o la *possessio* sobre el bien.[680]

III. 1. Actio *negatoria*

Para comprender esta acción se puede indicar que los ciudadanos romanos podían limitar su *dominium* a través de servidumbres, las cuales podían constituirse por ley[681] o mediante pactos y estipulaciones, como establece I. 2. 3. 4.

Sin embargo, según I. 4. 6. 2, si un ciudadano sostenía que otro no tenía derecho de "usufructo, de pasar y transportar, o de conducir agua, como tampoco de levantar más alto de vistas o de voladizo o de apoyar vigas", entonces le correspondía una acción real negativa.

---

[680] DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A. (2012). La protección interdictal del dominio público y su influencia en el interdicto de retener. *Revista General De Derecho Romano*, (19).

[681] MÉNDEZ CHANG, *Introducción…, op. cit.,* p. 144.

Lázaro Guillamón (2013)[682] analiza este fragmento y sostiene que mediante esta acción se defiende la libertad del dominio, es decir, la presunción de que el bien naturalmente está libre de limitaciones reales. Así, el actor no debía probar la inexistencia del derecho ajeno, sino solamente su calidad de *dominus.* Bajo esa lógica, el demandado es quien tenía la carga de probar la existencia de la limitación.

En resumen, mediante esta acción el *dominus* (o dueño, según Digesto 8. 5. 2 pr.) negaba la existencia de alguna limitación sobre su bien y solicitaba el cese de cualquier actividad que menoscabara su *dominium.* Amunátegui Perelló (2013)[683] señala que el demandado podía ser cualquier persona incluso si no contaba con título alguno sobre el bien donde realizaba sus actividades.

Precisamente, en el caso paradigmático de la fábrica de quesos, Aristón consideró que uno de los mecanismos de tutela frente a una inmisión no permitida era la acción negatoria. En su respuesta a Cerelio Vital, indicó que, si no contaba con una servidumbre de humo, el *dominus* del piso superior podía exigir el cese de la actividad mediante esta acción.

III. 2. Uti possidetis

Los interdictos eran remedios procesales que, destinados a proteger la *possessio*, y según I. 4. 15. 2, podían servir para adquirir, retener o recobrar la posesión. Corresponde ahondar en los interdictos de

[682] LÁZARO GUILLAMÓN, M. C. (2013) La *actio negatoria* del Derecho romano como protección efectiva frente a agresiones ambientales. *Revista General De Derecho Romano*, (21).

[683] AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. F. (2013). Acción de responsabilidad y teoría de las inmisiones. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (40), 53-73.

retener previstos en I. 4. 15. 4, que buscaban conservar la posesión frente a actos de perturbación o intentos de despojo.

Díaz-Bautista (2012)[684] sostiene que esta acción tenía como finalidad evitar la resolución violenta de los conflictos, preservando la paz social mientras se resolvía el fondo del litigio.

A diferencia de la acción negatoria, la interposición del interdicto podía ser realizada por cualquier persona que tuviera la posesión de hecho, sin importar si tenía *dominium.* En el proceso bastaba con probar su condición de poseedor y que ejercía pacífica, públicamente sin violencia.

Aunque en los pasajes de las *Institutas* mencionados no se expresa el uso del interdicto frente a inmisiones, el fragmento de D. 8. 5. 8. 5 permite afirmar que el alcance del *uti possidetis* podía extenderse a este tipo de situaciones.

Este interdicto podía usarse en doble sentido. Por un lado, si el poseedor se veía afectado por una *immissio* no permitida, podía interponer el *uti possidetis* para exigir el cese de la actividad perturbadora; por otro, si quien realizaba la *immissio* actuaba con base en una servidumbre previamente constituida y era impedido por el poseedor del fundo sirviente, podía accionar mediante la *vindicatio servitutis* y también mediante el *uti possidetis* para defender su ejercicio posesional legítimo.[685]

En resumen, frente a inmisiones no permitidas, el derecho romano ofrecía dos tipos de remedios procesales según el interés que se buscaba proteger. Cuando el objetivo era resguardar la posesión se recurría a la *uti possidetis,* como no se cuestionaba el *dominium* y sus consecuencias eran provisionales no entraba al fondo del problema.

---

[684] DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, La protección…, *op. cit.*

[685] DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, La protección…, *op. cit.*

En cambio, si se pretendía afirmar la libertad del *dominium,* negando la existencia de alguna servidumbre, correspondía la acción negatoria, lo que implicaba discutir el fondo de la controversia.[686]

IV. *Lex Aquilia* y los daños de la *immissio*

Las consecuencias negativas de la *immissio* fueron, en principio, para proteger el uso y disfrute del bien; por ello, en el caso paradigmático, los juristas plantearon dos mecanismos de protección. Sin embargo, corresponde analizar si era posible recurrir a otra acción en caso de que la *immissio* ocasionara perjuicio patrimonial.

IV. 1. La evolución de los elementos de la Lex Aquilia

La tutela de daños a la persona o al patrimonio fue un tema importante en la sociedad romana, tal es así que estos supuestos constituían una fuente de obligaciones: el delito civil. En la Ley de las XII Tablas la protección contra el daño no se regulaba de forma unitaria, sino mediante acciones dispersas y específicas[687] como el "daño causado por animales (*actio de pauperie*), la tala injustificada de árboles ajenos (*actio de arboribus succisis*), el incendio de edificios o sembrados ajenos (*actio aedium incensarum*), el pastar o dañar de noche predios ajenos (*actio de pastu pecoris*), y la lesión física a un esclavo (*os fractum*), entre otros".[688]

---

[686] AMUNÁTEGUI PERELLÓ, No siendo…, *op. cit.*, p. 515.

[687] Véase Tablas 2 y 7.

[688] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, L. C. (2018). La *Lex Aquilia*: la estructura del *damnum iniuria datum* y su evolución a través de la *interpretatio prudentium* y la actividad

Sobre el fin primigenio de la tutela de daños, Solarte Rodríguez (2004)[689] señala que existe una tesis que plantea la existencia de una norma general sobre el resarcimiento de daños injustamente causados. Sin embargo, esta posición no ha sido mayoritariamente aceptada, ya que la finalidad inicial de estos delitos civiles era imponer una sanción y no necesariamente la reparación de daños, siendo que la función resarcitoria surgiría más adelante como resultado de la evolución del derecho romano.

La expedición de la *Lex Aquilia* representó un punto de inflexión no solo para su época, sino también para la historia de la responsabilidad civil extracontractual. Este plebiscito unificó los supuestos referidos al daño causado a bienes ajenos, diferenciándolos del delito de *iniuria,* que se centraba en lesiones causadas a ciudadanos romanos.

De D. 9. 2 e I. 4. 3 se desprende que la *Lex Aquilia* inicialmente tuvo tres capítulos, sin embargo, el segundo quedó en desuso (D. 9. 2. 27. 4 y I. 4. 3. 12). Sánchez Hernández (2018)[690] y Aedo Barrena (2009)[691] explican que este capítulo no regulaba propiamente un supuesto de *damnum iniuria datum*, pues refería a la sanción al *adstipulator* que extinguía indebidamente una obligación sin consentimiento del acreedor principal. Además, con la introducción de la *actio mandati*, esta vía resultó ser más eficiente que la *Lex Aquilia*.

Todo lo anterior permite advertir el carácter dinámico de la tutela de daños en el derecho romano. Este dinamismo se refleja en el *Corpus Iuris Civilis*, ya que la actividad del pretor permitió el

---

pretoria. *Themis. Revista de Derecho*, (73), 165-193.

689 SOLARTE RODRÍGUEZ, A. (2004). Los actos ilícitos en el derecho romano. *Vniversitas*, *53*(107), 691-746.

690 SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex…, op. cit.,* p. 168.

691 AEDO BARRENA, C. (2009). Los requisitos de la *Lex Aquilia*, con especial referencia al daño. Lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero. *Ius et Praxis*, *15*(1), 311-337.

surgimiento de acciones residuales, como las acciones *utilis* e *in factum.* Esta última se desarrollará más adelante por su relevancia en la protección de daños por inmisiones.

Asimismo, es importante destacar la labor de los juristas, que resolvían diversas consultas basándose en los elementos de la *Lex Aquilia,* pero interpretando con un mayor nivel reflexivo y profundo.

*IV. 1. a) Conducta típica (*occidere, urere, frangere, rumpere*)*

Del primer y tercer capítulo de la *Lex Aquilia* se desprenden los cuatro verbos que inicialmente implicaban "una actividad física y violenta del agente, que se concretaba en una intervención material y directa de él sobre el objeto lesionado".[692]

El primero era *occidere* (matar), que fue entendido como una actividad realizada de forma violenta. Sin embargo, con el caso del envenenamiento a una esclava (D. 9. 2. 9. pr) los juristas ampliaron el ámbito de aplicación, en el sentido de que la muerte podía haber sido realizada a través de la persuasión; de esta forma, el criterio de la violencia fue suprimido bastando el contacto físico.[693]

Continua el *urere* (quemar), con la casuística se reconsideró la actividad directa de la conducta, ya que el propietario de un bien podía acudir a la *Lex Aquilia* aun cuando el fuego que se ocasionó en un bien vecino se propagó hasta el suyo (D. 9. 2. 27. 8), es decir, se aceptaba una causalidad mediata mediante el análisis de la intención inicial del agente.[694]

Sobre el *frangere* (hacer pedazos), no hubo mayores cambios en su

[692] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex…, op. cit.,* p. 173.

[693] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex…, op. cit.,* p. 173.

[694] *Ibidem*, p. 174.

aplicación. Esta acción implicaba destruir una cosa (acción directa) con deliberada intención.[695]

Y el verbo *rumpere* (romper), a diferencia del verbo anterior, recibió una interpretación más amplia al ser equiparado con *corrumpere*, lo que permitió daños no necesariamente permanentes, pero sí económicamente relevantes. Por ejemplo, en Digesto 9, 2. 27. 17 se menciona que los golpes a un esclavo generaban un *damnum* cuando su recuperación requería un gasto considerable.

IV. 1. b) Nexo causal

Este elemento adquirió contenido tras extrapolar las características comunes de las conductas tipificadas: *occidere, urere, frangere, rumpere*, las cuales implicaban un "contacto material, directo y físico del agente con la cosa; es decir, que el daño pudiera vincularse directamente a un esfuerzo muscular, esto es, que fuera *corpore suo datum*".[696] En otras palabras, originalmente la *Lex Aquilia* solo se aplicaba cuando existía un contacto inmediato entre la conducta y el daño.

Aedo Barrena (2015)[697] sostiene que los juristas romanos no desarrollaron una teoría general sobre la causalidad, sino que analizaban caso por caso para determinar si se cumplía o no con la conducta tipificada. En aquellos casos donde no había *corpore suo datum* —por ejemplo, daño a través de terceros o por omisión—, los juristas introdujeron el análisis de culpa del agente, esto es, su comportamiento y cómo incidía en el resultado dañoso.

---

[695] *Ibidem*.

[696] *Ibidem*, p. 176.

[697] AEDO BARRENA, C. (2015). La cuestión causal en la "Lex Aquilia" y su solución mediante el mecanismo de la culpa. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (37), 37-75.

Además, el termino *corpore* no debía entenderse como una exigencia de contacto corpóreo literal, sino más bien que el daño fuese imputable al agente, mediante la verificación de que su comportamiento fue objetivamente idóneo y directo para causar el daño.[698]

Entonces, el análisis de causalidad entre la conducta del agente y el daño debía considerar no solo el aspecto fáctico (si fue directo y material), sino también un análisis jurídico del comportamiento del agente: la culpa.

Como consecuencia de esta evolución interpretativa, Schipani (2007)[699] señala que, en la etapa republicana y clásica, la conducta podía consistir tanto en una acción u omisión atribuible al agente. En la misma línea, Aedo Barrena (2009)[700] señala que, si bien la *Lex Aquilia* se regía por el principio *damnum corpore suo datum*, la actividad del pretor permitió excepciones al mismo, admitiendo casos en los que el daño no provenía directamente de la acción del autor.

IV. 1. c) La iniuria

Similar al anterior, este elemento aparece junto a los verbos delictivos del primer y tercer capítulo del plebiscito. Se entendió que su función inicial era indicar el modo en que fueron realizados, y esto no solo porque se revisó la sintaxis del plebiscito, sino también desde un análisis dogmático, ya que, en definitiva, el daño producido a las cosas de un ciudadano romano era contrario a derecho.[701]

---

[698] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex…, op. cit.,* p. 178. Cuando cita a Piro.

[699] SCHIPANI, S. (2007). De la *Ley Aquilia* a Digesto 9: Perspectivas sistemáticas del Derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual. *Revista de derecho Privado*, (12-13), 263–288.

[700] AEDO BARRENA, *Los requisitos…, op. cit.,* p. 318.

[701] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, L. C. (2016). De la culpa de la Lex Aquilia del Derecho

Entonces, los juristas de la época cuando revisaban los casos determinaban si el actuar del agente se había realizado con alguna justificación acorde a derecho. En este análisis casuístico es que la jurisprudencia tardorrepublicana concibió a la culpa como un límite a la estricta evaluación de las justificaciones alegadas.[702]

Esto significa que, en una primera etapa, la *iniuria* era entendida de una forma objetiva, es decir, bastaba que el autor no estuviera autorizado para actuar o que lo hiciera sin causa legítima. No era necesario examinar al autor.

Sin embargo, esta idea resultaba insuficiente para resolver los nuevos supuestos en los que su actuación resultaba ser reprochable, aunque cumpliera con el supuesto. Aunado a esto, el criterio del *damnum corpore suo datum* ocasionaba supuestos donde la actuación no era directa o material. Por ello, los juristas introdujeron el análisis subjetivo de la conducta, revisando cuál fue su intención o el grado de diligencia que les correspondía.

Este cambio de enfoque en la *iniura* relacionándolo con la culpa permitió extender la tutela de la *Lex Aquilia* a casos donde había daños indirectos, mediatos o por omisión, previamente evaluando si el autor había actuado con culpa.

IV. 1. d) El damnum

La conducta ilícita del autor generaba un *damnum* que significaba básicamente un perjuicio patrimonial derivado de la destrucción o deterioro del bien. Según Sánchez Hernández (2018),[703] la *Lex*

romano al principio de la responsabilidad por culpa en el Derecho civil colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (30), 287-335.

[702] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex…, op. cit.,* p. 178 y ss.

[703] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex…, op. cit.,* p. 185 y ss.

Aquilia buscaba tutelar la propiedad y no el patrimonio en general, en ese sentido, ante un daño se estimaba el valor de la *res*¸ sin incluir, por ejemplo, las pérdidas o gastos sufridos por el propietario.

Se podía afirmar que el daño debía ser: existente, que implicaría una disminución constatable en el valor del bien; cierto, que se pueda valorizar la reducción al momento del daño, no incluyendo posibles ganancias o réditos futuros y eventuales; y, por último, debía ser estimable, proveniente del valor de la cosa, no consideraba el daño puramente moral o el valor de la afección de la cosa para el propietario.[704]

Entonces, la sanción por el daño se calculaba inicialmente con base a la *aestimatio rei. P*osteriormente, el criterio interpretativo de los juristas a finales del siglo I d. C. tomó en cuenta el *utilitas* del propietario sobre la cosa dañada para determinar el monto del daño. Esta evolución interpretativa representaría una etapa intermedia entre la *aestimatio rei* y el *id quod interest*.[705]

Este mismo autor explica que el *id quod interest* consistía en un criterio para valorar el daño, en el cual se consideraba la diferencia patrimonial existente entre la situación anterior a la conducta ilícita y la situación posterior a ella. Asimismo, este cambio resulta un punto clave para afirmar que la acción aquiliana estaba optando por una función más resarcitoria que sancionatoria, a diferencia del plebiscito aquiliano.

En atención a lo indicado, el cambio de criterio en la estimación del daño en el derecho romano justinianeo permitió considerar una amplia gama de perjuicios que no solo recaían en el valor real de la cosa dañada, sino que incluyó la disminución en el peculio del afectado.

Con el análisis de cada elemento de la acción aquiliana, se ha buscado mostrar cómo la *Lex Aquilia* fue evolucionando desde sus

[704] *Ibidem*, p. 185.

[705] *Ibidem*, p. 186.

formulaciones iniciales hasta la época de Justiniano, quien recopiló las opiniones de juristas de distintas etapas. Esto evidencia cómo los nuevos casos exigieron interpretaciones que respondieran a las necesidades de su tiempo. Como resultado, la *Lex Aquilia* terminó configurándose de un modo más cercano a lo que hoy entendemos como responsabilidad civil extracontractual: un tránsito desde la protección de la cosa hacia la protección del patrimonio como un todo.

IV. 2. La vía procesal: la actio in factum *o acción por el hecho*

Como se ha mencionado, la actividad del pretor fue fundamental en el desarrollo evolutivo de la responsabilidad aquiliana, ya que permitió ampliar su ámbito de aplicación a supuestos que, en un inicio, no estaban cubiertos por la acción directa. De este modo surgieron las denominadas acciones residuales: la *actio utilis* y *actio in factum,* las cuales no solo respondían a la necesidad de cubrir estos vacíos normativos, sino que también se alineaban con la función resarcitoria que comenzaba a perfilarse en la responsabilidad aquiliana, a partir de la labor interpretativa de los juristas.

Estas acciones residuales se presentaban, principalmente, ante dos situaciones: primero, cuando el afectado no era propietario de la cosa afectada, y segundo, cuando el supuesto no cumplía alguno de los elementos clásicos de la responsabilidad aquiliana.

Sobre el primer supuesto, la ampliación de la legitimación activa, es pertinente recalcar que el plebiscito de Aquilio pretendía dar un mecanismo de protección a los *dominus* de las cosas dañadas injustamente, ya que, en ese entonces, la tutela se daba solo si la cosa existía y estaba en posesión de un tercero, para ello, contaban con la *rei vindicatio* y *condictio.*[706]

[706] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex…, op. cit.,* p. 187.

En consecuencia, solo el *dominus* o propietario estaba legitimado para accionar la responsabilidad aquiliana, lo que excluía a otros sujetos con otro tipo de relación con la cosa. Ante esa limitación, la actividad pretoriana permitió extender la tutela a sujetos que no contaban con el *dominus,* como el usufructuario, acreedor pignoraticio y al titular de una servidumbre, e incluso a quienes tenían derechos personales o interés legítimo en la cosa dañada, como el colono o el comodatario.[707, 708]

En cuanto a la segunda situación, la ampliación de la tutela aquiliana se daba en aquellos casos en los que el daño no resultaba de las conductas previstas en los verbos típicos del primer y tercer capítulo de la ley (*occidere, urere, frangere, rumpere*), o no cumplía con el criterio del *corpore suo datum*.[709]

Estas dos situaciones fueron tuteladas por medio de la *actio utilis* y la *actio in factum.* No obstante, la doctrina romanista ha debatido si existió una distinción entre ambas. No obstante, siguiendo la hipótesis de Ziliotto, la *actio in factum* era una acción pretoriana concedida para casos concretos no previstos en el edicto del pretor ni en ninguna acción preexistente. En cambio, la *actio utilis* derivaba de una acción ya existente y se utilizaba para adaptarla al nuevo supuesto por medio de una analogía.[710]

Ahora bien, estas acciones no eran excluyentes entre sí sino que actuaban en planos distintos: mientras que la *actio utilis* se refería a la forma de adaptar los casos sea una *fictio* o formula *in factum concepta*, la *actio in factum* aludía al origen procesal de la acción,

---

[707] AEDO BARRENA, C. (2011). La ampliación de la legitimación activa en la *Lex Aquilia,* a través de las acciones *in factum* y útiles. *Revista General de Derecho Romano*, (17).

[708] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex…, op. cit.,* p. 188.

[709] *Ibidem*, p. 188.

[710] *Ibidem*, p. 189 y ss.

esto es, si provenía del decreto del pretor o si estaba contemplada en su edicto anual. Por tanto, concluye que ambas acciones eran complementarias debido a que una misma acción podía ser *utilis* e *in factum* al mismo tiempo.

Por otro lado, Aedo Barrena (2011)[711] expone tres tendencias doctrinales sobre la diferenciación de las acciones. En la primera, las diferencia señalando que la *actio utilis* amplía la legitimación activa, mientras que la *actio in factum* extiende el ámbito material, considerando supuestos como los daños mediatos. En La segunda las equipara, afirmando que la *actio utilis* se configura mediante una *fictio* y la *in factum* se circunscribe en las *in factum concepta.* La tercera postura que suscribe el autor, basada en un análisis histórico, postula que para la época de Justiniano se produjo una sustitución de la *actio utilis* por la *actio in factum,* de modo que esta última pasó a ser la única acción residual.

Podría concluirse que, en la época de Justiniano, tras un largo recorrido interpretativo de los jurisconsultos y la actividad pretoriana la responsabilidad aquiliana podía ejercitarse por vía directa o mediante la acción por el hecho (*actio in factum*).

Antes de pasar al siguiente punto es conveniente precisar que el estudio de los romanistas revela ciertas contradicciones en las respuestas de los juristas, por ejemplo, en un caso donde un objeto se pierde porque se cayó a una fuente de agua se concede la acción por el hecho en D. 19. 5. 23 [25. V. 24. H.] pero en otro caso similar se opta por la acción directa en D. 9. 2. 27. 21.

Ante este problema, Aedo Barrena (2015)[712] plantea tres lecturas interpretativas. Para efectos de esta investigación importa la tercera, según la cual la culpa permite determinar la acción que corresponde ante los daños. Siendo que, si un sujeto actúa con culpa e inicia

[711] AEDO BARRENA, *La ampliación…, op. cit.*

[712] AEDO BARRENA, *La cuestión…, op. cit.,* p. 63.

el curso causal (dominio del hecho), entonces se aplica la acción directa, pero si inicia el curso causal y no hay culpa o no inicia el curso causal, pero el sujeto estaba en posición de evitarlo (deber de cuidado), entonces correspondía la acción por el hecho.

Agrega que la lectura de los casos examinados le permite destacar un criterio común: el análisis del daño debe comenzar evaluando la conducta del agente, es decir, la existencia de culpa, antes de proceder a evaluar la relación de causalidad.

En síntesis, para determinar qué mecanismo procesal se podía accionar ante un supuesto de daño injusto al patrimonio de un sujeto corresponde analizar la conducta del agente y si no cumplía con los elementos primigenios de la *Lex Aquilia*.

IV. 3. La tutela de la immissio *en la* Lex Aquilia

El problema que inició esta investigación fue determinar si el sujeto afectado por una inmisión no permitida, que ocasionaba daño a su patrimonio, podía encontrar tutela en la responsabilidad aquiliana.

Para dar respuesta a esta interrogante resulta necesario analizar un caso en concreto. Si bien problema de la fábrica de quesos constituye el caso paradigmático para la *immissio* y trataba sobre una intromisión de humo, es conveniente examinar el fragmento de D. 9. 2. 49 pr, en el cual también se aborda este supuesto.

En dicho fragmento se presenta la siguiente hipótesis: A genera humo que llega al predio de B, causando la huida o muerte de las abejas que se encontraban allí. En principio, podría cuestionarse si la muerte de las abejas o pérdida de ellas podría ser considerado como un menoscabo en el patrimonio de B. Al respecto, *Institutas* 2. 1. 14 explica que las abejas son animales salvajes, pero distingue dos situaciones para su protección: primero, si las abejas están en un panal natural dentro del predio de un sujeto y un tercero intenta apropiárselas, dicho acto puede ser impedido alegando que está

invadiendo propiedad ajena; en este caso, se protege el terreno en sí y no a las abejas como tales. La segunda situación es cuando las abejas han sido encerradas en una colmena (producto del hombre), en este caso se consideran como parte del *dominium* de un sujeto, entonces, si se escapan, siguen formando parte de su patrimonio mientras las pueda ver o perseguir. Si esto no es posible, se considera que ha perdido su derecho sobre ellas.

Para el caso planteado, el párrafo no señala la situación exacta de las abejas, pero la referencia a su huida o muerte permite asumir que se trata de la segunda hipótesis, es decir, de abejas contenidas en una colmena, y por tanto parte del patrimonio de B. En consecuencia, B habría sufrido una disminución patrimonial susceptible de ser valorada conforme al criterio del *id quod interest*.

Díaz-Bautista (2012),[713] al analizar la represión de las inmisiones, sostiene que ante una actividad perturbadora del uso y disfrute del bien que ocasiona, además, produce una reducción en el patrimonio de un sujeto, corresponde el remedio de la responsabilidad aquiliana, ya sea mediante la acción directa o la acción de hecho. Entonces, si B ha sufrido un daño será necesario analizar la conducta de A para determinar cuál acción le corresponde, conforme se explicó en el apartado anterior.

La conducta de A podría calificarse como una inmisión que causó un *occidere* o *rumpere* no directo, sin una justificación jurídica válida (por ejemplo, una servidumbre de humo). Además, A podía prever el daño que su actividad generaría, pues era razonable anticipar que el humo llegaría al predio colindante y causaría perjuicio.

Por tanto, al tratarse de una conducta que A podía evitar, y siendo el daño resultado de un curso causal evitable, se concluye que la acción procedente sería la acción por el hecho o *actio in factum*. Así fue como se resolvió en o D. 9. 2. 49 pr, y así también los recoge

[713] DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, *La protección…, op. cit.*

Sánchez Hernández (2018),[714] quien clasifica este caso como parte del grupo de los *actiones in factum.*

Con todo lo expuesto, es posible afirmar que la represión de inmisiones no permitidas contaba con tres mecanismos de tutela la *actio negatoria*, la *uti possidetis* y la responsabilidad aquiliana sea mediante la acción directa o la acción de hecho (*actio in factum*).

Aunque el caso de la fábrica de quesos no abordó expresamente la cuestión de los daños, el análisis evolutivo de la *Lex Aquilia* desarrollado en esta investigación permite concluir que, en la época de Justiniano, los daños producidos por *immissio* sí merecían tutela jurídica, siempre que no fueran permitidos y hubiesen causado un perjuicio económico al afectado.

V. Conclusiones

a) La *immissio* fue una situación frecuente en la sociedad romana y su tutela se desarrolló progresivamente a través de la evolución del concepto del *dominium.* Sin embargo, no toda intromisión era automáticamente reprochable sino que era necesario evaluar el contexto y las circunstancias de los predios colindantes. En ese sentido, por *immissio* no permitida se entiende como aquella intromisión de carácter corporal, derivada de una actividad anormal realizada dentro de los límites de un bien, que por su gravedad afecta el uso y disfrute del bien ajeno, de modo que no puede ser razonablemente tolerada.

b) La tutela ante la *immissio* no permitida podía responder a dos tipos de protección: la protección del uso y disfrute del bien o la

[714] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex.., op. cit.,* p. 188.

protección del patrimonio del afectado. Respecto del primero, si el afectado tenía el *dominium* podía accionar mediante la *actio negatoria;* si solo tenía la *possessio* le correspondía el interdicto *uti possidetis.* Sobre la segunda forma, si la *immissio* producía un daño económicamente valorable procedía la tutela a través de la responsabilidad aquiliana.

c) La *Lex Aquilia* es el antecedente escrito más remoto del derecho de daños en el derecho romano justinianeo, esto no implica que antes no existiera protección frente a daños injustos. Su gran importancia radica en haber unificado criterios dispersos y permitido la evolución conceptual del *damnum iniuria datum*.

d) La labor de los juristas fue fundamental para extender el ámbito de aplicación de la responsabilidad aquiliana, incorporando supuestos como las inmisiones no permitidas, que inicialmente no estaban contemplados en el plebiscito de Aquilio. Asimismo, la actuación de los pretores permitió contar con los mecanismos procesales mediante la acción directa y la acción por el hecho.

e) Frente a un caso de *immissio* no permitida que causaba un perjuicio patrimonial, el análisis debía comenzar por la conducta del sujeto causante del daño, para evaluar si existía culpa y si su comportamiento había generado el resultado lesivo de manera directa o mediata. Solo después de este examen podía determinarse el mecanismo procesal más adecuado: si correspondía la acción directa o si, por el contrario, debía acudirse a la acción residual, como la *actio in factum*, en función del grado de implicación causal y la evitabilidad del daño.

f) Finalmente, puede concluirse que, en la época de Justiniano, el derecho romano reconocía una tutela jurídica amplia frente a

daños producidos por *inmissio*, especialmente cuando estos afectaban el patrimonio del afectado. Así, la responsabilidad aquiliana se consolidó como un instrumento no solo sancionador, sino cada vez más claramente resarcitorio, capaz de adaptarse a nuevas realidades mediante la casuística y la flexibilidad procesal proporcionada por la labor pretoriana y jurisprudencial.

VI. Referencias

AEDO BARRENA, C. (2009). Los requisitos de la *Lex Aquilia*, con especial referencia al daño. Lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero. *Ius et Praxis*, *15*(1), 311-337.

AEDO BARRENA, C. (2011). La ampliación de la legitimación activa en la *Lex Aquilia,* a través de las acciones *in factum* y útiles. *Revista General de Derecho Romano*, (17).

AEDO BARRENA, C. (2015). La cuestión causal en la "Lex Aquilia" y su solución mediante el mecanismo de la culpa. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (37), 37-75.

ALONSO PÉREZ, M. (1983). Las relaciones de vecindad. *Anuario de Derecho Civil*, *36*(2), 357–395.

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. F. (2009). No siendo contra derecho ajeno: Hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro código civil. *Revista Chilena de Derecho*, *36*(3), 467-503.

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. F. (2013). Hacia un concepto de inmisiones en el Derecho Chileno. *Revista Chilena de derecho*, *40*(1), 45-88.

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. F. (2013). Acción de responsabilidad y teoría de las inmisiones. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (40), 53-73.

DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A. (2012). La protección interdictal del dominio público y su influencia en el interdicto de retener. *Revista General De Derecho Romano*, (19).

ESCUTIA ROMERO, R. (2016) Reseña del libro *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano*, de M.ª C. Jiménez Salcedo. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (3), 253-261.

LÁZARO GUILLAMÓN, M. C. (2013) La *actio negatoria* del derecho romano como protección efectiva frente a agresiones ambientales. *Revista General De Derecho Romano*, (21).

MÉNDEZ CHANG, E. (2019). *Introducción al Derecho Romano.* Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, L. C. (2016). De la culpa de la Lex Aquilia del Derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el Derecho civil colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (30), 287-335.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, L. C. (2018). La *Lex Aquilia*: la estructura del *damnum iniuria datum* y su evolución a través de la *interpretatio prudentium* y la actividad pretoria. *Themis. Revista de Derecho*, (73), 165-193.

SCHIPANI, S. (2007). De la *Ley Aquilia* a *Digesto* 9: Perspectivas sistemáticas del Derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual. *Revista de derecho Privado*, (12-13), 263–288.

SOLARTE RODRÍGUEZ, A. (2004). Los actos ilícitos en el derecho romano. *Vniversitas*, *53*(107), 691-746.