

CAPITULO VIII

La propiedad

§ 48.—Noción y caracteres de la propiedad

Brugi, Ist. § 35; Pacifici, Ist. III, I, págs. 183-234; Chironi, Ist. I, § 127; Filomus, Dir. reali, §§ 40-44, 46-50; Zachariae, Man. I, § 166; Aubry et Rau, Cours. II, §§ 190-192; Planiol, Traité I, número 2.322 y siguientes, 2.529 y siguientes; Windscheid. Pand. I; 2, §§ 167-168 (1).

De las relaciones jurídicas sobre las cosas, la más amplia y la más perfecta es el derecho de propiedad o dominio. Todos los demás derechos reales se distinguen de éste en que mientras en el dominio la cosa se halla sujeta en la totalidad de sus rela-

ticipación en los frutos o en el dominio de un fundo, la ley de 22 de Mayo de 1924 fija las cuotas mínimas que deben asignarse a los usuarios en compensación a los derechos de las citadas categorías y substraer a la división (substituyendo la redención por canon anual) los terrenos que hayan sido substancial y permanentemente mejorados por los propietarios (art. 4). Autoriza la legitimación de las ocupaciones de tierras hechas diez años ha y la imposición a favor del propietario originario de un canon (artículos 7-8); fija la destinación de las tierras gravadas por aprovechamientos y la de las tierras procedentes de redención (art. 9) reordena el procedimiento de liquidación y redención creando comisarios regionales con funciones administrativas y judiciales (art. 25 y siguientes) que substituyen las Juntas de árbitros establecidas por leyes precedentes y deciden admitiéndose contra sus decisiones recurso ante la Corte de apelación.

(1) Pagenstecher, *Die röm. Lehre von Eigenthum*, 1857-59; Landoberg, *Die Glose des Accursius und ihre Lehre von Eigenthum*, Leipzig, 1883; Scialoja, *La proprietà (lezioni)*, Roma, 1901; Fadda, *Teoria della proprietà (lecciones)*; Napoli, 1908; Bonfante, *Teoria della proprietà (lecciones)*; Pavía, 1911; Brugi, *Della proprietà*, Nápoles, 1918.

ciones a nuestro poder, en aquéllos la cosa está sujeta en algunas relaciones particulares; son, pues, parciales facultades jurídicas que recaen en cosa ajena (*iura in re aliena*) y que, aun cuando extendiéndose a varias relaciones, no implica nunca la plena y absoluta sujeción de la cosa a la persona, aun cuando la recuerden mucho, por la amplitud de las facultades concedidas al titular (*enfiteusis*). La clasificación general de los derechos reales contiene, por un lado, el derecho máximo: la propiedad; por otro, los derechos en cosa ajena, los cuales se agrupan en dos categorías distintas, los derechos reales de goce o disfrute (servidumbres personales, servidumbres prediales, superficie, *enfiteusis*) y los de garantía (hipoteca y prenda).

De dos modos puede ser concebido abstractamente el derecho de propiedad, según que se tome en consideración el poder que sobre la cosa es concedido al titular o bien la relación de pertenencia de la cosa a la persona. Expresa el concepto de poder o señorío el término técnico y más usual de las fuentes romanas: *dominium*; se acentúa el hecho de la pertenencia en el otro menos frecuente: *proprietas*. En torno a estos aspectos, según los cuales de una cosa que está sujeta totalmente a nuestro señorío se dice que nos pertenece, pueden ser agrupadas las varias definiciones que los escritores dan del derecho de propiedad. Las fuentes romanas (I) no ofrecen una definición; en cambio, muchas y variadas ofrecen los Códigos modernos, y mejor que definiciones pueden considerarse como descripciones del contenido de aquel derecho.

La dificultad mayor para definirlo consiste en su enorme amplitud, capaz de abrazar las más distintas facultades de uso y

(1) Es errónea la afirmación que a menudo se repite de una definición romana del dominio en la frase del fr. 4. D. 1. 5, *naturalis facultas eius quod cuique facere libet nisi si quid vi aut iure prohibetur*, o en la l. 21. c. 4. 35, *nam suae quidaem quisque rei moderator atque arbiter*; ambas se refieren: la primera a la libertad, la segunda al mandato en virtud del cual el segundo gestiona el negocio ajeno. Sobre estos textos y la significación de *dominium* y sobre la crítica de las definiciones de la propiedad dadas por civilistas y romanistas, ver Scialoja, *La proprietá (Lecciones, 1900-1901)* pág. 103 y siguientes.

de disposición de la cosa sujeta al señorío; y también en la aptitud que tiene para comprimirse y reducirse en su contenido hasta quedar casi anulado como poder del dueño sin que, sin embargo, la compresión llegue a destruir totalmente el vínculo de pertenencia de la cosa a la persona.

En el primer aspecto hay que observar que el derecho de propiedad consta de una serie ilimitada de facultades, en virtud de las cuales el propietario, a la vez que puede excluir a todos los demás de toda ingerencia en la cosa, puede disponer de ésta del modo que quiera, destinándola al uso que más le agrade, sin otra limitación que la que derive del derecho objetivo o de la concurrencia de un derecho ajeno. Enumerar estas facultades no es posible, dada su ilimitación; y tropezaron por ello con un escollo insuperable las tentativas de las antiguas escuelas que se esforzaron en enumerarlas y catalogarlas. Están hoy olvidadas y se consideran falsas las doctrinas antiguas que definían el dominio, como el *ius utendi, fruendi, abutendi, possidendi, alienandi, disponendi, vindicandi*, o más brevemente, como el derecho de usar y disponer de la cosa (en cuanto en el uso se considere contenido el *uti, frui, abuti*, en la disposición todo acto de enajenación y, en ambos, la protección legal de la *reivindicatio*); la propiedad no es suma de facultades, sino unidad de poderes conferidos al titular; no es una serie de facultades determinadas *a priori*, sino un señorío general del que forman parte todos los poderes imaginables y no son sino manifestaciones de su plenitud. Enumerarlas no es, pues, posible porque no es posible enunciar lo que el propietario pueda hacer, sino sólo lo que no puede hacer, ya sea que el límite le venga impuesto por las normas jurídicas, ya derive de la concurrencia de un derecho ajeno.

En el segundo aspecto, una o más facultades en concreto pueden ser subtraídas al propietario en una medida más o menos amplia o intensa, de modo que sus poderes se restrinjan tanto que queden reducidos casi a la nada y, sin embargo, que la propiedad subsista íntegra potencialmente por la virtud intrínseca de expansión que aquel señorío contiene y en virtud de la cual pueda volver a su normal y máximo contenido cuando

desaparezcan las limitaciones que exteriormente la comprimían. Substraen al propietario una serie de facultades las limitaciones legales de la propiedad y las servidumbres impuestas por la ley; las substraen también los vínculos libremente queridos, en virtud de los cuales poderes parciales del propietario se transfieren a otros (por ejemplo, usufructo, uso), o poderes contrarios que limitan los del propietario, surgen en otras personas (por ejemplo, *servitus altius non tollendi*); y pueden ser sólo algunos y parciales (como, por ejemplo, el derecho de uso en la servidumbre de uso, los distintos derechos de paso, de vistas, de luces en las servidumbres prediales) o múltiples y comprensivos del goce integral de la cosa (usufructo) o tan amplios e íntegros que absorban el contenido completo del dominio (enfiteusis). Se puede pasar, pues, por virtud de la compresión que le es impuesta exteriormente, de una propiedad ilimitada y absoluta sin más freno que las normas limitadoras dictadas (para este y para cualquiera otro derecho, incluso el de libertad) por el derecho objetivo, a una propiedad que no es tal en concreto sino de nombre, por estar todo su contenido, de goce o de disposición, atribuído a un tercero.

Dos caracteres fundamentales ofrece, pues, el dominio, de los cuales no se puede prescindir en su definición: la *abstracción e ilimitación* del derecho y su *elasticidad* que hace posibles en concreto facetas diversas de la relación conceptualmente única, y único es también en el actual sistema jurídico e tipo de propiedad; nuestro Derecho no reconoce varios tipos, como admitía el romano con sus dos especies de propiedad, la quiritaria y la pretoria, y aun una tercera, la de los peregrinos; ni han sobrevivido después de la ruina del feudalismo y destrucción del antiguo régimen aquellas diversas formas de propiedad servil y de propiedad señorial que originaban en los titulares obligaciones y servicios de la persona o surgían jurisdicciones de los señores y poderes soberanos o políticos y privilegios de toda clase a favor de los nobles, de los eclesiásticos, de los conventos, de las ciudades (1).

(1) Léanse para una síntesis del proceso histórico que condujo al ré-

Ahora bien; de las varias definiciones que de la propiedad se han dado (1), dos deben ser recordadas aquí por el gran valor científico de sus autores; dos eminentes maestros, civilista uno y romanista otro, ambos figuras cumbres de la ciencia del Derecho.

Pertenece la primera a Filomusi, según el cual «la propiedad es el señorío general e independiente de la persona sobre la cosa para los fines reconocidos por el derecho (ley) y dentro de los límites por él establecidos». Señorío es la *potestas* en su concepto técnico y es señorío *general*, es decir, unidad de poderes y no suma de facultades contraponiéndose a los señoríos particulares de los demás derechos reales en los cuales los poderes del titular están indicados por la ley; es señorío *independiente* porque no presupone derecho alguno, mientras es dependiente el señorío de los demás derechos reales que presuponen la propiedad en un tercero (2).

Pertenece la segunda a Scialoja (3), que define la propiedad como «una relación de derecho privado en virtud de la cual una cosa, como pertenencia de una persona, está completamente sujeta a la voluntad de ésta en todo lo que no resulte prohibido por el derecho público o por la concurrencia de un derecho ajeno». Relación de derecho *privado*, para distinguirla de las que en el público corresponden al concepto de soberanía; relación de *pertenencia*, es decir, de vínculo de la cosa a la persona que en vía normal es pleno y absoluto y determina una sujeción completa de la cosa al sujeto, pero puede ser *limitado* por el Derecho público o por el privado, en este último caso por efecto de las facultades concedidas a otros y, sin embargo, aun atenua-

gimen moderno de la propiedad, las pocas pero bellísimas páginas de Brugi, Ist., pág. 263 y siguientes; ver además Leicht, *Studi sulla proprietà fondiaria nel medio evo*, Padova, 1903.

(1) A más de Scialoja y Filomusi, *Dir. reali*, ver Piccinelli, *Studi e ricerche intorno alla definizione dominium est ius utendi*, Firenze, 1886, ver Puntschart, *Die moderne Theorie des Privatrechts*, Wien, 1893, pág. 61 y siguientes.

(2) *Diritti reali*, pág. 131 y siguientes; *Enc. giur.*, pág. 118, núm. 1.

(3) Op. cit. pág. 134 y siguientes.

do y reducido al «mínimum», es siempre capaz virtualmente de la «máxima expansión» en cuanto cesen las limitaciones.

Preferimos esta última porque, sin olvidar el concepto de poder y de sujeción, acoge también el de pertenencia (olvidado en la definición de Filomusi) y pone de manifiesto con su carácter abstracto la capacidad indefinida de compresión y la fuerza intrínseca de expansión del dominio.

Si de la elaboración doctrinal pasamos a la legislación, hay que reconocer que imperfecta e inspirada en las antiguas concepciones es la definición que el Código da en su art. 436: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal que no se haga un uso prohibido por las leyes o por los Reglamentos». Derivada del Código francés (art. 544), se inspira como éste en la tradicional teoría que se basaba en la enumeración de facultades, asumiendo como índice de los demás los poderes de goce y de disposición; enuncia como carácter esencial lo absoluto del doble poder, añadiendo en seguida que tal carácter absoluto está templado por restricciones y limitaciones; indica de éstas sólo las impuestas por la ley, olvidando las que pueden derivar de la concurrencia de derechos ajenos, independientemente de las limitaciones legales. Más satisfactoria y más científica es la fórmula empleada por el Código alemán, § 903: «El propietario de una cosa puede, en cuanto la ley o los derechos de tercero no se opongan, comportarse a su antojo respecto a ella y excluir a los demás de toda ingobernabilidad en la misma». Dos elementos fundamentales se evidencian aquí, que comprendían todo el contenido del derecho de propiedad: por un lado, el poder positivo y universal de señorío, que autoriza al propietario a ejercitar en la cosa todas las facultades en cuanto no haya limitación por el derecho objetivo u obstáculo por el derecho de terceros; por otro, el poder que pudiera llamarse de exclusión o negativo que brota de la universalidad del señorío, por el cual el titular está facultado para excluir a todo otro del goce de la cosa.

Este concepto puede ser acogido en nuestro Derecho, que del mismo modo que garantiza la inviolabilidad del dominio (Estatuto, art. 29) asegura su exclusividad y protege su ejercicio

con la mayor amplitud. De tal amplitud deriva al propietario el derecho de apropiarse de los frutos de la cosa y lo que a ella se une natural o artificialmente (artículos 443, 444), así como cualquiera otra utilidad, consistente en el uso o en el goce o disfrute. También deriva el derecho que tiene el propietario del suelo a todo lo que se halle sobre o debajo de la superficie (art. 440). La facultad del titular de utilizarla para los fines propios, cediendo a otros su goce temporal o perpetuamente mediante un equivalente o gratuitamente arrendándola, vendiéndola o donándola, etc. Puesto que su voluntad es decisiva y soberana en el destino de la cosa y contenida en el poder dominical, también lo es la de destruirla y abandonarla, salvo las limitaciones que se derivan del respeto al derecho ajeno (ver art. 1.155). Del poder de exclusión se deriva el derecho que la ley le garantiza de rechazar a todo otro en el goce de la cosa; nadie puede ser constreñido a ceder su propiedad o a permitir que otros usen de ella, si no es por causa de utilidad pública, legalmente reconocida y declarada y previo el pago de una justa indemnización (artículo 438). De aquí también la facultad del propietario de cercar su fundo, salvo los derechos de tercero y la de deslindarlo y obligando al vecino a fijar a expensas comunes los linderos (artículo 441) y la de rechazar toda intromisión, aun cuando no sea dañosa. Limitaciones puede establecer la ley, templando el carácter absoluto del dominio, que sólo abstractamente puede concebirse ilimitado. Cuando más se difunde el concepto de solidaridad social, tanto mayores son las restricciones y los vínculos a que—en interés general y para la utilización social de la riqueza—esté sometida. Cuales sean estas limitaciones en nuestro derecho, diremos muy pronto. Ahora hay que aludir, para completar la noción, a tres puntos que se enlazan con el objeto, la extensión del dominio y las discusiones a que dan lugar las disposiciones de los artículos 436, 437 y 440 del Código civil.

Objeto del derecho de propiedad son razonablemente las cosas corporales. Sin embargo, se habla de una propiedad literaria artística, industrial, cuyo objeto serían cosas incorpóreas o bienes inmateriales. A esto se refiere expresamente el art. 437, en el que se declara que las producciones del ingenio pertenecen a

sus autores, de lo cual parece que debía inferirse que la ley misma, extendiendo el concepto tradicional de la propiedad, haya considerado, no sólo las cosas corporales, sino también las in. corporales o inmateriales. Y éste es el parecer de muchos autores; para éstos el derecho de autor es un derecho de propiedad, y no obstante a tal configuración la concepción romanística, según la cual, objeto del dominio, eran solamente las cosas, que por estrecha ha sido abandonada. En nuestra opinión, sin embargo, no puede al derecho de autor aplicarse el concepto de derecho de propiedad. La obra artística, literaria, musical o representable, el descubrimiento científico, el invento industrial, todo producto del ingenio en suma, no se halla protegido, regulado por las normas que tutelan la propiedad en las cosas corporales; estas normas le son inaplicables; pertenecen, es cierto, a sus autores, pero tal pertenencia puede sólo, por analogía llamarse propiedad y no identificarse con ésta. Mejor es hablar de derechos sobre bienes inmateriales y sin rechazar las locuciones usuales de «propiedad literaria, industrial, artística», designar como derecho patrimonial de naturaleza real con sus particulares características que lo distinguen de los demás los derechos de autor (1).

La propiedad de un fondo lleva consigo la propiedad de cuanto se halle sobre y debajo del suelo. La amplia fórmula del art. 440 es quizás exagerada: «Quien tiene la propiedad del suelo tiene también la propiedad del espacio y de lo que está sobre o debajo de la superficie» y esto da lugar a grandes controversias doctrinales. Tal fórmula deriva de los antiguos aforismos medioevales que para expresar la ilimitada extensión del dominio del suelo, afirmaban enfáticamente: *qui dominus est soli; dominus est usque ad coelum et usque ad inferos.*

(1) Adviértase que la materia es discutidísima. Una exposición con indicación de las principales cuestiones y abundante literatura nacional y extranjera puede hallarse en Filomusi, *Enc. giur.*, § 56, pág. 143 y siguientes, el cual sostiene con argumentación sólida la tesis opuesta de que se trata de un derecho de propiedad, ver también Stolfi, *La proprietà intellettuale*, I, pág. 216 y siguientes; Piola Caselli, *Il diritto di autore*, página 72 y siguientes.

Prescindiendo ahora de la cuestión de si es posible un derecho de propiedad sobre el vuelo separado de la propiedad del suelo (de lo que se tratará más adelante al estudiar el derecho de superficie), dos cuestiones distintas plantea el articulado: si es posible concebir el espacio como objeto del dominio, y si existen límites y cuáles sean éstos a la propiedad de todo lo que está sobre el suelo y de todo lo que está debajo del mismo.

Que el espacio pueda ser objeto del dominio, se niega por muchos y no sin razón. El espacio en sí mismo no es apropiable y no puede ser objeto del dominio. El aire puede ser apropiado, pero sólo por partes limitadas circunscritas. Otros objetan que, del mismo modo que sobre el aire contenido en el espacio, es posible una delimitación y la consiguiente apropiación, así también es posible hacer del espacio aéreo por partes, objeto del dominio: en otros términos, admitiéndose una delimitación intelectual del espacio que está sobre el suelo en cuanto que lo circunscriben y limitan las líneas imaginariamente trazadas en planos perpendiculares, la propiedad puede recaer sobre un espacio aéreo substraído con la delimitación a las *res communes omnium*, lo cual vendría a ser admitido por la ley misma cuando habla de «propiedad del espacio superestante». La verdad a nuestro parecer es que abstracción hecha de la determinación filosófica del espacio (su naturaleza es más bien de relación que de cosa) la frase es técnicamente impropia; ella no expresa sino el principio de que el propietario del suelo tiene el derecho de impedir toda intromisión por parte de terceros en cuanto que el espacio libre superestante le reporta utilidades de luces, aires, vista (I).

(1) Ver Pampaloni, *Dalla condizione giuridica dello spazio aereo e del sottosuolo* (*Arch. giur.*, XLVIII, 1892, pág. 32 y siguientes); Gabba, *Della proprietà usque ad sidera et inferos* (*Quest. di Dir. civ.*, 2.^a ed., I, pág. 112 y siguientes); Simoncelli, *Dei diritti dell'enfiteuta e del conduttore* (*Foro it.*, XXV, 1900, págs. 63-67); Scialoja, *Proprietà*, pág. 393; Filomusi, *Dir. reali*, pág. 152 y siguientes); Venzi en Pacifici, *Ist.* III, pág. 238; Segré en *Foro it.*, 1893, I, pág. 102; Ferrara, *Tratt. Dir. civ.*, I, pág. 740. La cuestión sobre propiedad del espacio aéreo y de las limitaciones relativas, ha asumido ahora una importancia nueva inesperada por la navegación aérea;

Este derecho de excluir toda intromisión en el espacio superestante, así como la facultad de ejercer el dominio sobre el subsuelo—y es esta la segunda cuestión de las indicadas—no se extiende indefinidamente a las más altas regiones del cielo ni a los más profundos estratos de la tierra. Límites hay a una y otra, porque, además de absurda una interpretación en sentido absoluto del art. 440, sería contraria a los fines mismos del Derecho y de la tutela jurídica. No se debe hablar aquí de límites legales que lo mismo que para el suelo y otros objetos de la propiedad, también para el subsuelo y el espacio aéreo establece la ley en interés general o privado, sino de los límites intrínsecos a estos dos especiales elementos.

El criterio guía en la determinación del límite, es el de la utilidad económica que el espacio aéreo y el subsuelo pueden no sólo por las relaciones privadas e internas sino también y especialmente por la internacionales y públicas se siente la necesidad de una disciplina de la navegación por dirigibles y aeroplanos y su elaboración ha sido ya iniciada; ver Atti, del Congreso de Verona, 1910 y los de la conferencia internacional de París de 1910. La literatura jurídica en lo relativo a los problemas de derecho interno y de derecho internacional se enriquece cada día con nuevas aportaciones; ver Catellani, *Il diritto aereo*. Torino, 1911; Blachére, *L'air voie de communication et le droit*, París, 1911, Hazeltine; *The Law of the air*, London, 1911; Gibbé, *Essai sur la navigation aérienne en dr. internat.*, París, 1913; Marghieri, *Il regime tecnico giuridico degli aeromobili* (*Atti. R. Acc. Sc. mor. e politiche di Napoli*, vol. XLVI, 1920); A Ambrosini, *Problemi fondamentali della legislaz. dell'aria* (*Boll. civ. giur. di Roma*, VIII, 1920). Durante la guerra, con Decreto-ley de 3 de Septiembre de 1914 fué rigurosamente prohibida la navegación aérea en el territorio del Estado, reservando la facultad a las aeronaves militares o que estuvieran al servicio del Gobierno. La prohibición fué abolida por el Decreto-ley de 27 de Noviembre de 1919, que derogó el precedente y dictó las primeras normas relativas a la navegación aérea. Sucesivamente luego de varias disposiciones encaminadas a completar la reglamentación jurídica de las aeronaves y de la navegación aérea apareció el Decreto-ley de 20 de Agosto de 1923 que, modificando un proyecto de ley presentado en la Cámara el 26 de Julio de 1921 ha disciplinado toda la materia; importantes son las normas relativas a la adquisición y traspaso de las aeronaves, transportes de mercancías y personas, daños y responsabilidades, choque de aeronaves, etc., véase Marghieri, *Man. diz. comm.*, 1923, II, que ha sido quien primero ha hecho la materia objeto de enseñanza universitaria.

ofrecer al propietario. El derecho de éste se extiende en altura y en profundidad, hasta donde le sea posible obtener una utilidad o disfrute y se extingue pasando de tal confín, porque faltaría un interés digno de tutela y, como vimos ya, el Derecho no otorga protección a tales intereses. Puede expresarse el concepto con una distinta formulación, afirmando que el derecho del propietario se extiende al espacio superestante y al subsuelo, pero no puede ser tan amplio que dé facultad para prohibir las intromisiones que se verifiquen a tal altura o a tal profundidad que no tengan ningún interés en impedirlas (1).

Ello explica por qué no pueda prohibirse por el propietario que un aerostato o un aeroplano atraviese la región aérea que hay sobre su fondo o se abra un tunel en la colina en que está su fundo. Pero conviene añadir que el criterio que por sí mismo es aplicable a las particulares contingencias de los casos prácticos, no debe, por regla general, entenderse caracterizado por las utilidades que al suelo o al goce de éste pueden reportar el subsuelo o el aire superestante. Toda utilidad independiente y sin nexo alguno con el disfrute del suelo, pero actual y concreta, no imaginaria o futura, merece ser protegida y constituirá, por tanto, el límite (2).

La tercera cuestión se refiere al abuso que alguien haga del propio derecho cuando ejerza las facultades del dominio, no por propia utilidad, sino con el fin únicamente de causar molestia a otros e implica en la interpretación del art. 436 la delimitación precisa del contenido del derecho de goce y disposición de la propia cosa que, según las palabras del legislador, es asegurado al propietario «del modo más absoluto», salvo solamente las limitaciones impuestas por la ley y por los reglamentos. ¿Deben

(1) Y esta es la fórmula del Código civil alemán adoptada en su § 905. La del Código suizo dice en el art. 667: «La propiedad del fundo se extiende superiormente en el espacio e inferiormente en la tierra hasta donde existe para el propietario un interés en ejercitárla».

(2) Ver a más de los escritos precedentemente citados: Porro, *La proprietà del sotto suolo* (Mon. Trib. 1888), Coviello. *Delle superficie* (Arch. giur., XLIX, 1892, pág. 3 y siguientes); Lucci, *Il diritto sottosuolo*, Napoli, 1898; Gabba, *Quest. di Dir. civ.*, I, pág. 149.

considerarse protegidos por la ley y, por tanto, lícitos los actos realizados con este especial intento de perjudicar y molestar a otros, hallándose desprovistos de toda utilidad para quien los realiza?

La cuestión sobre la licitud o ilicitud de los *actos de emulación* (como se suelen designar en nuestra terminología usual) o de *chicane* (como se designan por los alemanes), puede plantearse, en general, para toda especie de derecho, en cuyo ejercicio se abuse al sólo fin de causar a los demás un daño o una molestia, sin proporcionar ventaja alguna al titular; pero tiene particular relieve en el derecho de propiedad y, sobre todo, en las relaciones de vecindad, donde más frecuentemente puede ocurrir que alguien ejercite las facultades inherentes al dominio para molestar o causar perjuicio al vecino. La doctrina está en tal respecto muy dividida (1), faltando en nuestra legislación (como

(1) Muchos son los que niegan la existencia de la prohibición pero quizás más son los que la afirman. Lo niega por ejemplo de un modo absoluto Scialoja, cuyos escritos fundamentales son: *Aemulatio en Enc. giur. Degli atti di ensulazione nel esercizio dei diritti* en *Foro it.*, 1878, pág. 481 y siguientes; ib., 1879, pág. 119 y siguientes; *Del dirito degli atti enulatorii in materia di acque*, en *Legge*, 1879, pág. 235; *La proprietá*, pág. 269 y siguientes; y con el *Ihering Fahrbb. f. die Dogm.*, VI, pág. 103 y siguientes; Bekker, *Pand.* I, § 22, pág. 69 y otros. Admiten su existencia Windscheid, *Pand.* I, § 121, pág. 475, núm. 3; Regelsberger, *Pand.* I, § 54, página 230; Baron, *Pand.* § 75, pág. 151; Dernburg, *Pand.* I, § 41, pág. 91; Filomusi, *Diritti reali*, pág. 176 y siguientes; Gianturco, *Sist.* I, § 62, página 344 y siguientes y otros muchos. La literatura sobre la materia puede hallarse en los escritos citados de Scialoja, Filomusi, op. cit., pág. 177, número 2, 183, núm. 1 y en Venzi en Pacifici, *Ist.* II, pág. 552 y siguientes, III, I, pág. 304 en Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand.* I, pág. 1.169 y siguientes. Ver también Huber, *Ueber den Rechtsmissbrauch*, 1910; Blümmer, *Die Lehre von boswilligen Rechtsmissbrauch ('chicane')*, Berlin, 1900; Milone, *Sull'abuso doloso dei diritti (Atti R. Acc. Napoli XLIII, 1913*, página 143 y siguientes; Bonfante en *Scritti giur. vari* II, 774 y siguientes; Ermann en *Zeitscht. d. Sav. Stilf*, XXV, 1904, pág. 352 y siguientes; Brugi, *Animus aemulandi (Riv. Dir. eomm.*, 1920, II, pág. 68).

En estos trabajos la cuestión es tratada separadamente con relación al derecho romano, al medioeval y común, al moderno y es superfluo advertir que es susceptible de soluciones diversas según el derecho en que es considerada. Se inclinan por la negativa de la prohibición en el campo

faltaba ya en el Derecho romano) una disposición expresa que prohibiera los actos de emulación, como hay en otros derechos (1).

Aquellos que sostienen la licitud del acto emulatorio, parten del concepto de que el dominio, confiriendo al titular la facultad de usar de la propia cosa del modo más absoluto, en tanto no se oponga una limitación autoriza también los actos realizados con intención dañosa. El principio general *qui iure suo utitur neminem laedit*, prohíbe el considerar como lesivo a la esfera ajena el acto realizado en el legítimo ejercicio de un derecho propio. La intención maligna de usar de una facultad sin más fin que perjudicar o molestar al vecino es reprobada por la moral, pero no puede ser castigada por el Derecho cuando la ley no establezca una limitación expresa. Y cuando ésta falta no es lícito averiguar la intención de quien obra, porque *nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur* (2). Esta sería la razón fun-

del derecho romano en el que no sólo los textos no ofrecen argumento alguno en favor de la prohibición (salvo en materia de aguas en la que parece que excepcionalmente fué establecida), ver Perozzi, *Il diritto degli atti di circolazione e il regime giustinianeo delle acque* en *Arch. giur.*, LIII, 1894, pág. 350 y siguientes; sino que el mismo carácter estrictamente individualista y de señorío absoluto del dominio excluye una tal limitación. En cuanto al reconocimiento de la prohibición en el derecho justiniano debido a influjos de la ética cristiana ver Riccobous, *Cristianesimo et diritto privato* en *Riv. Dir. civ.*, III, 1911, págs. 54-55. Hay que inclinarse por la afirmativa en nuestro derecho por las razones indicadas en el texto.

(1) Así por ejemplo una disposición explícita contenía ya el Código prusiano (I. 9. § 27) y la contienen hoy el Código civil alemán y el suizo. El primero declara con fórmula general que «el ejercicio de un derecho no es admitido si tiene por fin solamente el ocasionar daño a otro» (§ 226) y en otro lugar añade que «quien en modo contrario a las buenas costumbres cause a otro deliberadamente un daño, es responsable con relación a éste de la reparación del daño» (§ 826). En cuanto al segundo el artículo 2.^º establece «cada uno está obligado a obrar según la buena fe, tanto en el ejercicio de los propios derechos como en el cumplimiento de las propias obligaciones. El abuso manifiesto del propio derecho no se halla protegido por la ley».

(2) Gayo, fr. 55. D. 50. 17; ver también Paulo, fr. 151. D. eod., *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*.

damental para no establecer tales prohibiciones; ya que de existir una prohibición expresa habría que considerar ilícitos sólo aquellos actos que hayan sido realizados por *chicane*, imponiéndose la necesidad de averiguar caso por caso si en un acto realizado en el ejercicio legítimo del derecho de dominio, ha habido intención de ejecutarlo al sólo fin de perjudicar con lo que se brindaría un campo ilimitado al arbitrio judicial, y la tutela que la ley concede al dominio, resultaría commovida.

Nosotros creemos que más graves y decisivas son las razones contrarias. Prescindiendo del influjo que aun hoy puede ejercer la tradición del Derecho medioeval, en el que la doctrina de la prohibición de los actos emulatorios se afirmó de un modo absoluto (no sin resultar excesivo en algunas aplicaciones concretas), y dejando por ahora los peligros a que pudiera dar lugar la averiguación de las intenciones—peligros que no han tenido las legislaciones más progresivas, como la suiza y la alemana, que han establecido la expresa prohibición de la *chicane*—, hay contra el principio *neminem laedit qui iure suo utitur* el principio que no quiere protegidas las malicias y perfidias, *malitiis non est indulgendum*. Y si éste no prevalece sobre aquél de modo que pueda decirse que lo venza, es cierto que sirve para neutralizarlo atenuando la afirmación demasiado absoluta del otro principio: *nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur*. Se debe partir del principio que el Derecho no concede su protección sino a actos humanos que tengan una cierta utilidad, y la utilidad, no el capricho de los hombres, es lo que se protege en el dominio. No se tiene en cuenta aquí solamente la inmoralidad de la *chicane*, de modo que pueda afirmarse que como acto solamente inmoral es reprobado por las normas éticas y no por las jurídicas; el concepto de la garantía es el decisivo en favor de la prohibición. Tiene la propiedad una función social porque satisface una exigencia humana, y en tanto la satisface es protegida por el derecho, garantizando al particular las más amplias facultades de uso, de disfrute y de disposición. El propietario puede incluso destruir su cosa, no porque el Derecho lo acuerde, sino porque el destino de la misma queda a su arbitrio; pero más allá de este destino negativo no puede llegar, queriendo

un destino antisocial, empleando la cosa en daño de los demás. La propiedad moderna—lo repetimos con Filomusi—debe ejercitarse *civilmente*, según los fines del derecho, y no se obra, según éstos, cuando sin utilidad propia se ejerce el dominio con un fin dañoso.

El carácter absoluto de las facultades de goce y de disposición que nuestro legislador elevó a momento esencial, en la definición de la propiedad debe ser entendido, no en su más lata e hiperbólica acepción, sino con las racionales templanzas que el moderno concepto de la propiedad impone (1).

§ 49.—*Limitaciones de la Propiedad.—A. Limitaciones de interés público.*

Brugi, Ist. § 36; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 301; Chironi, Ist. I, § 151; Filomusi, Dir. reali, §§ 47-48; Zachariae, Man. I, 1, 167-169; Aubry et Rau, Cours. II, § 193; Planiol, Traité, núm. 2.362 y siguientes; núm. 2.438 y siguientes; Windscheid, Pand. I, 2, § 169 (2).

Si una de las dificultades para definir el dominio consiste en que es más fácil decir qué cosas le están prohibidas al propietario,

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Concordancias con el derecho español.—Véase art. 348 del Código civil español (sobre definición legal de la propiedad), 353 (sobre dilatación de la propiedad) y 350 (sobre extensión del derecho del propietario a todo lo que se halle sobre o debajo de la superficie).

Artículo 1907 del Código civil español (sobre responsabilidad por daños producidos en un edificio por falta de reparaciones), 349 (sobre expropiación por causa de utilidad pública) y 388 (sobre derecho de cerrar las fincas rústicas).

V. Calvo Sotelo (José); «El abuso del Derecho», Victoriano Suárez. Madrid, 1917

(2) Sobre las materias estudiadas en este parágrafo y en el siguiente, ver Scialoja, *Alcune osservazioni sui limiti del Dir. de proprietà* (*Foro it.*, 1879, I, pág. 119); Cimballi, *La proprietà e i suoi limiti* (*Arch. giur.*, XXIV, 1880, pág. 125 y siguientes); Bianchi, *I limiti legali della proprietà nel Dir. civ. it.*, Macerata, 1885; *Trattato delle servitù legali*, Lanciano, 1888; Degni, *I limiti del diritto di proprietà* (*Filangiere*, XXVI, 1901, pág. 721 y siguientes, 816 y siguientes); Pacifici-Mazzoni, *Trattato delle servitù legali*, 5.^a ed., Firenze, 1902; Ferrini e Pulverenti, *Delle limitazioni della proprietà fundiaria e delle servitù prediali*, Napoli, 1909; Sacchi, *Trattato*

rio, que no las que puede hacer, es una necesidad imprescindible para mejor valuar el contenido del dominio ver cuáles son las limitaciones que al mismo impone la ley. Esto no puede hacerse de una manera completa, examinando solamente las normas del Código; más numerosas que las en él contenidas son las limitaciones varias y múltiples que derivan de las leyes de Derecho público, administrativas, financieras, militares, leyes generales para todo el Reino y Reglamentos municipales, costumbres locales, etc. No sería posible hacer un índice completo; debemos limitarnos a indicar las categorías fundamentales, advirtiendo que, en general, el campo más extenso de las limitaciones legales es el de la propiedad inmobiliaria, en el cual la serie más o menos extensa de limitaciones es impuesta por la imposibilidad física de separar de un modo absoluto y hacer independiente de los predios contiguos el propio por la necesidad social de favorecer la agricultura y la industria, de no alterar el régimen de las aguas, de conservar los bosques, de no dejar que el ilimitado arbitrio del particular atente a la fuente primera de toda riqueza: la tierra.

De todas las limitaciones algunas se refieren al goce mismo de la cosa en cuanto que restringen la natural facultad de disfrute que, por regla general, corresponde al propietario; otras imponen gravámenes y cargas que una razón de utilidad social o una relación de vecindad exigen para la conciliación de las libertades individuales y del interés del particular con el universal; otras se refieren a la facultad de disposición o de enajenación, limitándolas o suprimiéndolas con respecto a ciertas cosas; otras afectan a todo el señorío del propietario hasta alcanzar el grado máximo de limitación, llegando hasta la expropiación misma del

teórico-práctico delle servitu' prediali, Torino, 1902 y siguientes. En lo referente al derecho romano y al extranjero, recordamos Bonfante, *Scritti giur. varil.*, II, pág. 926 y siguientes; Freund, *Die gesetzlichen Beschränkungen des Grundeigenthums in röm. Rech.*, Berlín, 1883; Lusignani, *Le limitazioni della proprietà in diritto romano* (Filangieri, XXIII, 1898, página 497 y siguientes, 577 y siguientes); Hesse, *Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücknachbarn*, Jena, 1880; Frantz, *Die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen nach franz. badisch. und Reichsrecht*, 1887.

derecho de dominio. Clasificar bajo estos varios aspectos los límites legales no sería ni útil ni correcto científicamente. Más idóneo como criterio distintivo es el del interés, protegido a través de la limitación; algunas de las limitaciones se dan en interés público, otras en interés de los particulares; entre éstas tienen especial importancia las que derivan de las relaciones de vecindad entre los predios y que casi agotan la categoría.

Pero hay que hacer una advertencia sobre el criterio con el que el legislador ha recogido y sistematizado en el Código las varias figuras de limitación. Distinguiendo las servidumbres prediales, o sean las cargas impuestas sobre un fundo para uso y utilidad de otro perteneciente a distinto propietario (art. 531), en servidumbres establecidas por la ley y servidumbres establecidas en virtud de un hecho del hombre (art. 532), nuestro Código acoge bajo una denominación única de *servidumbres legales* una serie numerosa de disposiciones diversas (artículos 533 y 615), que no pueden ni agruparse todas en el concepto de servidumbres legales ni tampoco todas en el de limitaciones legales. Ante todo hay que excluir toda una categoría que, disciplinando el uso de los muros, de los edificios, de los fosos o zanjas comunes (artículos 545-569), se refieren a la doctrina del condominio y debieron por ello ser tratadas en lugar más adecuado; mal se puede hablar con respecto a ellas de servidumbres legales cuando no se trata de servicios que un fundo debe prestar a otro, sino de regulación de la copropiedad, como se verá más adelante. Otras expresan solamente atribuciones propias del dominio; las más se refieren a verdaderas limitaciones legales de la propiedad en cuanto que regulando el curso y uso de las aguas y de los manantiales (artículos 536-545), las distancias que deben observarse en las construcciones, en las plantaciones y excavaciones (artículos 570 a 572), luces y vistas de los fundos y de los edificios (artículos 583-590), el estilicidio (art. 591), implican restricciones a la facultad de goce del dominio y, por regla general, restricciones recíprocas entre los propietarios de los fundos contiguos, pero no crean aquel vínculo real de sujeción de un fundo a otro por el cual en las servidumbres la prestación es unilateralmente debida por el predio sirviente al domi-

nante. Son entonces vínculos de naturaleza obligatoria, merced a los cuales se constituye el derecho de un tercero a una determinada acción frente al poseedor del fundo, y con esto se manifiesta el carácter fundamental de la servidumbre, su naturaleza de derecho real. Verdaderas servidumbres que se diferencian de las demás por el hecho de reconocer su título en la ley, hay pocas: el de toma de aguas (art. 542), el derecho de paso forzoso (artículos 592-593), el de acueducto forzoso (art. 598) y el de desagüe forzoso (art. 606). La tendencia más moderna consiste en su agrupación en el concepto de limitaciones legales y construyendo, con una amplia acepción de la relación de vecindad, un derecho de vecindad que comprenda las varias figuras de limitaciones y servidumbres legales verdaderas y propias; éstas y las otras normas anteriormente recordadas pueden agruparse todas en la categoría de limitaciones establecidas en interés privado.

Las limitaciones en interés público son muy diversas. Entre ellas se comprenden también aquellas que, según su concepción, el Código enumera entre las servidumbres establecidas por la ley cuando declara que tienen por objeto la utilidad pública o la privada (art. 533), y añade que las establecidas por la utilidad pública se refieren al curso de las aguas, a los andenes a lo largo de los ríos navegables o aptos para el transporte, construcción o reparación de carreteras y caminos y obras públicas (art. 534). Entre los más característicos de los límites puestos en interés público se deben recordar los siguientes:

a) *Expropiación por causa de utilidad pública.*—Es entre todas la más enérgica limitación. El Estatuto establece como base de la ordenación jurídica la inviolabilidad de la propiedad; cuando el interés público esté en conflicto con el derecho del particular y exija que por una utilidad pública reconocida y declarada con las formas legales la cosa sea sustraída al dominio del particular, debe éste ceder a aquél. Pero el derecho de expropiación que al Estado corresponde no significa que al particular no corresponda también una justa indemnización (Estatuto, art. 29; Código civil, art. 438). puede recaer en cosas inmuebles y muebles, si bien, por regla general, no se extienda a éstas (I),

(1) Durante la reciente guerra han sido varias las disposiciones que

y está subordinado a las condiciones rigurosamente fijadas por las leyes especiales en interés y protección del particular (1).

b) *Requisiciones militares.*—Un caso particular de sacrificio de la propiedad privada al bien público es el de las requisiciones militares, que por necesidades de la fuerza armada y de la defensa del Estado pueden llevar de la simple y momentánea ocupación del inmueble o del simple uso de la cosa mueble a su expropiación definitiva y total.

Ya conocido en la legislación ordinaria, aunque moderadamente aplicado (2), tuvo un amplísimo e intenso desarrollo durante la última guerra, en la que, dada la gravedad del conflicto y el empeño en la lucha de todas las fuerzas económicas, se recurrió a la requisición de las cosas más variadas: inmuebles, na-

han sometido a la expropiación cosas y derechos mobiliarios; así por ejemplo el Real decreto de 28 de Enero de 1915 y el Decreto-ley de 19 de Marzo de 1916 y el del 14 de Abril de 1918 han permitido al Estado expropiar los derechos de monopolio industrial en interés de los servicios públicos o de las exigencias militares.

(1) Las principales disposiciones están contenidas en la ley de 25 de Junio de 1865, modificada por la de 18 de Diciembre de 1879 que se refiere a los inmuebles. Importante también es la ley de 15 de Enero de 1885 para la higienización de la ciudad de Nápoles. Para la literatura, ver Sabbatini, *Comm. alle. leggi sulla espropri. per pubbl. utilitá*, 3.^a edición, Torino, 1914, 1915. Sobre la existencia de una limitación análoga en derecho romano negada por algunos erróneamente, ver Scialoja, *La proprietà*, página 162 y siguientes; Bonfante, *Teoria della proprietà*, pág. 76 y siguientes; Pacchioni, *Corso dir. rom.* II, pág. 308. En la Edad Media se admitió un derecho de expropiación a favor de los particulares, pero en interés del cultivo ver Famassi, *Il diritto di prelazione e l'espropri. forzata* (*Archig. XXXV*, 1885, pág. 3.251 y siguientes); Lattes, *Le ingrossazioni nei doc. parmensi* (*Arch. St. prov. parm.*, XIV, 1914).

(2) Ver el Real decreto de 24 de Diciembre de 1860 y la ley de 4 de Agosto de 1861 sobre los suministros de los municipios a las tropas; la ley de 22 de Junio de 1913 sobre requisas de cuadrúpedos y vehículos para el Ejército en sustitución de la antigua ley de 30 de Junio de 1889. Se puede recordar también con carácter más general en cuanto afecta a las autoridades civiles, municipales y provinciales, el art. 7 de la ley de 20 de Marzo de 1865 sobre el contencioso-administrativo que da a las autoridades el derecho de privar al particular de la posesión de sus cosas cuando graves necesidades públicas lo exijan.

ves, ganado, subsistencias, materias primeras de industrias de guerra, incluso fábricas y establecimientos industriales completos (1).

c) *Aguas públicas.*—Para la defensa de los cursos de agua y utilización de ríos y canales navegables o flotables se impone una limitación a los propietarios ribereños, la llamada de *camino de sirga* o de andén o defensa por la cual los propietarios deben dejar a lo largo del río o canal una zona libre de obstáculos de cinco metros de anchura, cuando no se ordene diversa medida por los reglamentos o costumbres (Código civil, art. 534) ley de 20 de Marzo de 1865 sobre Obras públicas, art. 144) (2).

d) *Conservación de caminos y carreteras.*—La necesidad pública de conservación y manutención de carreteras impone una serie de limitaciones y obligaciones a cargo de los propietarios de predios contiguos a ellas, como son construcción y reparación de muros y sostenes a lo largo del camino, conservación de las obras para evitar derrumbamientos, etc, (ley de 20 de Marzo de 1865, artículos 36, 60 y siguientes).

e) *Bosques.*—Está prohibida la supresión de los bosques en tierras sujetas a vínculo forestal e impuesta multitud de limitaciones a terrenos montañosos y forestales (ley de 20 de Junio

(1) Son numerosísimos los decretos emanados durante la guerra: entre los principales el Real decreto de 22 de Abril de 1915 sobre requisiciones para el Ejército y la Marina; Real decreto de 26 de Junio de 1915 sobre el abastecimiento del Ejército; Real decreto de 30 de Octubre de 1915 sobre el modo de calcular la indemnización debida al particular; Decreto-ley de 21 de Noviembre de 1915 sobre procedimiento de recursos y acciones en materia de requisición; Decreto-ley de 29 de Agosto de 1915 y 6 de Abril de 1917 sobre la obligatoriedad de los precios de adquisición; Decreto-ley de 26 de Abril de 1917 sobre competencia judicial. Toda la serie ulterior de decretos concierne a las diferentes cosas objeto de la requisición (inmuebles, carbones, metales, animales, heno, grano, cereales, etc. Hasta de requisiciones de hombres se habla en un Decreto; ver Conti, *Natura giur. delle requisizioni militari*. Roma, 1916; Frasca, *Espropriazione e requisizione in tempo di guerra*, Roma, 1917; Trentin, *Concetto, natura e limiti del Dir. di requisizione* (*Dir. comm.*, XXVII, página 827 y siguientes).

(2) Ver una limitación análoga en derecho romano, § 4, Inst. 2. 1.; r. 5. D. 1. 8.

de 1887 y el Real decreto de 30 de Diciembre de 1923, que ha derogado las numerosas leyes forestales y establecido nuevas obligaciones).

f) *Saneamientos.*—Los propietarios están sujetos a restricciones varias cuando deban realizarse obras de saneamiento en terrenos palúdicos y desecación de pantanosos (leyes de 25 de Junio de 1872 y 4 de Julio de 1886 y ahora texto único de 22 de Marzo de 1900, sobre consorcios obligatorios de saneamiento, texto único de 10 de Noviembre de 1905 y ley de 17 de Julio de 1910 sobre saneamiento de la campiña romana).

g) *Minas.*—El propietario puede hacer en el subsuelo las construcciones y excavaciones, así como extraer todos los productos posibles; pero el art. 447 del Código civil, que le otorga este derecho, establece como limitaciones las contenidas en las leyes de Minería y en las de Policía (ver art. 431). La limitación más importante es la facultad reconocida al Estado de hacer concesiones para la explotación de las minas independientemente de la actuación del propietario del suelo, o cuando por la inactividad de éste se manifiesta que no quiere explotarlas, como ocurre según la ley napolitana de 17 de Octubre de 1826 (1).

(1) Adviértase que el régimen de minas no es igual en todo el territorio del reino, en el cual rigen aún la antigua legislación de los ex Estados inspirados en conceptos diversos según que se considere propietario de las minas el Estado o el particular. Para el territorio del antiguo reino sardo, rige la ley de 20 de Noviembre de 1859; para el de Veneto y Mantua la ley austriaca de 23 de Mayo de 1854; para el ducado de Parma y Plasencia el Decreto de 21 de Junio de 1852; para el de Módena la ley napoleónica de 9 de Agosto de 1808; para el reino de las dos Sicilias la ley borbónica de 17 de Octubre de 1826. Para más amplias noticias ver Filomusi, *Dir. reali*, pág. 167 y siguientes y en Giampietro, *Codice minerario it.*, Roma, 1918; *Per l'unific. a reforma del Dir. miner. it.*, Roma, 1919. Para el régimen en derecho romano ver I. 3. 6. c. 11. 7. 6); fr. 13. § 1. D. 8. 4; Misponlet, *Le régime des mines à l'époque rom.*, París, 1908. Legislación común a todo el reino es la de la ley de 30 de Marzo de 1893, y Reglamento de 1.^º de Enero de 1907 que se refieren a la policía de las minas, canteras y hornegueras y la ley de 2 de Julio de 1896 relativa a expropiaciones y consorcios mineros. Nuevas normas para la busca de depósitos de combustibles y para un más intenso aprovechamiento de las minas de lignito, hornagueras, etc., se han dado durante la guerra con los

h) *Limitaciones edilicias.*—La obligación de alinear los edificios de las calles, el someterse en la edificación a ciertas reglas estéticas, la prohibición de edificar a más de cierta altura, la prohibición de demoler o construir y otras múltiples limitaciones se imponen a los propietarios de edificios y de los solares por los Reglamentos edilicios municipales.

i) *Servidumbres militares.*—Carácter especial tienen las prohibiciones que, por razón de la defensa nacional, conciernen a la propiedad limítrofe a fortalezas y plazas fuertes, en cuanto están prohibidas construcciones y excavaciones dentro de un cierto radio de las mismas (texto único de 16 de Mayo de 1900 y Reglamento de 11 de Enero de 1901).

j) *Higiene y seguridad.*—En garantía de la salud pública y protección de los ciudadanos están prohibidas (si no se observan normas particulares rigurosas) las construcciones de fábricas peligrosas y prohibido el libre comercio de armas (ley de 30 de Junio de 1889 sobre seguridad pública), venenos y sustancias adulteradas (texto único de la ley de 1.^o de Agosto de 1907) y productos explosivos (texto único de 2 de Marzo de 1902).

k) *Comunicaciones aéreas y transmisión de fuerzas.*—Para asegurar las comunicaciones telegráficas y telefónicas y las transmisiones a distancia de las corrientes eléctricas, se conceden al Estado, a los Municipios y a los concesionarios los derechos de fijar y apoyar sostenes de hilos en el suelo y en los edificios privados (ley de 7 de Abril de 1892, núm. 184; ley de 7 de Junio de 1894, núm. 232, y Reglamento de 25 de Octubre de 1895, núm. 642, así como el Real decreto-ley de 17 de Diciembre de 1922, núm. I.723, que modifica el art. 8.^o de la ley de 7 de Junio de 1894 (1)).

Decretos-leyes de 7 de Enero de 1917, núm. 35; 22 de Febrero de 1917, número 261; 26 de Abril de 1917, núm. 696; 24 de Febrero de 1918, número 284; 27 de Marzo de 1919, núm. 454, que han afirmado o robustecido el derecho del Estado contra la inercia del propietario que deja improductivo el subsuelo (ver Giampietro, *La legislazione di guerra sulle miniere*, Roma 1919).

(1) Es notable cómo la ley de 7 de Junio de 1894 referente a las transmisiones a distancia de corrientes eléctricas, reproduce casi literalmente

m) *Monopolios.*—Por otro motivo de naturaleza fiscal se establecen prohibiciones relativas a los géneros de «privativa» o monopolio, como el del cultivo y fabricación del tabaco, extracción de la sal de las aguas del mar, manantiales salinos y minas (ley de 15 de Junio de 1865, núm. 2.397).

n) *Antigüedades y bellas artes.*—Protegen, por el contrario, los altos intereses de la cultura, del arte, de la historia nacional, las limitaciones que afectan a los propietarios de objetos de arte y antigüedades o poseedores de fundos en que se hallan ocultas o manifiestas obras de arte, objetos antiguos, ruinas o monumentos de pasadas civilizaciones, las obligaciones a que están sujetos en las enajenaciones, restricciones que les son impuestas en las excavaciones, en la conservación de monumentos, en la adquisición de hallazgos (ley de 12 de Junio de 1902, número 185; ley de 20 de Junio de 1909, núm. 364).

o) También aquí quizás es procedente incluir, por la gran importancia social y pública que tiene todo el régimen de aguas, muchas de las limitaciones relativas al uso de éstas, sobre todo las referentes a la conducción y desagüe, toma de aguas, no desviabilidad de los manantiales. Pero como el separar netamente las disposiciones en los dos campos, limitaciones en interés público y en interés privado, no es fácil, preferimos tratar de esto en el segundo grupo de limitaciones, habida cuenta de

los artículos 598 al 604 del Código civil relativos a la conducción de las aguas; leves modificaciones se introducen por la diversa naturaleza de la materia. Este sistema de la técnica legislativa merece en nuestra opinión alabanza y debiera adoptarse con mayor amplitud (cuando lo consienta la afinidad de las materias; cierto que el emplear para una materia nueva fórmulas idénticas a las de una ley antigua ya experimentada con la interpretación jurisprudencial y doctrinal es muy útil porque hace posible trasportar a la nueva relación los resultados todos que en la elaboración del foro y de la doctrina ha producido la norma antigua y desde el punto de vista práctico su mayor ventaja consiste en eludir toda una serie de dudas y contestaciones judiciales. Ver sobre la construcción jurídica de la institución, De Ruggiero, *La cosiddetta servitu di elettrodotto e l'azione di manutenzione* (*Riv. diz. comm.*, 1916, II, pág. 745 y siguientes) y además Pellizzi, *I limiti della servitu di elettrodotto* (*ib.*, 1918, I, pág. 253 y siguientes).

que en éste lo incluye también el art. 545 del Código civil.

A las citadas limitaciones y otras que las leyes especiales han venido introduciendo se deben añadir las numerosas y más intensas que durante la guerra europea han sido impuestas a la propiedad en atención a los fines supremos de la defensa del Estado, para asegurar el aprovisionamiento del Ejército y de la población, para impedir el aprovisionamiento del enemigo, etc. Son muchos los Decretos lugartenenciales dictados desde 1914 a 1919 que impusieron limitaciones a la propiedad inmobiliaria y mobiliaria, que prohibieron el comercio de mercancías, de materias primeras, de instrumentos; que prohibieron la exportación de muchos objetos, que prohibieron la tala de árboles, la matanza de terneros, y, en suma, que restringieron la libertad de acción que el Derecho común asegura al propietario (1). Notables son también, desde el punto de vista jurídico, ciertas disposiciones con las cuales no se limita simplemente con una prohibición y, por tanto, de modo negativo esta libertad, sino que se impone al propietario una cierta actuación por mandatos positivos que, implicando un *facere*, trascienden de la esfera del derecho de propiedad e invaden la de la libertad personal. Así, por ejemplo, cuando se impuso a los establecimientos industriales la obligación de intensificar la producción o de hacer transformaciones en sus instalaciones (2), se disciplinó la movilización

(1) Ver por ejemplo el Real decreto de 1.^o de Agosto de 1914, número 758; Real decreto de 6 de Agosto de 1914, núm. 790; Real decreto de 28 de Octubre de 1914, núm. 1.186; Real decreto de 23 de Marzo de 1915, núm. 297, etc., para las prohibiciones de exportación; Decreto-ley de 25 de Noviembre de 1917, núm. 1900, para la prohibición de cesión de créditos y exportación de valores al extranjero; Decreto-ley de 6 de Agosto de 1916, núm. 1.029 y Decreto-ley de 21 de Febrero de 1918, número 360 prohibiendo la tala de olivos; Decretos-leyes de 23 y 30 de Marzo de 1916, núms. 354, 370 que prohíben la contratación sobre trozos de metales que limitan la venta del acero, hierro y otros metales.

(2) Ver Real decreto de 26 de Junio de 1915, núm. 993 que impuso el aumento de potencialidad de las instalaciones para subvenir a la producción de municiones y otros materiales bélicos; Decreto-ley de 31 de Octubre de 1915, núm. 1.677 que obligó a las fábricas de gas del alumbrado hacer transformaciones para producir benzol y folno; Decreto-ley de 13 de Febrero de 1916, núm. 151, etc.

industrial y se ordenó a los propietarios y arrendatarios de terrenos de siembra abandonados el cultivarlos o aumentar las superficies destinadas a cultivos de frutos alimenticios (1), o se obligó a los propietarios y poseedores de fundos a soportar las labores de investigación de minas y turberas y la explotación de éstas por los concesionarios autorizados por el Estado cuando aquéllos no las explotasen (2), o se impusieron limitaciones en los dividendos de sociedades mercantiles, etc. (3), (4).

§ 50.—B. Limitaciones en interés privado y derecho de vecindad.

Brugi, Ist. § 36; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 308, III, 2, pág. 170; Chironi, Ist. I, §§ 152-159; Filomusi, Dir. reali, § 49; Zachariae, Man. I, §§ 170-180; Aubry et Rau, Cours. II, §§ 194-200, III, §§ 230-246; Planiol, Traité, I, núm. 2.366 y siguientes; Windscheid, Pand. I, 2, § 169.

Múltiples son como las precedentes las limitaciones impuestas a la propiedad en interés privado y para las relaciones de buena vecindad. Diversos son los criterios de los autores para la clasificación y enumeración de las mismas; algunas son excluidas de la categoría de las limitaciones para ser consideradas como servidumbres legales o como atributos de la propiedad. Lo cual se explica fácilmente si se piensa que una misma dispo-

(1) Ver Decreto-ley de 10 de Mayo de 1917, núm. 788 y Decreto-ley de 4 de Octubre de 1917, núm. 1.614; 14 de Febrero de 1918, núm. 147; Decreto-ley de 2 de Septiembre de 1919, núm. 1.633; Decreto-ley de 22 de Abril de 1920, núm. 515; Real decreto de 8 de Octubre de 1920, número 1.465.

(2) Ver Decreto-ley de 7 de Enero de 1917, núm. 35 para la explotación de las minas y Decreto-ley de 24 de Febrero de 1918, núm. 284 referente a los combustibles nacionales así como el Decreto-ley de 27 de Marzo de 1919, núm. 454 referente a instalaciones que consumen combustibles fósiles nacionales.

(3) Ver Decreto-ley de 7 de Febrero de 1916, núm. 123; 3 de Septiembre de 1916, núm. 1.108.

(4) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concordancias. La servidumbre predial —*praedius inherenter*— está definida en el art. 530 del Código civil español. Según se establezcan por virtud de la ley o por la voluntad de los

sición puede aparecer como limitación de la propiedad o como una determinación del contenido positivo de las facultades del

particulares, el Código las divide en legales y voluntarias (art. 536); las servidumbres legales están reguladas en el cap. II, tít. VII, lib. II, y las voluntarias en el cap. III del título y libro citados; artículos 549 a 593 y 594 a 605, respectivamente.

Las legales tienen por objeto la utilidad pública o el interés de los particulares (art. 549). Las establecidas por razón de utilidad pública están sujetas a un régimen administrativo (art. 550). Las que impone la ley en interés de los particulares o por causa de utilidad privada se rigen por las disposiciones del Código sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales o locales sobre policía urbana o rural (art. 551).

Divide la materia de servidumbres legales en las secciones siguientes: Servidumbres en materia de aguas. Servidumbre de paso. Servidumbre de medianería. Servidumbres de luces y vistas. Desagüe de los edificios. De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones. Comprende en el primer grupo las siguientes:

1.^a La que sujeta a los predios inferiores a recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre descienden de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastran en su curso (art. 552). Esta servidumbre se llama natural en la ley de Aguas de 13 de Junio de 1879 y los Códigos extranjeros—el italiano en el art. 536 que se cita en el texto—la llaman servidumbre derivada de la situación de los lugares. Mejor que una servidumbre es la consagración que hace la ley de un estado de hecho.

2.^a La de uso público de las riberas de los ríos en interés general de la navegación, flotación, pesca, salvamento y camino de sirga (artículos 553 del Código civil y 35, 36, 69 a 74, 112 y siguientes y 226 de la ley de Aguas y 7 al 10 de la de Puertos).

3.^a Servidumbre de estribo de presa para la derivación o toma de aguas de un río o arroyo o para el aprovechamiento de otras corrientes continuas o discontinuas (art. 554 del Código civil y 192 y siguientes de la ley de Aguas).

4.^a Servidumbres de saca de agua y abrevadero en favor de alguna población o caserío (art. 555 del Código civil y 107 y siguientes de la ley de Aguas).

5.^a Servidumbre de acueducto (art. 557 del Código civil; el art. 77 de la ley de Aguas cuando éstas se destinan a fines privados exige determinadas condiciones).

6.^a La servidumbre de parada o partidor (artículos 562 del Código civil y 105 y siguientes de la ley de Aguas).

La *servidumbre de paso*, como las demás estudiadas en las secciones citadas, la impone también la ley, pero tiene por objeto el interés de los particulares. Existe una servidumbre de paso transitoria y temporal para construir o reparar algún edificio, pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él andamios u otros objetos para la obra (art. 569 ¿se refiere a obras necesarias o también a las de mero lujo?) y otra con carácter estable que tiene lugar cuando existe una finca o heredad enclavada entre otras pertenecientes a distinto dueño; el propietario de la primera tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización. Esta servidumbre puede consistir en una vía permanente siendo de uso continuo para todas las necesidades del predio do-

dominio, según el aspecto en que venga considerada (1). Las servidumbres legales mismas funcionan como limitaciones, y hay limitaciones que la ley enumera entre las servidumbres legales y

minante, o simplemente en el paso necesario y discontinuo para el cultivo y extracción de cosechas de la finca enclavada entre otras (art. 564). En el primer caso, el propietario del predio sirviente tiene derecho a una indemnización consistente en el valor del terreno ocupado por el paso, más el importe de los perjuicios que se causen en su predio; en el segundo, la indemnización consistirá en el abono del perjuicio que ocasione este gravamen. Servidumbre fundada en la necesidad, se constituirá en el lugar menos perjudicial (art. 565); la necesidad es cuestión de hecho que las partes apreciarán y en su caso los Tribunales con informe pericial. Con esto desaparece la distinción romana de *iter, actus y vía*. En esta sección se ocupa también de las servidumbres de paso para ganados: cañada, cordel, vereda, abrevadero, descansadero y majada (art. 570 modificado por Real decreto de 13 de Agosto de 1892, aclarado por Real decreto de 20 de Abril de 1903).

La servidumbre de medianería se rige por las disposiciones del Código civil y por las ordenanzas y usos locales en cuanto no se opongan a él, o no esté prevenido en él (art. 571).

Se presume, con presunción *juris tantum*, en los casos del art. 572: paredes divisorias de edificios y jardines o corrales, cercas, vallados y setos vivos que dividan los predios rústicos.

Son signos contrarios a la existencia de esta servidumbre que destruyen aquella presunción y dan base a la de inexistencia los enumerados en el art. 573 del Código.

Las servidumbres de *luces y vistas* (*jus luminum* y *jus prospectus*) autorizan a su titular para tomar luz la primera y luz y derecho de vista la segunda del o sobre el predio ajeno.

El dueño de una pared no medianera, contigua a finca ajena, puede abrir en ella ventanas o huecos para recibir luces a la altura de las carreras, o inmediatos a los techos y de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro, y, en todo caso, con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre (art. 581).

Vistas rectas u oblicuas con voladizos (art. 582). Distancias (art. 583).

Desagüe de los edificios. (*estillicidi, vel, fluminis avertendi*). El propietario de un edificio está obligado a construir sus tejados o cubierta de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo o sobre la calle o sitio público y no sobre el suelo del vecino. Aun cayendo sobre el pro-

(1) Así por ejemplo la comunidad forzosa de pared a que se refiere el art. 570, la norma es que quien quiere construir una casa o una cerca puede hacerlo en los límites de su propiedad, salvo siempre la facultad del vecino de hacer la pared común. Considerada siempre desde el punto de vista del propietario vecino, la norma contiene la determinación de una facultad positiva del dominio; desde el punto de vista del que ha construido la pared o cerca, contiene, por el contrario, una limitación legal en cuanto que le impone una comunidad forzosa de la pared o cerca-límite.

no imponen una verdadera servidumbre (1). Las que aquí se enuncian se refieren a las servidumbres legales y constituyen el grupo más importante las limitaciones que derivan de la relación de vecindad. Difícil es, sin embargo, sentar un criterio general que reduzca a unidad de principios las limitaciones de vecindad. Y más difícil aún establecer un principio general que, fuera de las limitaciones expresamente contenidas en la ley, determine los límites del poder dominical en las relaciones de vecindad, siendo de gran importancia teórica y práctica el indagarlo para resolver la grave cuestión de si a los límites que la ley establece con disposición expresa puedan añadirse otras (2).

pio suelo, el propietario está obligado a recoger las aguas de modo que no causen perjuicio al predio contiguo (art. 586). Aquí no hay servidumbre, solo una limitación del dominio. En el art. 587 se regula la servidumbre voluntaria de desagüe. En el art. 588 es donde verdaderamente se establece una servidumbre legal de desagüe; cuando el corral o patio de una casa se halle enclavado entre otros y no sea posible dar salida por la misma casa a las aguas pluviales que en él se recojan, podrá exigirse el establecimiento de la servidumbre de desagüe dando paso a las aguas por el punto de los predios contiguos en que sea más fácil la salida, y estableciéndose el conducto de desagüe en la forma que menos perjuicios ocasioné al predio sirviente, previa la indemnización que corresponda.

En este artículo no tiene cabida la servidumbre de cloaca.

Distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones. Sobre zona militar terrestre ver art. 589, art. 10, tít. II de las Ordenanzas militares, Reglamento de 10 de Mayo de 1881 para aplicación al Ramo de Guerra de la ley de Expropiación y Reales órdenes de 16 de Septiembre de 1856, 7 de Agosto de 1871 y 2 de Octubre de 1873 sobre construcciones en las zonas militares, Real decreto de 26 de Febrero de 1913.

Sobre distancias para construir cerca de pared ajena o medianera, pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas etc., art. 590; y sobre distancias en la plantación de árboles, artículos 591 a 593.

(1) Antes lo contrario, como ocurre por ejemplo en el art. 591 que se refiere al estilicidio; se dispone que todo propietario debe construir sus tejados de modo que las aguas pluviales viertan en su propio terreno o en una calle y no en el fundo vecino. La norma contiene, pues, una prohibición: la de verter las aguas en el fundo ajeno y no contiene imposición de servidumbre alguna.

(2) Un principio único busca Jorge Vadalá, *I rapporti di vicinato* Torino, 1900, y lo halla en el de la responsabilidad sin culpa expresando su teoría con la fórmula: «en las relaciones de vecindad se puede ser responsable aun en el caso de que se ejercente un derecho».

Se debe partir del hecho de que, puesto que entre dos propiedades contiguas la misma vecindad crea conflictos, es una exigencia social el establecer limitaciones recíprocas en el ejercicio de las facultades correspondientes a cada uno de los propietarios; no es posible el ejercicio del dominio de los fundos contiguos pertenecientes a propietarios diversos sin que uno invada la esfera del otro, y por esto la ley debe imponer restricciones y delimitaciones para que tales intromisiones estén contenidas en la medida que exige el respeto debido a la propiedad del vecino.

A conciliar los derechos de uno y otro tienden, pues, las prohibiciones de hacer en el propio fundo impuestas a uno por el respeto debido a los derechos del vecino y las obligaciones de sufrir algo en el propio impuestas al vecino. Pero, ¿hay otras limitaciones a más de las contenidas en la ley? Un principio limitativo de la libertad de acción que el propietario tiene respecto a su cosa, es dado (al menos para quien reconoce su existencia en el derecho nuestro) por la prohibición de los actos de emulación de que antes hemos tratado. Pero esto es insuficiente porque tiende solamente a impedir los actos que se realizan por el propietario sin que le reporten utilidad alguna y sólo con el fin de causar un perjuicio al vecino, siendo así que puede tratarse de actos que sean provechosos.

No basta tampoco el principio de la ilicitud del acto lesivo, del acto que vulnera un derecho del vecino, porque si se debiese restringir la prohibición a los solos casos de abuso con violación del derecho ajeno, las relaciones de buena vecindad, que son esenciales para la paz social, no serían completamente protegidas en todos los casos en que la invasión de la esfera ajena no implique verdadera y propia violación de un derecho.

La llamada *teoría de la intromisión* puede en gran parte bastar a la exigencia. Hay una máxima en las fuentes romanas que constituye su fundamento, y es que a cada uno es lícito hacer en el propio fundo cuanto le plazca, con tal que no se verifique intrusión en el fundo ajeno (1). Elevando esta máxima a

(1) Ulp. fr. 8. § 5. D. 8. 5: *in suo enim alii hactenus facere licet, quaetenuis nihil in alienum immittat.*

principio general, podría decirse que el ejercicio del propio derecho de dominio no halla limitación más que cuando de él deriva una intromisión en el fundo del vecino. El principio resulta justo en su fundamento; a él obedecen muchas limitaciones positivamente establecidas en la ley y otras que añaden justamente la jurisprudencia y la doctrina. Pero conviene observar que el adoptarlo como norma absoluta llevaría a consecuencias que no serían justas, pues se dan intromisiones módicas que no son ilícitas en cuanto que una moderada invasión de la esfera ajena es autorizada por el Derecho (1). Es más: algunas de las limitaciones legales son propios casos de intromisión efectiva en el fundo ajeno así que es concedida la facultad de intromisión respecto a éste funcionando como limitación. El principio necesita, pues, de templanzas y restricciones, y, además, debe observarse que tampoco él sirve a explicar ciertas limitaciones que no tienen nada que ver con la intromisión. Más idóneo para estos casos puede ser el concepto de la *normalidad del uso* (2).

El uso de la propia cosa debe ser, por parte de su propietario, normal, porque la cosa sólo a tal uso es socialmente destinada y sólo el uso normal resulta protegido por el Derecho; el uso anormal que ocasione al vecino una molestia, una perturbación, debe considerarse prohibido.

Como quiera que venga resuelta cuestión tan delicada, en la que no nos podemos detener (3), veamos cuáles son las más importantes limitaciones de esta categoría.

(1) Ver Dusi, *Sulle immissioni immateriali* (*Riv. Dir. comm.*, 1908, VI, 2, págs. 5-18).

(2) Se remonta a Ihering, *Gesammelte Aufsätze*, 1882, pág. 22 y siguientes.

(3) Ver Scialoja, *La proprietà*, página 267 y siguientes; Filomus-*Dir. reali*, pág. 176; Venzi en Pacifici, Ist. III, I, pág. 304. Ver sobre la materia Brugi, *Della proprietà*, I, pág. 170 y siguientes y Bonfante, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza* (*Riv. Dir. civ.*, III, 1911, página 517; ahora *Scriti giuri*, II, págs. 774, 834 y siguientes). Este último escrito en que se resumen brillantemente las diversas doctrinas, es una aguda y profunda crítica de las teorías de la prohibición de los actos emuladores de la intromisión, de la normalidad del uso; éstas, consideradas por el autor insuficientes o ilógicas, intenta substituir Bonfante por un