

DERECHO PRIVADO Y MEDIO AMBIENTE
HOMENAJE A FERNANDO HINESTROSA

ÓSCAR DARÍO
AMAYA NAVAS

ÁNGELA MARÍA
AMAYA ARIAS

(EDITORES)

**DERECHO PRIVADO
Y MEDIO AMBIENTE**
HOMENAJE A FERNANDO HINESTROSA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Derecho privado y medio ambiente : homenaje a Fernando Hinestrosa / Óscar Darío Amaya Navas y Ángela María Amaya Arias (editores) ; Eduardo del Valle Mora [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017.

577 páginas; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587727579

1. Protección del medio ambiente — Aspectos jurídicos — Roma (Italia) 2. Recursos naturales — Legislación — Colombia 3. Responsabilidad civil — Colombia 4. Medio ambiente — Legislación — Colombia 5. Derecho comercial — Argentina I. Amaya Arias, Ángela María, editora II. Amaya Navas, Óscar Darío, editor III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

346

SCDD 15

Catalogación en la fuente — Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

Julio de 2017

ISBN 978-958-772-757-9

© 2017, ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS Y ÁNGELA MARÍA AMAYA ARIAS (EDS.)

© 2017, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: julio de 2017

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

ÁNGELA MARÍA AMAYA ARIAS	LUCIANO PAREJO ALFONSO
ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS	MILTON PEREIRA BLANCO
EDUARDO DEL VALLE MORA	JULIÁN ANDRÉS PIMIENTO E.
LUIS FELIPE GUZMÁN JIMÉNEZ	MAURICIO PINTO
MARÍA MARTÍNEZ MARTÍNEZ	SERGIO ROJAS QUIÑONES
EDUARDO JOSÉ MITRE GUERRA	ÁNGEL RUIZ DE APODACA ESPINOSA
ISAURA PADILLA CURE	JUAN DAVID UBAJOA OSSO
NATALIA URZOLA GUTIÉRREZ	

CONTENIDO

Prólogo	11
---------	----

Presentación	13
--------------	----

PRIMERA PARTE ANTECEDENTES

Algunas reflexiones sobre la protección de los recursos naturales en Roma. El debate permanente entre lo público y lo privado	21
<i>Oscar Darío Amaya Navas</i>	

SEGUNDA PARTE INSTITUCIONES

Los derechos adquiridos frente a la protección del medio ambiente: análisis de dos casos puntuales	53
<i>Ángela María Amaya Arias</i>	

La problemática emanada de la prohibición absoluta de venta de predios privados que han sido cobijados por parques naturales a alguien diferente al estado colombiano. Una posible solución desde el ángulo del derecho privado	93
<i>Luis Felipe Guzmán Jiménez</i>	
<i>Juan David Ubajoa Osso</i>	

Medio ambiente y legislación civil: repensando las servidumbres ambientales en la legislación colombiana	131
<i>Milton Pereira Blanco</i>	
<i>Isaura Padilla Cure</i>	

Derecho ambiental contractual: la debida diligencia legal ambiental, el clausulado ambiental y sus efectos en las transaccionales comerciales	163
<i>Eduardo del Valle Mora</i>	

TERCERA PARTE RESPONSABILIDAD

Responsabilidad por daños al ambiente ante la falta de certeza del nexo causal: análisis de su impacto según la jurisprudencia contencioso administrativa	215
<i>Natalia Urzola Gutiérrez</i>	

De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana. Aplicación particular en la responsabilidad civil ambiental	263
<i>Sergio Rojas Quiñones</i>	

La responsabilidad del Estado por limitaciones ambientales a la propiedad privada	333
<i>Julián Andrés Pimiento E.</i>	

CUARTA PARTE
EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

Límites a la autonomía de la voluntad de los propietarios de terrenos en espacios naturales protegidos	377
<i>María Martínez Martínez</i>	

Espacio marítimo-terrestre y cambio climático. Un paso atrás en la garantía constitucional de su protección	415
<i>Luciano Parejo Alfonso</i>	

La declaración de suelo contaminado, procedimiento y obligación de saneamiento en el derecho español	459
<i>Ángel Ruiz de Apodaca Espinosa</i>	

La incidencia del nuevo Código Civil y Comercial de Argentina en el régimen ambiental	491
<i>Mauricio Pinto</i>	

La constitucionalización de los principios del derecho ambiental en la jurisprudencia panameña. Un legado del Código Civil, renovado a la luz del constitucionalismo de los derechos	533
<i>Eduardo José Mitre Guerra</i>	

Los autores	573
-------------	-----

Tengo la inmensa fortuna de presentar el libro “Derecho privado y medio ambiente”, compilado y editado por los doctores Ángela Amaya Arias y Óscar Darío Amaya Navas, quienes proyectaron esta obra como un homenaje al Rector Fernando Hinestrosa en el quinto aniversario de su fallecimiento.

Este tributo a la memoria del Rector fue apoyado por investigadores de la Universidad Externado así como de otras universidades aliadas, y es fiel reflejo de nuestra admiración al legado del Dr. Hinestrosa y a sus múltiples enseñanzas académicas y humanas, las cuales han inspirado permanentemente nuestros objetivos académicos, profesionales y personales.

La gratitud del Departamento de Derecho del Medio Ambiente con el Rector Hinestrosa es excepcional y permanente, porque con su visión prospectiva tuvo claro que los asuntos jurídico ambientales merecían un tratamiento especializado, y consecuentemente puso en marcha las herramientas necesarias para que este Departamento se desarrollara con autonomía. Del mismo modo, nuestro encomio a su labor es incondicional por cuanto quienes tuvimos la oportunidad de compartir con él las ilusiones de crecimiento y expansión pudimos contar con su apoyo y guía inquebrantables.

En cada una de las actividades académicas, de las obras monográficas y de las colecciones construidas al interior del Departamento, es posible identificar la huella de nuestro Rector. El trabajo constante, la independencia, el reconocimiento de los principios ideológicos, éticos y cívicos, el entender que se debe ser radical frente a la injusticia y la corrupción, y que los esfuerzos académicos generan recompensas, son principios que construyen el ADN externadista y, por supuesto, son líneas fundantes del Departamento de Derecho del Medio Ambiente.

El libro que el lector tiene en sus manos es fruto genuino de esos principios basales, por cuanto el proyecto de investigación que lo gestó fue construido por dos externadistas cuya brillante carrera se ha cimentado siguiendo los procesos de formación de profesores e investigadores que imaginó Hinestrosa. Reitero mi felicitación y reconocimiento a los doctores Ángela Amaya Arias y Óscar Darío Amaya Navas, quienes realizaron una edición rigurosa de los textos compilados y redactaron con solvencia investigativa sus aportes a esta obra colectiva.

Del mismo modo, mi reconocimiento para todos los investigadores que aceptaron la invitación a escribir y remitieron sus artículos, así como a los

pares académicos que revisaron los textos y que avalaron este documento como un libro de investigación. Igualmente, y en nombre del Departamento de Derecho del Medio Ambiente, mi agradecimiento al Departamento de Publicaciones por su excelente labor en la corrección de estilo y diagramación de esta obra, y al Rector Juan Carlos Henao por continuar con la labor y legado del Dr. Hinestrosa y, sobre todo, por seguir avanzando en esta línea ascendente.

María del Pilar García Pachón

Directora

Departamento de Derecho del Medio Ambiente

Universidad Externado de Derecho del Medio Ambiente

Han pasado apenas cinco años desde la partida del doctor Fernando Hines-trosa y se siguen realizando homenajes en su memoria. Este ejercicio académico, promovido desde el Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia, ha sido construido con la misma intención, la de recordar al profesor, al Maestro, al rector, al visionario. Y para acometer con éxito esta tarea nos ha acompañado una lista de profesores e investigadores nacionales y extranjeros, que quisieron sumarse a este sencillo homenaje desde la esquina ambiental de nuestra Casa de Estudios. A ellos nuestra gratitud.

Sea lo primero resaltar que se ha considerado oportuno proponer este homenaje académico en el quinto aniversario de fallecimiento del rector Hinestrosa con una publicación que recogiera una serie de artículos sobre temas comunes al derecho privado y al derecho del medio ambiente, ramas de la ciencia jurídica que apoyó con generosidad y grandeza. Se trataba de propiciar un dialogo académico en un escenario de confluencia de las dos ramas del derecho, en evocación de un Maestro sensible por el medio ambiente, pero ajeno a los fundamentalismos que rechazaba. El resultado está al alcance y nos deja con sentimientos de deber cumplido.

Las primeras gestiones del doctor Hinestrosa en temas de protección jurídica de los recursos naturales se remontan a las conferencias de los años sesenta a las que fue convocado como directivo de las universidades privadas del país, conforme nos lo confesó a propósito de la conmemoración de los primeros treinta años del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables (Dcto. 2811 de 1974), evento que se realizó en octubre de 2004 en la sede de la Universidad. Precisamente, fue el Externado, por decisión de su rector magnífico, una de las sedes oficiales en 1974 de las deliberaciones para la discusión del código ambiental, como lo ha ratificado una buena parte de los redactores.

Muchos años después, en 1997, facilitó la visita del profesor Óscar Darío Amaya a Vigo (España), con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional, para explorar las ofertas académicas pertinentes y empezar a construir una plataforma propia desde el Externado en materia de derecho del medio ambiente. El resultado de esa visita se plasmó en una propuesta que fue presentada al Ministerio de Educación con el inédito rótulo de “Especialización en Derecho del Medio Ambiente”, programa que inició actividades en febrero de 1998.

Desde entonces se fortaleció el programa con intercambios académicos internacionales (universidades de Zaragoza, de Mendoza, de Dundee, entre otras), se creó el Centro de Investigaciones en Derecho del Medio Ambiente, se propuso y se logró la aprobación de la Maestría en Derecho de los Recursos Naturales, se promovió la formación doctoral de profesores de la universidad y de otros destacados centros académicos, se diseñaron diferentes líneas de investigación que han desembocado en jornadas ambientales internacionales y en más de setenta títulos bibliográficos, de gran orgullo para el equipo que integra esta unidad académica. Muchas y variadas realizaciones han posicionado al Externado a la vanguardia nacional e iberoamericana en temas de derecho del medio ambiente. Y lo expresamos con modestia pero con orgullo y satisfacción.

Esta sensación de deber cumplido y de retos por conquistar nos impone la obligación de recordar con gratitud a Fernando Hinestrosa quien, desde que estaba apenas en fase de gestación, apoyó esta causa avizorando lo que se venía con esa novedosa y sorpresiva oferta académica.

Lo recordamos, también, compartiéndonos recortes de prensa, citas bibliográficas, folletos obtenidos en sus múltiples viajes que referenciaban un curso, un seminario, una publicación sobre el tema ambiental, una columna de opinión, etc., etc. Y también lo evocamos, cómo no, al recordar cuando explorábamos su consejo y decisión ante ofrecimientos laborales en el sector público ambiental, derivados del ejercicio profesional y de la actividad académica.

Lo tenemos muy presente, hay que decirlo, cuando también era necesario tomar distancia de gobernantes y de modelos fundamentalistas que se apartaban del sentido racional y moderado del desarrollo sostenible, credo jurídico ambiental en el que fuimos formados por el doctor Hinestrosa. Respeto y protección rigurosa de los recursos naturales, en escenarios compatibles con el desarrollo social, económico y ambiental del país y de sus gentes.

No es menos importante resaltar la tarea acometida por el Maestro para preservar el entorno en la sede de Egipto del Externado. Muchos sábados lo encontramos tomando medidas y haciendo apuntes para la siembra de los jardines de nuestra Casa de Estudios, cuidando cada semilla con amor propio, convencido como estaba del fruto que estaba por venir.

En esta ocasión la obra que le rinde homenaje se ha dividido temáticamente en cuatro partes. La primera, sobre *Antecedentes*, la compone el artículo del investigador Óscar Darío Amaya Navas, donde se hace un análisis histórico

de los antecedentes romanos con respecto a la regulación de las instituciones medioambientales, y se profundiza en el régimen jurídico de algunos de los recursos naturales (el árbol, el agua, la minería y el uso del suelo).

La segunda sección, *Instituciones*, analiza la forma en que las instituciones tradicionales del derecho privado se han visto afectadas o transformadas por la función de protección ambiental del derecho. Al respecto el artículo de la investigadora Ángela María Amaya Arias expone la forma en que la tradicional figura de los derechos adquiridos, emblema de la garantía del derecho de propiedad, se ha visto afectada o modificada por decisiones encaminadas a proteger el medio ambiente y los recursos naturales, abordando el estudio de dos casos particulares de especial interés y actualidad: el caso de los Cerros Orientales de Bogotá, y el caso de los títulos mineros expedidos en zonas excluidas de la minería.

Tal vez una de las instituciones que más se ha visto transformada por la protección ambiental es la propiedad privada. Ese es el enfoque del artículo de los jóvenes investigadores Luis Felipe Guzmán Jiménez y Juan David Ubajo Osso, en el que abordan la prohibición absoluta de venta de predios privados que han sido cobijados por parques naturales a alguien diferente al Estado colombiano, y sus secuelas sobre el derecho de propiedad privada de los dueños de dichos predios, para finalmente poner de presente una solución que puede ser viable frente a las secuelas aludidas.

A continuación, el artículo de Milton Pereira Blanco e Isaura Padilla Cure tiene por objetivo determinar si el régimen de servidumbres de que trata la legislación ambiental colombiana cumple con el objeto de una legislación de esta naturaleza o si, por el contrario, las servidumbres ambientales son instituciones reguladas bajo el objeto de la legislación civil.

Esta parte la cierra el artículo del investigador Eduardo del Valle Mora quien presenta los principales debates en materia de responsabilidad ambiental frente a los negocios comerciales, y analiza los aspectos relevantes de la debida diligencia legal ambiental, de la negociación de las cláusulas ambientales en los acuerdos comerciales y de los efectos en la responsabilidad ambiental de la venta de activos (venta de establecimientos de comercio), venta de sociedades, fusiones y escisiones de sociedades.

No podía faltar un estudio detallado de la *Responsabilidad*, tema que se aborda en la cuarta parte de la obra. Se inicia con el artículo de Natalia Urzola, quien presenta una síntesis de su Monografía de grado de la Maestría en Responsabilidad Contractual y Extracontractual civil y del Estado rea-

lizada en la Universidad. Este estudio analiza la responsabilidad por daños al ambiente ante la falta de certeza del nexo causal según la jurisprudencia contencioso administrativa.

El aporte de Sergio Rojas Quiñones aborda la problemática de la causalidad adecuada y de la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana, desde una aplicación particular en la responsabilidad civil ambiental, buscando resultados más acordes con la noción de justicia que subyace a la responsabilidad civil, que son especialmente aplicables en materias controversiales, como la causalidad en la responsabilidad civil ambiental.

Para finalizar esta parte, el artículo de Julián Andrés Pimiento trata el tema de la relación íntima entre la propiedad privada y el medio ambiente a la luz de la posible declaratoria de responsabilidad del Estado, haciendo especial énfasis en los efectos expropiatorios de las decisiones administrativas ambientales que afectan la propiedad privada.

Por último, la quinta parte de la obra presenta algunas *experiencias internacionales*, y se inicia con un examen de los diferentes aspectos del derecho español. María Martínez analiza en su artículo los límites a la autonomía de la voluntad de los propietarios de terrenos en espacios naturales protegidos en el ordenamiento español.

A continuación, el artículo del profesor Luciano Parejo Alfonso presenta el retroceso sufrido recientemente por el régimen jurídico de los bienes integrantes del espacio marítimo-terrestre, identificados directamente por la Constitución española y declarados por ella dominio público natural.

Cierra el aporte español la investigación del profesor Ángel Ruiz de Apodaca sobre la declaración de suelo contaminado, y el procedimiento y obligación de saneamiento en el derecho español.

El aporte latinoamericano lo representa, en primer lugar, Mauricio Pinto, quien analiza la incidencia del cambio de la legislación civil en el régimen ambiental argentino, atendiendo a la incorporación de contenidos sobre derechos de incidencia colectiva y protección ambiental. En segundo lugar, y cerrando la obra, el artículo de Eduardo José Mitre Guerra aborda algunos principios del derecho ambiental, desde su origen y fundamentación como “reglas generales del derecho” en el Código Civil, hasta su reconocimiento en la jurisprudencia como parámetros de control de la legalidad y como herramientas de protección de los derechos fundamentales.

A todos los autores, nuestro más sincero agradecimiento por sumarse a este sencillo homenaje de gratitud al Rector en los primeros cinco años de

su partida, el cual tiene un contenido estrictamente académico, y por eso escogimos la temática compartida del derecho privado y el medio ambiente para recordarlo con gratitud y aprecio.

Bogotá, 19 de enero de 2017

Óscar Darío Amaya Navas

Ángela María Amaya Arias

PRIMERA PARTE
ANTECEDENTES

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

*Algunas reflexiones sobre la protección
de los recursos naturales en Roma. El debate
permanente entre lo público y lo privado*

SUMARIO

Introducción. I. Distinción entre el derecho público y el derecho privado romano con respecto a la regulación de las instituciones medio ambientales. II. Aproximación al concepto general de derecho ambiental en Roma. III. El régimen jurídico romano de algunos de los recursos naturales. 1. Aspectos básicos. 2. Régimen jurídico. a. El árbol. b. El agua. c. La minería. IV. Breves consideraciones sobre el uso del suelo en Roma. v. El papel del Pretor frente a los asuntos ambientales. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN

Como en todo estudio jurídico continental, es necesario buscar los antecedentes de nuestro sistema en el derecho romano, y la protección jurídica ambiental no puede ser la excepción. Por lo anterior, este artículo se inicia con el análisis de la distinción entre el derecho público y el derecho privado romano con respecto a la regulación de las instituciones medioambientales. Posteriormente se construye un concepto general sobre el derecho ambiental en Roma, se profundiza en el régimen jurídico de algunos de los recursos naturales (el árbol, el agua, la minería y el uso del suelo), para concluir con la participación del pretor en la problemática ambiental de convivencia.

INTRODUCCIÓN

Nada más retador, al comienzo de una aventura académica de contenido histórico, que diseñar en la mente la hoja de ruta de la tarea a seguir. Es el momento de la incertidumbre, de la página vacía, del índice por diseñar. Y sí que resulta incierto avocar el conocimiento de una “nueva” rama del derecho de gran contenido contemporáneo, para luego cotejarla con una de las herramientas más tradicionales del aprendizaje jurídico como es el derecho romano.

Esas son las sensaciones con las que nos hemos propuesto modestamente esbozar algunas reflexiones sobre la protección de algunos de los recursos naturales en Roma.

Para el logro de dichos objetivos se aborda, en primer lugar, el análisis de la distinción entre el derecho público y el derecho privado romano, con respecto a la regulación de las instituciones medioambientales. Posteriormente

se construye un concepto general sobre el derecho ambiental en Roma, se profundiza en el régimen jurídico de algunos de los recursos naturales (el árbol, el agua, la minería y el uso del suelo), para concluir con el análisis de la participación del pretor en la problemática ambiental de convivencia.

Se trata de crear una discusión académica alrededor del tratamiento que le da el derecho romano al entorno, a los recursos naturales, desde el punto de vista sustancial y procesal¹.

I. DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO ROMANO CON RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LAS INSTITUCIONES MEDIO AMBIENTALES

Describir la existencia y la utilidad de la *summa divisio* creada en el derecho romano resulta una tarea factible y sumamente enriquecedora debido a las innumerables fuentes del conocimiento recogidas a través del tiempo, desde la caída del imperio romano de occidente hasta la actualidad, la cual marcó la historia jurídica de la humanidad de manera transversal, puesto que fue uno de los antecedentes esenciales del Estado moderno.

Es pertinente precisar que durante la vigencia del imperio romano se otorgó gran valor a la concepción privada de las cosas, como ocurrió, por ejemplo, con el caso de la propiedad, teniendo muy presente las formas de adquirir el dominio, la explotación y el usufructo, así como también los pactos y contratos generados entre ciudadanos, lo cual no significa que no hubiera existido una regulación de las instituciones del derecho público durante la vigencia del imperio. Muestra de ello eran, por mencionar solo dos casos puntuales de carácter obligatorio, el derecho de los ciudadanos romanos a votar en los comicios y el censo, caso en el cual, si un ciudadano romano no se inscribía, entraba inmediatamente en estado de esclavitud.

Desde hace varios siglos se ha tratado de distinguir entre el interés general y el individual, a la vez que generar un equilibrio entre ellos, lo cual, por cierto, es difícil, pues en muchas ocasiones chocan entre sí, tal como lo

¹ Se agradece el apoyo prestado para la elaboración de este artículo por los profesionales JESÚS ARMANDO SARMIENTO PUENTES, DANIEL FELIPE DIEZ FLÓREZ, CAMILO ANDRÉS RODRÍGUEZ YONG y CONSTANZA BEJARANO RAMOS, quienes contribuyeron con la búsqueda y consecución de material de investigación.

menciona Cortés Moncayo (2013, p. 339). Sin embargo, tanto el derecho público como el privado son ordenamientos esenciales que le permiten a la sociedad desarrollarse de forma correcta, puesto que el individuo debe siempre trabajar tanto la esfera individual como la social, las cuales no son excluyentes entre sí.

Fue Ulpiano quien primero señaló esta clasificación, fuente que podemos ubicar en el *Digesto* y en las instituciones de Justiniano², cuyo objetivo sencillamente era observar si el efecto y la finalidad de una norma jurídica eran de interés general o de interés particular. Aunque no solo se encuentran como fuentes las anteriormente mencionadas, se puede citar como ejemplo también a Marco Tulio Cicerón quien a su turno se ocupó de la materia señalando dos conceptos importantes³, a saber: *ius publicum*, “... donde se refiere a los actos emanados del Estado, los cuales son un conjunto de normas de carácter general que no pueden ser desconocidas por los privados...”⁴, y *ius privatum*, “... es el derecho que encuentra su origen en los actos o negocios jurídicos de los particulares...” (Cortés Moncayo, 2013, p. 42). En razón de lo anterior se puede afirmar que, a diferencia del derecho público, el derecho privado tiene su origen en la autonomía de la voluntad y sus pautas pueden ser moldeadas por acuerdos privados.

La clasificación mencionada surgió gracias al avance de la jurisprudencia de la época, la cual se vino a escribir varios siglos después, porque al momento de su creación solo se contaba con la Ley de las XII Tablas, que en uno de sus pasajes señala que *fons omnis publici privatis iure*⁵, esto es, “como fuente de todo lo público y lo privado”.

Dicha clasificación vino a tener relevancia con el acaecimiento del derecho moderno, el cual sentó sus bases sobre los principios del *iusnaturalismo*, nociones que se vieron plasmadas en las distintas codificaciones, ante lo cual diversos autores como Nicolás Maquiavelo dieron nacimiento a la idea de un poder soberano y de organización de la sociedad, a partir de la cual se creó el Estado como figura vital del derecho público, tal como lo recuerda Cortés Moncayo (2013, p. 42).

2 *Digesto* I.1.2; Inst. I.1.4.

3 Cíc. De Orat. 130.

4 D. 2.14.38: “El derecho público no puede ser alterado por pactos de particulares”.

5 Liv. 3.34.6.

La anterior evolución histórica nos exhorta a reflexionar sobre lo siguiente: ¿en esencia, qué representan el derecho público y el derecho privado dentro del derecho romano? Siguiendo a Iglesias Redondo,

... *publicus* es el término expresivo de lo que pertenece al *populus*, a la comunidad ciudadana, a la *civitas* o estado; *privatus*, lo que pertenece al *privus*, es decir al particular, se habla verbigracia de *res publicae* y *res private*, de *utilitas pública* y *utilitas privada*... (1999, p. 60).

Y, luego señala,

[...] *Ius publicum* es el derecho emanado de los órganos estatales. Está integrado por las normas que derivan de las XII Tablas⁶, o de otras *leges publicae*, como la *lex falcidia* y la *lex papiria*, de los *senatus consulta* y, en la época imperial, de las *constitutiones* [...] (1999, p. 60).

Todo lo cual determina la estructura, la actividad, la organización y el funcionamiento del *status rei romanae* y, por ende, define la organización política y administrativa de todo el imperio⁷.

En su momento Ulpiano lo definió así: "... Derecho público es el que atañe al gobierno de la República"⁸, pensamiento compartido por Marco Tulio Cicerón cuando dijo que son *pública iure* "... los propios de la ciudad y del imperio..."⁹. Este concepto de derecho público en Roma se dio a conocer a finales de la República y se diferenciaba del *ius privatum* por su contenido, puesto que se dejó el primero a la jurisprudencia, que consistía en la interpretación del derecho¹⁰; pero la consolidación del *ius publicum* se dio con el Principado, gracias al papel que jugaron las constituciones imperiales¹¹.

6 *Digesto* 26.7.5.7; *Digesto* 35.2.1 pr.; *Digesto* 39.2.18.1

7 D. 1.2.2.12.

8 D. 1.1.2.

9 CICERÓN. De Orat. 1.46.201.

10 D. 1.2.2.12. "Ius civile in sola prudentium interpretatio neconsistit".

11 D. 1.1.1.2. ULPIANO: "El derecho puede considerarse en dos aspectos, el público y el privado. El derecho público es el que atañe al gobierno de la República; privado, el que vela por los intereses de los particulares, pues hay cosas de utilidad pública y otras de interés privado. El derecho público y el derecho privado. El derecho público consiste en el ordenamiento referente a la religión, al sacerdocio y a las magistraturas. El derecho privado es tripartito, pues está recogido en preceptos naturales, de derecho de gentes y civiles".

Ulpiano en sus escritos no busca crear una dualidad de derechos antagónicos¹², solo señala dos posiciones, el individuo y el pueblo,

... de una parte, la comunidad; de otra, el individuo. La norma jurídica considera, en primer término, a la comunidad, como ser colectivo, como sujeto primario del íntegro ordenamiento; considera también al individuo, atribuyéndole una órbita de poder merced a la cual le sea dable, en determinados casos y dentro de fijados límites, desenvolver propios afanes y satisfacer particulares exigencias... (Iglesias Redondo, 1999, p. 61).

Para Fernández de Buján, retomando a Ulpiano, el derecho público es el que se refiere a la organización jurídica de la sociedad romana, y el derecho privado es el que se refiere a la utilidad y las relaciones entre los particulares (2013, p. 23). Destaca este autor un pasaje del *Digesto* en el que se señala que el derecho público "... no puede ser alterado por los pactos de los particulares..."¹³, de ahí que se afirme que las normas de *ius publicum* son de orden público, sin desconocer que los particulares se puedan reglar bajo sus propios esquemas (Iglesias Redondo, 1999, p. 61); por su parte "... las normas de derecho privado son por regla general, facultativas o dispositivas, es decir que depende de la voluntad de las partes su aceptación o no" (Fernández de Buján, 2013, p. 23).

En razón de lo anterior es posible considerar que la existencia de una regulación, en cuanto a instituciones medioambientales, fue un asunto de derecho público en Roma, gracias a que regularizó la vida urbana y la organización jurídica de la sociedad romana; pero esta concepción tampoco fue excluyente de aspectos del derecho privado, porque en últimas eran las personas individualmente concebidas quienes hacían uso de dichos recursos, por lo que se generó la necesidad de establecer límites y mecanismos para su custodia. Por ser un asunto de interés general no debe perderse de vista que la protección de los recursos naturales estuvo radicada en cabeza del edil o pretor, quien obraba a través de interdictos, incluso mediante el uso de la fuerza pública.

¹² No son derechos que estén en distintas orillas, sino que por el contrario se complementan entre sí.

¹³ D. 2.14.38; D. 11.7.20 pr.

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO GENERAL DE DERECHO AMBIENTAL EN ROMA

Es importante reconocer que el derecho romano fue fructífero en llenar de protección jurídica buena parte de las relaciones entre particulares desde la perspectiva del derecho civil, del derecho comercial o, inclusive, desde el mismo derecho penal.

En materia ambiental el asunto es diferente. La historia del derecho romano nos impide afirmar que haya existido una definición precisa del concepto de “medio ambiente”, pero juristas comprometidos con el tema, como Ruiz y Albuquerque, se atreven a avanzar en la ciencia jurídica correspondiente al señalar que

... efectivamente, no hablamos en puridad de un derecho del medio ambiente, sino de un derecho de protección medio ambiental [puesto que] el derecho ambiental es aquella rama del derecho administrativo que proporciona el sistema conceptual para la comprensión y el desarrollo de la función pública de protección del medio ambiente, es decir, el conjunto de normas reguladoras de la función pública administrativa de la protección de los recursos naturales...

Dicho lo anterior, y sin llegar a errar en lo expuesto, aunque

[...] no podemos hablar de un derecho ambiental romano (al igual que no podemos hablar de un derecho administrativo romano desde el punto de vista dogmático-técnico) sí que podemos afirmar la existencia de una experiencia administrativa romana de protección de los recursos naturales [...] (2011, p. 409).

Como se verá, lo que sí produce el derecho romano son herramientas para proteger individualmente algunos de los recursos naturales, como es el caso del agua y de la tierra, en particular.

La pregunta que surge a continuación es, ¿quiénes podían hacer uso de los recursos naturales? Es preciso responder este cuestionamiento expresando que en Roma, y según registra Gayo en sus *Institutas*, “[...] todos los hombres son o bien libres, o bien esclavos”¹⁴, advirtiendo que la “libertad, de la

14 G. Inst. 1.9.

que viene la denominación de libres, es la natural facultad de cada cual para hacer lo que le plazca, a no ser que por la fuerza o por la ley se le prohíba”¹⁵.

Resuelto lo anterior, se puede inferir que en Roma las personas que lograban hacer uso de todos los componentes que envolvía el medio ambiente debían ser, en primer lugar, personas libres, y sus actos estar enmarcados dentro de la legalidad, ya que ello implicaba la posibilidad de ser sujetos de derechos y aptos para contraer obligaciones, pero teniendo como excepción el tema de los baños públicos, a los cuales podían acudir esclavos, mujeres y niños, y en segundo lugar, ostentar la calidad de ciudadanos, cualquiera que hubiera sido la forma de obtenerla¹⁶.

Ahora bien, en cuanto a las obligaciones, los sujetos debían exhibir una serie de comportamientos propios de cuidado, mantenimiento y precaución de los recursos naturales, y guardar consonancia con el respeto a las buenas costumbres y la ley. Estaban, entonces, en la obligación de no contaminar los lagos, las cañerías, las aguas o los pozos donde la hubiera¹⁷, so pena de caer en injuria como delito extraordinario¹⁸; de cancelar los tributos por el uso de la tierra; de respetar los lugares públicos; de no causar perturbación alguna a otra persona como, por ejemplo, generar malos olores, teniendo los sujetos pasivos de estos comportamientos los mecanismos para defenderse, como se analizará adelante.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO ROMANO DE ALGUNOS DE LOS RECURSOS NATURALES

I. ASPECTOS BÁSICOS

Antes de entrar a considerar la perspectiva ambiental de los bienes en Roma conviene precisar el alcance de los conceptos básicos. Como lo recuerda Petit, la palabra *res* tiene un sentido tan amplio como el que corresponde a

¹⁵ I. 1.3.1

¹⁶ G. Inst. 1, 28

¹⁷ D. 43.24.11: “Dice Labeón que el que hubiere vertido alguna cosa en el pozo del vecino para corromper el agua está sujeto al interdicto de lo que se hizo violenta o clandestinamente; porque el agua viva es considerada porción del campo, a la manera que si hubiese hecho alguna obra en el agua”.

¹⁸ D. 47.11.1.1: “[...] hubiere emporcado aguas, cañerías, o lagos, o hubiere contaminado alguna otra cosa en injuria del público; a los cuales se los suele castigar gravemente”.

la palabra *cosa* en nuestro lenguaje; comprende todo lo que puede procurar a las personas alguna utilidad. Según las Instituciones de Justiniano, las cosas se clasifican en dos categorías: las que están colocadas *fuera del patrimonio de los particulares*, es decir que por su naturaleza no son susceptibles de apropiación individual, por ejemplo, las pertenecientes a una nación o a una ciudad, o ciertas cosas que pueden ser apropiadas, pero de las cuales nadie se ha apoderado todavía, y a esa clase pertenecen las que nunca fueron ocupadas por persona alguna (animales salvajes en libertad, corales en el mar, piedras preciosas, *in litore maris*, etc.), y las que después de haber tenido dueño fueron abandonadas por él (*res derelictae*); las otras, por el contrario, forman parte del *patrimonio de los particulares* (Petit, 1997, p. 165). Como se ha dicho desde el comienzo, se trata de un debate permanente entre lo público y lo privado, pero ahora desde la teoría de los bienes.

En otro orden de ideas, en términos de Petit (1977, p. 165), las cosas también se dividen en *res divini juris* y en *res humani juris*, lo cual significa que las cosas de *derecho divino* están consagradas a los dioses y sometidas a las autoridades de los pontífices y que las *cosas de derecho humano* escapan a dicha consagración. Para Gayo esa es la división capital de las cosas y es también verdaderamente la más antigua, a causa de la influencia que la religión y los pontífices ejercieron sobre el Derecho primitivo de Roma; pero a medida que su prestigio disminuía esa división fue perdiendo también su importancia, y si Gayo la cita aún como la principal, en cambio las Instituciones de Justiniano no hablan de ella. Se considera que las cosas *divini juris* pertenecen a los dioses y se colocan bajo su protección; también se las llama *res nullius* porque ningún ser humano puede apropiárselas. Comprende las *res sacrae*, las *res religiosas* y, por extensión, las *res sanctae*¹⁹. Por su parte, las

19 Para el paganismo *res sacrae* son las cosas sagradas, tales como los terrenos, los edificios y los objetos consagrados a los dioses superiores por una ley, un senadoconsulto o una Constitución (GAYO, II, 5); para el cristianismo son las iglesias y los vasos consagrados al culto por los obispos, siguiendo los nuevos ritos. *Res religiosas* son los terrenos y los monumentos unidos a las sepulturas; solo podía haber *res religiosas* en las afueras de las ciudades, porque estaba prohibido, por superstición, más que por razones de salubridad pública, hacer inhumaciones en el interior de las ciudades (CICERÓN Cod. II, 58; PAULO, S. I.21.2). Las *res religiosas* estaban fuera del patrimonio de los particulares y eran inalienables, lo mismo que las *res sacrae*. Las *res sanctae* eran cosas protegidas contra los atentados de los hombres por una sanción penal, se asimilaban a las *res divini juris*, y eran los muros y las puertas de las ciudades, cuya violación conllevaba una pena capital (GAYO, II, 8). Tomado de PETIT. Ob. cit., pp. 166 y 167.