

## *SECCION II.—De las restricciones que reciben el derecho de propiedad.*

### *§ I.—De dónde nacen estas restricciones?*

114. Despues de haber dicho que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, el art. 544 agrega: «Con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y los reglamentos». Hay otra restricciόn que resulta de los principios generales: el propietario no puede usar de su derecho, de modo que limite el derecho de los demás. Antes de examinar cuáles son las restricciones que recibe el derecho de propiedad, debe verse cuál es el límite de dichas restricciones. La cuestiόn no se presenta sino para las leyes y los reglamentos, en el sentido de que el poder legislativo y el reglamentario tiene límites cuando se trata de restringir el derecho de propiedad; importa precisarlos. En cuanto á las restricciones que resultan del conflicto de los diversos derechos en el estado de sociedad, los expondremos al mismo tiempo que examinemos el principio y la extensiόn de dichas restricciones.

La dificultad no existe sino para el poder reglamentario. En cuanto al poder legislativo, la cuestiόn es sencillísima: obra con entera libertad en vista de los intereses generales de la sociedad; su acciόn no está embarazada más que por la Constituciόn. Ahora bién, nuestra Constituciόn no establece más que dos principios relativamente á la propiedad. El uno es concerniente al derecho penal; segúrn los términos del art. 12, no puede establecerse la pena de la con-

fiscación de los bienes. El otro se refiere al derecho civil. «Ninguno, dice el art. 41, puede verse privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública.» Tales son los límites constitucionales dentro de los cuales se encierra el poder legislativo; las dos disposiciones que acabamos de citar establecen el principio de la inviolabilidad de la propiedad. ¿Pero en qué sentido es inviolable la propiedad? Esto ciertamente no quiere decir que el legislador no pueda para nada tocar los derechos del propietario; la Constitución no dice eso, y el código civil dice lo contrario.

Todo lo que prohíbe la constitución, es que los propietarios sean despojados de sus bienes, sea á título de pena, sea por cualquier motivo que no sea el de la utilidad pública; y aun permitiendo la expropiación por causa de utilidad pública, la Constitución agrega que el propietario debe ser indemnizado, y esta indemnización debe pagársele antes de que sea desposeido. Sigue de aquí, que la propiedad es inviolable, en el sentido de que se la puede arrebatar al dueño. Salvo esta restricción, el legislador puede sistematizar los derechos del propietario, modificarlos, limitarlos como le parezca. Es omnípotente. Estamos hablando de su derecho y no del uso que de él debe hacer. El legislador no debe fácilmente restringir el derecho de propiedad, este derecho es el fundamento del orden social y si aquél quiere que los que no son propietarios lo respeten, debe dar el ejemplo de ese respeto.

115. El art. 544, dice que el uso de la propiedad puede reglamentarse, en el sentido de que puede prohibirse á los propietarios que hagan de sus bienes un uso que prohíben los reglamentos. ¿Qué autoridad tiene derecho á hacer reglamentos concernientes al uso de la propiedad? Según nuestro derecho constitucional, el rey ejerce el poder reglamentario, y también los consejos provinciales y los

comunales. El rey tiene derecho á tomar disposiciones para la ejecución de las leyes. Para que el rey pueda reglamentar el uso de la propiedad, se necesita una ley que establezca el principio de una restricción; un acuerdo real puede en este caso tomarse como ejecución de la ley. Esto no es más que el derecho común, y es inútil detenerse en ello. El poder reglamentario de los consejos provinciales se limita á los intereses de la provincia; casi únicamente en materia de corrientes de agua es cuando el ejercicio de este poder corresponde al uso de la propiedad; volveremos ha hablar de esto en el título de las *Servidumbres*.

Quedan los consejos comunales. Los reglamentos que ellos hacen son los que más á menudo atañen al uso de la propiedad; las restricciones que le imponen son numerosas; así pues, necesitamos ver cuál es la extensión de ese poder reglamentario. No pretendemos entrar en el dominio del derecho administrativo; nuestro trabajo no debe salirse del derecho privado. Pero aquí precisamente el más considerable de los derechos privados, la propiedad, es la sustancia de la discusión; y ¿pueden los reglamentos comunales restringirlo? ¿Tienen estas restricciones un límite, y cuál es este? La cuestión es tan importante como difícil.

116. La ley comunal de 30 de Marzo de 1836 (art. 78) dice: «El consejo hace los reglamentos comunales de administración interior y las ordenanzas de policía comunal. Estos reglamentos y ordenanzas no pueden ser contrarios á las leyes ni á los reglamentos de administración general ó provincial.» La última disposición del art. 78 es la aplicación de un principio general, que nuestra Constitución formula en estos términos: «Las cortes y juzgados no aplicarán los acuerdos y reglamentos generales, provinciales y locales, sino en tanto que sean conformes á las leyes.» Este principio es una consecuencia de la subordinación de los podes-

res. El rey, como jefe del poder ejecutivo, está cohibido por las leyes, luego es imposible que las derogue; si lo hace, su acuerdo es ilegal, y por lo tanto, no obliga á los tribunales. De la misma manera, las comunas están ligadas en primer lugar por las leyes, por los acuerdos reales que tienen la misma fuerza obligatoria que las leyes, y por los reglamentos provinciales que obligan á todas las comunas de la provincia; por lo mismo, no se concibe que los consejos comunales deroguen las leyes, los acuerdos reales y los reglamentos provinciales; si los derogaran, sus reglamentos y ordenanzas serían nulos y los tribunales tendrían el derecho y el deber de no aplicarlos.

Acerca de este punto, hay cierta duda. Pero esto no nos hace conocer todavía el límite dentro del cual debe moverse el poder reglamentario de las comunas. Se puede preguntar si hay otro límite distinto del que resulta del artículo 108 de la Constitución. Esta exposición atribuye á los consejos comunales todo lo que es de *interés communal*, y agrega que el rey y el poder legislativo intervienen para impedir que los consejos comunales se salgan de sus atribuciones y vulneren el interés general. ¿Quiere esto decir, que los consejos comunales tengan el derecho de hacer todo género de reglamentos de administración interior y de ordenanzas de policía communal, sin más restricción que la intervención del rey ó de la legislatura? No; porque eso equivaldría á hacer de los consejos comunales otros tantos legisladores que tendrían el derecho de expedir leyes locales desde el momento en que se interesase algo de la comuna; esto equivaldría á dar á las comunas un poder superior al del rey; siendo así que la Constitución los subordina al rey. Es imposible que los autores de la constitución hayan querido organizar semejante anarquía. Hemos dicho que les es imposible; en efecto, eso sería contrario á la esencia mis-

ma del poder reglamentario. El reglamento difiere esencialmente de la ley; el legislador tiene la iniciativa, él prescribe, él prohíbe lo que juzga conveniente para el interés general; mientras que el reglamento supone una ley preexistente cuya ejecución asegura. Tal es el poder reglamentario del rey, y tal es con mayor razón el poder reglamentario de las comunas.

¿Por qué la constitución quiere que los consejos comunales reglamenten todo lo que es de interés comunal? ¿Por qué no abandona tal cuidado al poder legislativo, al rey ó á los consejos provinciales? Porque las medidas de ejecución deben tomarse en vista de las necesidades sociales, y éstas son esencialmente variables; no varían solamente según el tiempo y sus circunstancias, sino también según los lugares y las necesidades locales; esto equivale á decir que el legislador, el rey y los consejos provinciales son incompetentes para reglamentar la ejecución de las leyes, desde el momento en que dicha ejecución concierne á los intereses locales. Por esto es que las leyes, de acuerdo en esto con nuestra constitución, han atribuido á las autoridades comunales la reglamentación de las materias que demandan medidas especiales según las exigencias de las diversas localidades. Tal es el sentido de la expresión un poco vaga *de interés comunal* de que se ha servido la constitución para limitar la competencia de los consejos municipales; y en este sentido debe entenderse también el art. 78 de la ley comunal que da á los consejos el poder de hacer reglamentos *comunales* de administración interior y de expedir ordenanzas de policía *comunal*. Esto implica que hay leyes que determinan las materias sobre las cuales las autoridades locales pueden hacer reglamentos y ordenanzas.

147. ¿Cuáles son estas leyes? No era posible que en la

ley comunal el legislador hiciese la enumeración de las numerosas materias que se abandonan á la reglamentación de las autoridades locales: la ley se limita á organizar la comuna y á determinar las atribuciones de los diversos cuerpos que la componen. El art. 78 no tiene otro objeto; da al consejo comunal el poder que, según las leyes francesas pertenecen al *maire*, el de hacer los reglamentos de administración y las ordenanzas de policía que se refieren á un interés comunal. Hay que acudir á leyes especiales para determinar cuáles son las materias concernientes á la administración. No entramos nosotros en tales detalles, que no son de nuestro dominio: los únicos puestos que nos interesan en los reglamentos comunales son los que se refieren al uso del derecho de propiedad.

Según lo que acabamos de decir, es evidente que los consejos comunales no tienen el poder ilimitado de hacer reglamentos sobre el uso de la propiedad; nosotros repetimos que el mismo rey no tiene tal poder; únicamente puede tomar acuerdos para que se ejecuten las leyes; del mismo modo los consejos comunales no pueden reglamentar el uso de la propiedad sino en los puntos que el legislador los ha atribuido. Así pues, su poder de reglamentación está más restringido que el del rey; ellos no pueden reglamentar el uso de la propiedad sino en los casos previstos por la ley. Abramos, pues, nuestras leyes y veamos cuáles son las atribuciones que dan á las autoridades locales cuando se trata de la propiedad. Esas leyes datan de la éra nueva que comenzó en 89; las autoridades investidas del poder reglamentario han variado según las diversas constituciones que se han sucedido desde la Revolución, pero los principios concernientes á las atribuciones han seguido siendo los mismos, porque derivan de la naturaleza de las cosas.

El decreto de 14 de Diciembre de 1789, relativo á la

constitución de las municipalidades, establece, en el artículo 50 (1). «Las funciones propias del poder municipal son las de hacer disfrutar á los habitantes de las ventajas de una buena policía, notablemente de la limpieza, de la salubridad, de la seguridad y de la tranquilidad en las calles, lugares y edificios públicos.» Hánse prevaleido de la expresión vaga de «buena policía» para deducir de ella que el derecho de reglamentación de las autoridades locales se extiende á todo lo que concierne á la policía en su más amplia acepción. La jurisprudencia siempre ha rechazado esta interpretación que tendería nada menos que á transformar los consejos comunales en pequeño cuerpo legislativo. El decreto de 89, el primero que haya organizado las municipalidades conforme al espíritu de la Revolución, no hizo más que asentar un principio, salvo el precisarlo desarrollándolo; y el mismo artículo 50 limita ya al explicarse esta vaga locución de «buena policía,» que, tomada literalmente, lo abraza todo; tratase de la policía local, supuesto que de ella están encargadas las municipalidades, y esta policía local comprende únicamente ciertos intereses que el decreto enumera la *limpieza*; la *salubridad*, la *seguridad*, la *tranquilidad*. La explicación es ya limitativa; la ley de 24 de Agosto de 1790 lo es todavía más.

Esta ley cuyo objeto principal es la organización judicial, contiene un título sobre los *jueces en materia de policía*. El art. 3 (2) dice: «Los objetos de policía confiados á la vigilancia y á la autoridad de los cuerpos municipales son: 1º, todo lo que interesa á la seguridad ó á la comodidad del tránsito en las calles, muelles, plazas y vías públicas; lo que comprende la limpieza, la iluminación, la supresión de escombros, la demolición ó la reparación de las cons-

1. Publicado en Bélgica por el acuerdo de 19 frimario, año 4º.

2. Publicado en Bélgica por acuerdo de 7 pluvioso, año 4º.

trucciones que amenazan ruina, la prohibición de exponer nada en las ventanas ú otras partes de los edificios que pueda causar daño por su caída, y la de no arrojar nada que pueda herir ó causar daños á los transeúntes ó causar exhalaciones perjudiciales; 2º, el mantenimiento del buen orden en los sitios en que se verifica una aglomeración grande de hombres, tales como en las ferias, mercados, regocijos y ceremonias públicas y otros parajes públicos; 3º, la inspección sobre la fidelidad del expendio de efectos que se venden por peso, por vara ó por otra medida, y sobre la salubridad de los comestibles que se exponen á la venta pública.» No hemos transcritto sino aquellas disposiciones de la ley de 90 que conciernen de una manera directa al aseo. He ahí, pues, la definición de la policía comunal y los límites dentro de los cuales se ejerce: esto no es más que el desenvolvimiento del decreto de 89. La ley de 90 nos dice lo que las autoridades locales pueden y deben hacer para asegurar á los habitantes. El *aseo*, la *salubridad*, la *seguridad* y la *tranquilidad*. Fuera de esto, los consejos municipales son incompetentes (1).

118. Resulta del principio que acabamos de formular una consecuencia importante en lo que concierne á los reglamentos relativos á la propiedad: los consejos comunales no pueden atentar á la propiedad, únicamente pueden reglamentar su uso, en tanto que la *limpieza*, la *salubridad*, la *seguridad*, y la *tranquilidad* de los habitantes estan en ello interesados.

Un reglamento del consejo comunal de Lieja de 26 de Mayo de 1854, dice que se abrirá, en la oficina del comisario en jefe de policía, un registro en el cual se inscribirán

1. El principio, tal como acabamos de formularlo, está consagrado por la jurisprudencia de la corte de casación de Bélgica (sentencias de 7 de Marzo de 1853, de 26 de Enero de 1857, de 13 de Abril de 1863, en la *Pasicrisia*, 1863, 1, 310; 1857, 1, 74; 1863, 1, 241).

las declaraciones de objetos perdidos. En seguida dice que toda persona que esté en posesión de un objeto perdido está obligada á hacer inmediatamente la declaración en dicha oficina; y si son llaves, debe depositarlas. ¿Es legal ese reglamento? Basta leer las leyes de 1789 y 1790 para convencerse de que la materia de los objetos perdidos ninguna relación tiene con la policía local; la policía general es la de la cuestión, y ésta policía, en cuanto á los objetos hallados, no podría reglamentarse sino por una ley; el art. 717 del código lo dice expresamente (1).

Los consejos comunales tienen el derecho incontestable de reglamentar el comercio de carnes por interés de la salubridad pública; pueden notoriamente hacer un reglamento sobre los rastros, pero no pueden atribuir á la comuna la propiedad de las cosas que pertenecen á los carníceros y á los matadores de reses. Eso es lo que había hecho el consejo comunal de Nivelles, decretando que los matanceros, carníceros y salchicheros, ningún derecho tenían en la basura, el residuo, las vaciaduras y la sangre, que permanecían como propiedad de la ciudad. Esta se apropiaba cosas que eran propiedad privada; el mismo legislador no tendría tal derecho, supuesto que es una verdadera expropiación, un atentado á la inviolabilidad de la propiedad, tal como la Constitución la garantiza. El acuerdo lo declaró ilegal y la corte de casación.

149. Los consejos comunales no tienen un poder absoluto para arreglar el uso de la propiedad; no pueden hacerlo sino por un interés de policía local, tal como esta se define en el decreto de 1789 y la ley de 1790. En una reciente sentencia, la corte de casación de Bélgica ha for-

1. Sentencia de la corte de casación de Bélgica, de 13 de Abril de 1863, (*Pasceris*, 1863, 1, 242). En el mismo sentido, un fallo del tribunal de policía de Arbois, de 8 de Diciembre de 1864, y del tribunal del Sena, de 4 de Abril de 1865 (Dalloz, 1868, 3, 105 y 106).

ado el principio de una manera más amplia. Se lee en los considerandos que: «el uso del derecho de propiedad tolera todas las restricciones necesarias para que no sea abusivo ó inconciliable con el estado de sociedad.» Sin duda que sí, pero queda por saber quien puede provocar dichas restricciones, y en verdad que los consejos comunales no tienen el extenso poder que parece reconocerles la corte su prema. Nosotros creemos que el considerando que acabamos de transcribir excede á la mente de la corte, hay que ponerlo en paralelo con lo que precede; ahora bien, ahí se dice que el consejo communal cuyo reglamento se atacaba había estatuido por el interés de la seguridad y de la salubridad publicas. Añadiendo dicha restricción; la proposición de la corte es exacta, y su decisión en todo caso es irreprochable.

Un reglamento del consejo cemunal de Iselles establece que todo propietario de un terreno contiguo á la vía pública está obligado á circuirlo por medio de paredes ó enrejados. Se puso en duda la legalidad de dicha disposición. Se decia que el art. 544 permite que se restrinja el uso de la propiedad, pero no autoriza á que se intimé á los propietarios tal ó cual ejercicio obligatario de su propiedad, y ninguna ley da á las autoridades comunales el derecho de constreñir á los particulares á que cerquen sus terrenos contiguos á la vía pública; á lo sumo podrían hacerlo por un interés comunal de salubridad, de tranquilidad ó de comunitad, mientras que el reglamento es general y absoluto. No nos parece seria la crítica. Claro es que el reglamento tenía por objeto un interés comunal, como lo expresa la sentencia de la corte de Bruselas, contra la cual se dirigía el recurso, la seguridad y la comunidad del tránsito no podrían estar garantidas, si se permitiere que á lo largo de las calles se conservasen terrenos vagos, accesibles al primer

transeunte; abiertas á todas horas del día y de la noche, podrían servir de refugio á los malhechores y de depósito para las materias insolubres. Este es el interés de policía local que el reglamento estaba destinado á resguardar. Y desde el momento en que el consejo tenía el derecho de prescribir un cerco, podía y hasta debía para conseguir el objeto que se proponía, determinar la manera de hacerlo.

120. Los reglamentos sobre las construcciones dan lugar á numerosas dificultades. Desde el momento en que las autoridades locales estatuyen por un interés de salubridad, de seguridad, de vía vecinal, sus reglamentos son legales. Se ha fallado por la corte de casación de Francia que un acuerdo municipal puede prohibir á los propietarios que coloquen sus caballerizas á lo largo de la vía pública; dichos acuerdos se fundan en un interés de salubridad, porque las caballerizas difunden mal olor; hay también un interés de tranquilidad pública, porque los animales encerrados en los establos y caballerizas perturban con sus gritos, bramidos y ruidos el reposo y tranquilidad de los habitantes; el alcalde municipal estaba, pues, en su derecho al ordenar que las caballerizas y establos se construyesen á la espalda de las habitaciones ó en los patios. Se discutía la legalidad de su acuerdo, porque no hay ley que prohíba al propietario que coloque sus caballerizas en donde mejor le parezca. Esto equivalía á decir que para cada objeto de policía se necesitaría una ley, lo que evidentemente restringiría la acción de las autoridades locales á límites demasiado estrechos; precisamente porque en esta materia son imposibles las leyes es por lo que el legislador se ha atenido á la vigilancia de las autoridades locales, como lo dice la ley de 1790 (1).

Es también incontestable que los reglamentos comunales

1. Sentencia de casación, de 1º de Marzo de 1851 (Daloz, 1851, 1, 303).

pueden fijar la altura de los edificios y limitarla. Un reglamento del alcalde de Lyon expone muy bien los motivos de estas restricciones que recibe el derecho de propiedad. «La desmesurada elevación qe se da á las casas puede comprender la seguridad, la salubridad y la comodidad pública: la seguridad, porque es difícil prever los acontecimientos que pueden ocasionar, sea los defectos de proporción en las construcciones que tienen una elevación tan considerable, sea la dificultad de procurar auxilios para salvar los pisos superiores en caso de incendio: la salubridad y la comodidad, porque demasiada altura, en las calles poco anchas, las obscurece, y las vuelve húmedas y mal sanas.» Sin embargo, se puso en duda la legalidad de ese reglamento. El actor en casación invocó el art. 552, por cuyos términos la propiedad del suelo implica la propiedad de lo que está encima. Habría podido también invocar el art. 544 que da al propietario el derecho de gozar y de disponer de su cosa de la manera la más absoluta; pero este mismo artículo agrega que el ejercicio de la propiedad puede estar limitado por las leyes y reglamentos. ¿Tenía el alcalde el derecho de expedir aquel reglamento? Su derecho está escrito en el decreto de 1789 y en la ley de 1790 que antes hemos citado. ¿Se había él excedido de las necesidades de la policía local? Así lo pretendían; la corte de casación decidió que únicamente los tribunales son los que tienen derecho á examinar si los reglamentos locales se han hecho dentro de los límites de las atribuciones confiadas á la autoridad municipal. Si los reglamentos estatuyen sobre intereses que las leyes ponen bajo su vigilancia, el juez debe aplicarlos, porque no le corresponde apreciar el mérito de las medidas prescritas por la autoridad local (1). Esta última proposición está conce-

1 Sentencia de casación, de 30 de Marzo de 1827 (Dalloz, en la palabra *comuna*, número 866).

bida en términos demasiado generales, que ciertamente se extralimitan de la mente de la corte; si á pesar de fundarse en un interés de seguridad y de salubridad, el reglamento violase el derecho de propiedad, es claro que sería ilegal y hasta inconestitucional. Más adelante veremos algunas apreciaciones de este principio.

121. Existe un estatuto de la ciudad de Bruselas, de 19 de Abril de 1657 cuyo art. 83 establece: «Ninguna persona puede alzar ó bajar el suelo antiguo de su heredad, de tal manera que los bienes vecinos padeczan con ello y que las paredes, cimientos ó obras estuvieren en riesgo de caer ó de deteriorarse.» ¿No viola este reglamento el principio de que el que usa de su derecho no hace mal á nadie? ¿Acaso el propietario no tiene el derecho de levantar ó de bajar su fundo? La corte de Bruselas ha considerado el reglamento como obligatorio, y con razon (1). Más adelante diremos cuál es el sentido de la máxima de que cada uno puede usar de su derecho; este principio está limitado cuando el derecho del uno se halla en conflicto con el derecho del otro; en este caso, los derechos iguales se restringen necesaria y naturalmente. Queda por saber si las autoridades locales pueden tomar disposiciones para prevenir conflictos. No pueden hacerlo sino cuando hay un interés de policía local en cuestión; ahora bien, en el caso de que estamos tratando, el estatuto mismo se funda en un interés de seguridad: esto basta para legitimar las disposiciones que él prescribe.

122. La salubridad pública puede también justificar la intervención de la autoridad local. Hay una legislación especial sobre los establecimientos peligrosos, insalubres ó incómodos: de ello diremos algo más adelante. Los conse-

1 Bruselas, 3 de Abril de 1831 (*Pasicrisia*, 1830, p. 95).

jos comunales pueden dar reglamentos sobre las habitaciones insalubres; y el derecho para hacerlo lo tienen por el decreto de 1789 y la ley de 1790. En la mayor parte de las ciudades hay reglamentos de este género. El de Bruselas ha dado lugar á vivos debates. Autoriza al cabildo de regidores á que prohíba la habitación de las casas y alojamientos cuyo desaseo y falta de ventilación comprometiesen de una manera permanente la salubridad pública. En ejecución de este acuerdo, el cabildo, á informe de la comisión médica, prohibió la habitación de cinco casas, y ordenó su desocupación en el plazo de seis días; habiéndose rehusado el propietario, los inquilinos fueron expulsados y las llaves se entregaron á la administración. El propietario entabló una acción posesoria, que no fué admitida; siendo legales los hechos de despojo, ya no podía tratarse de perturbación. Ante la corte de casación, el actor no discutió la legalidad del reglamento; pretendió que expulsando á los inquilinos y apoderándose de las llaves, la administración communal lo había expropiado ilegalmente. La corte rechazó el recurso, resolvió que no podía tratarse de una violación del derecho de propiedad, supuesto que el actor conservaba la propiedad y la posesión; únicamente se le prohibía que hiciese de su derecho un uso que comprometiera la salubridad pública (1).

123. Hay en nuestras grandes ciudades, construcciones que se destinan á la habitación de los jornaleros. La especulación se ha apoderado de ellas; dichas miserables casas producen una pingüe renta, porque los especuladores las construyen midiendo con cruel parsimonia el espacio y el aire necesarios á la vida. Ha sido preciso que las autoridades locales intervengan para marcar un límite al infame

1 Sentencia de casación, de la corte de casación de Bélgica de 6 de Febrero de 1851 (*Pasicrisia*, 1859, 1, 287).

provecho que los ricos hacían á costa de la salud y vida de los indigentes. El derecho de los consejos comunales no es dudoso: lo toman del decreto de 89 y de la ley de 90; y este derecho ha sido consagrado de nuevo por la ley belga, de 1º de Febrero de 1844. Citaremos las disposiciones del reglamento de la ciudad de Gante sobre los cercados; son severas, pero es incontestable su legalidad.

Se requiere una autorización del consejo municipal para construir ó reconstruir, lo mismo que para adecuar casas á fin de arrendarlas en cuartos, cuando tales construcciones se hacen en el interior de los patios y jardines. Por más que se trate de casas construidas en el interior de una propiedad, el propietario no es libre para edificar, ni para edificar á su antojo. Podría creerse que hay en esto una violación de la propiedad, pero como dichas casas se destinan á la habitación de las clases trabajadoras, hay un derecho más considerable que el uso absoluto de la propiedad, y es la salud y la vida de los hombres. No se concede la autorización sino cuando una averiguación ha comprobado que las construcciones ofrecen todas las garantías, bajo el punto de vista de la salubridad pública. Cuando se trata de la vía pública, son libres los propietarios para construir como gusten, salvo la aplicación de los reglamentos sobre alineación y elevación de los edificios. Respecto á los cercados, la administración interviene hasta en los menores detalles, á fin de vigilar en que en la ejecución los propietarios no sacrifiquen los intereses de la humanidad al lucro. Viene la sanción, que es de un rigor justo. Las localidades que no reciben directamente el aire de la calle ó de un patio suficientemente extenso no pueden servir de habitación. Está prohibido habitar los sótanos así como los graneros y tejados sin techo y que no tengan la elevación fijada por el reglamento. Cuando hay cercados, casas ó habitaciones

cualesquiera que, por el sistema de su construcción, por su estado de deterioro, de desaseo, de vetustez, por falta de ventilación, de agua potable, de derrames, por el hacinamiento de locatarios, por la falta de cuidado de las letrinas ó por otra causa cualquiera, pueden comprometer la salubridad ó la seguridad de los habitantes, el consejo municipal notificará á la parte interesada las medidas que debe tomar; si no las ejecuta en el plazo prescrito, el consejo prohíbe la habitación de las casas y alojamientos. Los cercados declarados inhabitables son desocupados dentro de quince días, y se fija en la fachada de la casa ó del cercado un rótulo que diga: cercado ó casa prohibidos por causa de insalubridad.

124. Con excepción de los cercados que se construyen en el interior de las propiedades y que están sometidos, en razón de su destino, á una legislación especial, los reglamentos sobre construcciones no se refieren sino á las que se levantan á lo largo de la vía pública. Se ha preguntado si los consejos comunales podían prohibir que se construyese sin la autorización del colegio, aun cuando la construcción no toque la vía pública. La cuestión se suscitó á propósito de un reglamento de la ciudad de Anvers, que establece que: «está prohibido ejecutar, reparar, cambiar ó demoler ninguna construcción ó cercado, y *hasta veinte metros de distancia de la vía pública*, sin autorización previa del colegio de los burgomaestres y regidores, el cual prescribirá el alineamiento y las condiciones especiales que juzgue necesarias.» Se levanta información contra un propietario por haber mandado construir en el sótano de su casa un pozo de bomba á *tres metros* de distancia de la vía pública. El acusado quedó libre en primera instancia y en apelación, porque el reglamento no tenía por objeto más que las construcciones exteriores. Ante la corte de casación se

debatíó la legalidad del reglamento si se quería aplicar á los trabajos que se hiciesen en el interior de una casa. La corte casó el fallo del tribunal de Anvers. Ella trae á la memoria la disposición de la ley dé 24 de Agosto de 1790 que confía á la vigilancia de los consejos comunales la seguridad del tránsito en las calles, y por consiguiente, la solidez de las construcciones que se levantan á lo largo de la vía pública, á fin de prevenir, por medio de medidas convenientes, los accidentes que pudieran resultar de construcciones viciosas. ¿Es suficiente para esto que la autoridad comunal dé el alineamiento y vigile las construcciones exteriores? Nó, se necesita que extienda su vigilancia á los trabajos hechos en el interior, pero en la cercanía de la vía pública, porque podrían comprometer los intereses que aquella autoridad tiene la misión de resguardar. A los consejos comunales corresponde, pues, determinar el límite hasta el cual se ejerce la acción del colegio; si las partes interesadas entienden que los reglamentos exceden las justas exigencias de la policía local, deben dirigir sus reclamaciones á la administración superior; en cuanto á los tribunales, están obligados á aplicar los acuerdos sobre las construcciones, porque se han tomado dentro de los límites prescritos por la ley (1).

El juzgado correccional de Gante, el cual conoció del negocio, falló como el de Anvers. Hubo un nuevo recurso, que se interpuso ante las salas reunidas. La corte de casación mantuvo su jurisprudencia. No obstante, el procurador general insistió sobre un punto, á fin de precisar los límites dentro de los cuales se ejerce el poder reglamentario de las comunas en cuanto á las construcciones. Este poder se apoya en el decreto de 89 y en la ley de 90. Ahora bien, esas di-

1. Sentencia de casación, de 14 de Marzo de 1854 (*Práctica*, 1854 t. 147).

posiciones encargan á los cuerpos municipales que velen por la salubridad pública y por la seguridad del tránsito en las calles; así, pues, para que la autoridad local pueda intervenir, se necesita que la construcción amenace la seguridad del tránsito en las calles ó la salubridad pública; si la construcción es interior, en el sentido de que no tenga contacto alguno con la vía pública y en nada pueda comprometer la seguridad del tránsito y la salubridad pública, los consejos comunales están sin acción. Dentro de estos límites deben, pues, encerrarse. Si los exceden, las partes interesadas pueden hacer que se reforme el reglamento de la autoridad superior; pero los tribunales deben aplicarlos desde el momento en que tienen por objeto los intereses confiados á las comunas (1). Una sentencia reciente de la corte de casación formula este principio con mucha claridad. Las leyes de 89 y de 90 no determinan la naturaleza de las precauciones ni los sitios en que puedan tomarse para asegurar la salubridad del tránsito. Resulta del objeto que se ha propuesto el legislador que las medidas se extienden necesariamente á las causas que tienen su principio y su asiento en el recinto de las propiedades particulares, y cuya acción insalubre propagándose hacia fuera, puede dañar la salud pública y amenazar con calamidades, ó puede comprometer la seguridad de los transeuntes (2).

125. Los tribunales deben aplicar los reglamentos comunales cuando se expidan sobre materias que las leyes confían á la vigilancia de las autoridades locales, ellos no pueden examinar el mérito de las disposiciones tomadas para resguardar el interés de la policía. Este derecho pertenece únicamente á la administración que está llamada á

1 Sentencia de casación, de 2 de Agosto de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 1, 348).

2 Sentencia de denegada apelación, de 23 de Enero de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 1, 143).

inspeccionar los actos de las comunas, es decir, á la diputación permanente del consejo provincial y al rey. Pero si el reglamento es concerniente á un objeto que no entra en la competencia de los consejos comunales, los tribunales tienen el derecho y el deber de no aplicarlo. Nosotros hemos dicho que, por interés de salubridad y seguridad públicas, los consejos comunales pueden fijar la altura de las casas. Algunos hay que han ido más lejos y han determinado el modo de construcción; la arquitectura, cosas todas que se refieren al embellecimiento de las ciudades, pero que nada tienen de común con la salubridad pública sino con la seguridad del tránsito. Estos reglamentos son ilegales, porque ninguna ley da á las autoridades comunales el derecho de reglamentar las construcciones por un interés de estética. Una ley semejante estaría en oposición con el principio de la individualidad, que es la base de nuestro orden social: es preciso que cada uno tenga el derecho de construir su habitación á su antojo, conforme á su gusto, bueno ó malo; el aspecto de las calles será con ello menos hermoso, pero la variedad de las construcciones manifestará que el legislador respeta los derechos de la individualidad humana. La jurisprudencia está en este sentido.

Sucede á veces que las autoridades locales invocan las leyes de 89 y de 90, á la vez que se salen de los límites que estas leyes trazan á su acción. ¿Quiere decir esto que basta que un reglamento declare que se da con el fin de resguardar la seguridad pública para que sea obligatorio? Ciertamente que no. Los tribunales tienen el derecho de examinar si, en realidad, el reglamento es conforme á las leyes que rigen la esfera de acción de las autoridades locales. Un acuerdo municipal ordenó á los habitantes que revocasen con blanco de cal ó otro color claro todas las paredes que tienen vista á la calle, así como á los jardines y patios interiores; que

igualmente deberían revocar todas las partes de las casas en donde la intemperie ha puesto á descubierto los cabriales y vigas que componen las fachadas. En el preámbulo de esa ordenanza, se dice que la ciudad presenta un aspecto tan nau-seabundo como peligroso para la *salud* y la *seguridad* de los habitantes, en atención á que se compone principalmente de casas agrietadas, sucias y desprovistas del blanqueo que preserva de los incendios. Se ve que dicho reglamento se funda en los grandes intereses de seguridad y de salubridad que la Asamblea constituyente confió á la vigilancia de las municipalidades. No obstante, la corte de casación decidió que era ilegal porque las medidas que prescribía podían muy bien contribuir al embellecimiento de la ciudad, pero que no eran necesarias para la seguridad y salubridad pú blicas (1). Con mayor razón es esto así de un reglamento que previene se empleen varios colores ó ciertos matices para la pintura exterior de las paredes. Un reglamento del consejo communal de Lieja decretó que las fachadas de las casas con vista á la calle no podrían pintarse más que de un solo matiz comprendido entre el color piedra de arena y el verde resedá claro. La corte de casación de Bélgica decidió que esta ordenanza no se refería á ninguno de los objetos que las leyes colocan entre las atribuciones de las autoridades locales, que, por consiguiente, no era obligatorio.

126. El interés de la salud pública impone, además, otras muchas restricciones al derecho de propiedad. Entre los objetos que la ley de 24 de Agosto de 1790 confía á la vigilancia y á la autoridad de los cuerpos municipales se en- encuentra la salubridad pública que la ley define en estos tér minos: «El cuidado de prevenir por precauciones conve-

1 Sentencia de denegada apelación, de 7 de Marzo de 1862 (Dá- lloz, 1863, 1, 200).

nientes y el de hacer cesar los accidentes y calamidades, tales como las epidemias, las epizotias.» Estos términos no deben interpretarse restrictivamente; el objeto que el legislador se ha propuesto exige, al contrario, que se dé la más amplia extensión al poder de las autoridades comunales, cuando se trata de asegurar la salud y la vida de los habitantes. También en este sentido es como la jurisprudencia aplica las leyes de la Asamblea constituyente.

La ley de 6 de Octubre de 1791 (título II, art. 13) ordena que los animales muertos se enterrarán en el mismo día, á cuatro pies de profundidad, por el propietario y en su terreno, ó se llevarán al paraje designado por la municipalidad para que sean enterrados. Como la ley no especializa nada, corresponde á los consejos comunales expedir reglamentos, á fin de asegurar la ejecución de la ley, y sobre todo, á fin de prevenir que los propietarios vendan los animales muertos para entregarlos al consumo. El derecho de propiedad se encuentra en este caso en conflicto con un de derecho superior, el de la salud y de la vida; y naturalmente predomina la salubridad pública.

Hay materias corrompidas que los propietarios emplean para cebar puercos: tales son las crisálidas de los gusanos de seda. Esto no impide que las autoridades locales ordenen su enterramiento por interés de la salubridad pública. No han dejado los propietarios de invocar su derecho de propiedad, diciendo que el que usa de su derecho no comete un delito; se les ha contestado que usar de lo propio contraviniendo un reglamento que ordena el enterramiento, ya no es usar de un derecho. Se oponía aún que los objetos que los reglamentos ordenaban que se enterrasen, estaban depositados á tal distancia de la vía pública que no podían ser perjudiciales; los tribunales no dieron oido á esas excusas.

sas. Cuando una prohibición es absoluta, el juez debe observarla y la autoridad administrativa verá si debe modificarse.

Los reglamentos pueden por interés de la salubridad pública, restringir el ejercicio del derecho de la propiedad, hasta en el interior de las habitaciones. Un acuerdo intimaba á los propietarios ó inquilinos que mandarán quitar cada cinco días, de sus casas, patios, callejuelas, jardines ó de pendencias, todos los estiércoles, inmundicias y otras materias capaces de difundir exhalaciones infectas y mal sanas; á la aspiración de este plazo, el comisario de policía debía mandar quitar de oficio los depósitos, á expensas de los contraventores y sin perjuicio de la aplicación de las penas. La corte de casación decidió que esta disposición, tomada con la idea de prevenir una epidemia de que estaba amenazado el país, era legal y obligatoria (1). En vano se invoca la inviolabilidad del domicilio y el derecho absoluto de propiedad: la inviolabilidad del domicilio y el derecho de propiedad no permiten que el propietario haga de su propiedad un foco de infección. Hay aquí dos derechos en conflicto, y el más imperioso debe predominar.

No hay que inferir de los términos de la sentencia que acabamos de citar que los consejos comunales no puedan intervenir sino cuando la comuna esté amenazada de una epidemia. La salubridad pública es un interés permanente, y si no se toman las medidas necesarias para garantizarla, se producirán epidemias. Luego la autoridad local está en su derecho, según el texto mismo de la ley de 90, puede y debe velar siempre por la salud de los habitantes, y sus reglamentos son obligatorios, por más que se refieran al interior de las habitaciones. ¿Dirán los propietarios que

1 Sentencias de casación, de 6 de Febrero de 1823 (Dalloz, *Comuna*, núm. 909), y de 6 de Octubre de 1832 (*ibid.*, núm. 974).

pueden hacer en su dominio lo que se les antoje? Nosotros hemos contestado de antemano á la objeción. La jurisprudencia se halla en este sentido: da validez á los reglamentos que prohíben á los propietarios que tengan en su terreno montones de estiércol y de todo lo que puede corromper el aire difundiendo exhalaciones malsanas (1).

127. En este principio descansan los reglamentos que prescriben medidas para vaciar las fosas de los inodores. La costumbre de París prescribía ya á los habitantes que tuviesen «letrinas y excusados suficientes en sus casas.» Acerca de este punto, la costumbre estaba lejos de constituir el derecho común de la Francia: hay cierta gran ciudad del Mediodía en la que los depósitos de inodores no se introdujeron sino hasta 1854! Es derecho incontestable de las autoridades locales ordenar á todo propietario que construya letrinas en su casa. Es verdad que en este caso los reglamentos penetran al interior de las habitaciones; pero, como acabamos de decirlo, las comunas tienen ese derecho cuando se trata de asegurar un interés tan importante como la salud y la vida de los hombres. Se ha fallado que el acuerdo municipal que ordena que en un plazo determinado todas las casas de la ciudad deberán estar provistas de fosas fijas ó móviles, se aplica también á las casas existentes como á las que están por construir (2). Los hombres resisten hasta á las mismas medidas que tienden á garantir su existencia; opusieron á dichos reglamentos, tan necesarios, que su acción retrogradaba; los tribunales no escucharon tales reclamaciones dictadas por un ciego interés; ¿se necesita decir que no existe derecho adquirido contra el derecho

1. Sentencia de casación, de 6 de Febrero de 1823 (Dallez, *Ciudad.*, número 909).

2. Sentencia de casación, de 13 de Febrero de 1857 (Dallez, 1857, 1, 178).

de la sociedad? ¿y hay algún derecho que sea superior al de la vida?

Hay numerosas sentencias sobre esta materia; lo que manifiesta la solicitud de las autoridades municipales á la vez que la resistencia opuesta por los propietarios aun á las mejores medidas, cuando les imponen un sacrificio. La corte de casación ha fallado que el alcalde puede prescribir, por interés de la salubridad publica, que la desocupación de las fosas se opere en el momento mismo en que se haya palpado esa necesidad (1); que le pertenece determinar la hora en la cual debe tener lugar la operación (2). Los contraventores ponen mil excusas: unas veces dicen que la autoridad local, advertida de que se habían quitado las fosas, no se había opuesto á ello, otras veces que las materias fecales se habían desinfectado; la corte de casación no admite ninguna excusa, aplica los reglamentos con el mismo rigor que el código penal, sin dejarse influenciar por las reclamaciones del interesado querellante. Una multa de un franco es muy poca cosa; es de jurisprudencia que además, de la pena, puede haber una condena á daños y perjuicios; la reparación consiste en que la autoridad local puede mandar construir las fosas á expensas de los propietarios recalcitrantes (3). Es inútil detenerse en las objeciones banales que se hacen contra la pretendida violación de la propiedad y del domicilio, puesto que la hemos contestado.

128. Hay, no obstante, algunos puntos que dan lugar á duda. ¿Pueden los reglamentos prescribir un modo espe-

1 Sentencia de casación, de 5 de Abril de 1852 (Daloz, 1853, 5, 472).

2 Sentencias de casación, de 31 de Diciembre de 1846 (Daloz, 1847, 4, 37), y de 13 de Abril de 1849 (Daloz, 1849, 5, 397). Sentencia de la corte de casación de Bélgica, de 14 de Junio de 1858 (*Práctica*, 1858, 1, 339).

3 Sentencia de casación, de 13 de Agosto de 1860 (Daloz, 1860, 5, 32).

cial de construcción de las fosas? ¿No es esto atentar á la propiedad? Evidentemente que no. Las autoridades locales no hacen, al ordenar precauciones, sino lo que todos los días se hace en materia de establecimientos peligrosos, insalubres ó incómodos; á la vez que permite que se construyan en el interior de las ciudades, la administración prescribe medidas que pueden neutralizar ó atenuar por lo menos sus inconvenientes. Este es un derecho que resulta de la naturaleza de las cosas. En vano la autoridad municipal ordenaría que los propietarios tuviesen inodores; se necesita, además, cuidar de que sean en número suficiente, como lo expresa la costumbre de París, porque el riesgo que de aquí resulta para la salubridad pública no puede desviarse si el modo de construcción impide que se difundan los malos olores. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo (1).

La solicitud de las autoridades locales debe, además, extenderse á la manera de transportar las materias fecales. En este punto, el derecho de las comunas es evidente, puesto que la salubridad pública está directamente interesada. Pasa lo mismo con la manera de extracción; el poder reglamentario debe extenderse hasta allí, si se quiere que llene el objeto por el cual se ejerce. La corte de casación ha fallado que una disposición del alcalde ha podido intimar legalmente que en lo sucesivo no se empleasen para vaciar las fosas, sino bombas aspirantes é impenentes, concluyendo por tubos, sin fuga ó escape, las materias fecales desde las fosas hasta las pipas de recepción.

El derecho nos parece evidente, pero la resistencia de los propietarios y de los inquilinos es más evidente todavía. Existen reglamentos que han ensayado resolver la dificultad, ordenando que la extracción se haga por un contra-

1. Dulloz, en la palabra *vidanges*, núms. 28-30.

tista y por cuenta de la ciudad, la que le procurará una renta, á la vez que garantizará completamente el interés de la salubridad. Queda por saber si dichos reglamentos son legales. La corte de casación ha resuelto por mucho tiempo la afirmativa, pero se ha arrepentido de esa jurisprudencia. A nuestro juicio, la ilegalidad es evidente. Por una parte, se quitan á los propietarios materias que sirven de abono, y que pueden utilizar sea empleándolas ellos mismos, sea vendiéndolas, esto es violar el derecho de propiedad. Por otra parte, se crea un monopolio en provecho del contratista, lo que se halla en oposición con la libertad industrial proclamada por las leyes de la Revolución (Ley de 17 de Marzo de 1791, art. 7).

129. Se presenta una última cuestión sobre esta materia. Una comuna establece un acueducto en una calle, y un reglamento ordena á los propietarios ribereños que supriman los pozos ó fosas de absorción que existiesen en sus propiedades. Por esto se entienden los receptáculos adonde vienen á aglomerarse las aguas de las casas, las innundieas, las materias fecales, cosas todas que, por su acumulación, producen exhalaciones dañosas, y por su infiltración corrompen las fuentes, y por consiguiente, las aguas de los pozos. La supresión de estas fosas es, pues, una medida prescrita por interés de la salubridad pública. ¿Pero no es un atentado al derecho de propiedad?

Esta cuestión ha dado margen á prolongados debates ante la corte de casación de Bélgica. La propiedad, dice el tribunal de Malinas, es el derecho de gozar de las cosas de la manera más absoluta, luego no se puede privar al propietario de su goce sin expropiarlo; ahora bien, según el artículo 11 de la Constitución, nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública. Se contesta que el *goce* no debe confundirse con la *cosa*; que el artí-

culo 544 permite que se restrinja el uso por medio de reglamentos, y por tanto el goce, que se confunden. Se insiste y se dice que hay expropiación desde el momento en que el propietario es *privado* de su propiedad, en todo ó en parte; ahora bien, el propietario se ve privado de la fosa de absorción que está obligado á suprimir. Se agrega que la Constitución belga, en este concepto, es más restrictiva que el código civil; el art. 545 dice únicamente que nadie puede ser forzado á *ceder* su propiedad, lo que implica que no hay expropiación sino cuando hay transmisión de propiedad, mientras que la Constitución prohíbe *privar* al propietario de lo que le pertenece, aun cuando no hubiese apropiación á consecuencia dē esa privación. Nosotros admitimos que el art. 11 de la Constitución es aplicable aun cuando un propietario fuese privado de su propiedad sin que hubiese apropiación en provecho del Estado ó de un particular. La cuestión es, pues, esta: ¿Hay realmente privación de la propiedad en el caso de que se trata? Acabamos de decir (núm. 128) que habría violación dē la propiedad si un reglamento atribuye al contratista la propiedad de las materias fecales que está encargado de extraer de las fosas; á este respecto no hay duda alguna, supuesto que se quita al propietario un bien, un valer pecuniario. Si en lugar de apoderarse de estas materias en provecho del contratista y, en definitiva, de la ciudad, la autoridad comunal ordena que se les desvíe á un acueducto por motivo de salubridad, la pérdida para el propietario es la misma. ¿Qué importa que la comuna no saque de ello ningún provecho pecuniario? No por eso deja de estar perdida para el propietario la cosa que produce aquel beneficio; luego está él privado de ella, y por consiguiente hay expropiación en el sentido amplio de la Constitución. La cuestión, según la entendemos, se reduce, pues, á estos términos: si hay pri-

vación de una cosa útil, de una cosa que esté en el comercio, hay por eso mismo expropiación; mientras que no la hay, si la cosa no es útil ni está en el comercio. Nuestra conclusión es que la corte de casación ha ido demasiado lejos al decidir, de una manera absoluta, que los reglamentos que ordenan la supresión de los pozos de absorción, son legales (1). Debemos agregar que la jurisprudencia de la corte de casación parece estar en armonía con el conjunto de nuestra legislación: nuestras leyes imponen muchas restricciones al derecho de propiedad sin indemnización ninguna, aunque dichas restricciones disminuyan su valor. Tales son las servidumbres establecidas por un interés público; más adelante hablaremos de esto.

130. El código civil, al mantener las restricciones impuestas al uso de la propiedad por los reglamentos, no distingue entre los antiguos y los nuevos. Luego pueden invocarse los antiguos, con tal, como debe suponerse, que no sean contrarios á los nuevos principios proclamados después de la revolución de 89. En lo que se llama la época antigua, casi no se respetaba la propiedad; los reglamentos la violaban y á menudo con extraña falta de inteligencia. Citaremos algunos rasgos, aun cuando no sean más que para probar que los legisladores revolucionarios inauguraron el verdadero respeto á la propiedad. Cédulas reales de 1599 prohibían que se abonasen las tierras con estiércol de puerco para sembrar plantas de jardinería. Una ordenanza de policía de 1697 prohibía el empleo de las materias fecales en el abono de la tierra, á menos que estuviesen enteramente consumidos. Un acuerdo del consejo de Estado, de 5 de Junio de 1731, prohibía plantar viñedos. Otros edictos y decretos querían que se conservara todo el bálogo para

1. Sentencia de casación, de 2 de Agosto de 1851 (*Paricrisia*, 1852, 1, 20); y la requisitoria conforme del procurador general, p. 14.

los pobres. Uno de los primeros decretos de la Asamblea constituyente emancipó las tierras de toda servidumbre feudal. La ley de 6 de Octubre de 1791 resumió los principios nuevos declarando que el territorio de la Francia, en toda su extensión, era libre como las personas que lo habitaban; la ley deduce esta consecuencia que «los propietarios son libres para variar á su antojo, el cultivo y la explotación de sus tierras» (tit. I, sec. I, arts. 1 y 2). Esta ley abroga implicitamente las leyes, usos y reglamentos antiguos que la contrariaran.

En Limburgo había una costumbre en cuya virtud se podía transitar por las tierras cultivadas por hojas y estaciones, durante el año de barbecho, con caballos y vehículos, aun cuando contra lo habitual hubiesen estado cultivadas. Este uso se halla evidentemente en oposición con la libertad de cultivo consagrada por la ley de 1791, luego está abrogado (1). Lo mismo sucede con los pregones de vendimias que las autoridades municipales reproducen todos los años; esos bandos no pueden prohibir á los propietarios la entrada de las vides, ni subordinar el ejercicio de dicha facultad á una autorización; semejante prohibición es incompatible con el libre ejercicio de la propiedad consagrada por la ley de 1791 y mantenida por el código civil (2). Del mismo modo es ilegal un acuerdo que prohíbe á los cultivadores que vayan á cortar yerba en los trigales (3). Con mayor razón son ilegales los reglamentos que, fundándose en antiguas costumbres, fijan la cantidad de bálgano que cada labrador puede tomar, y que ordenan que el exceso sea para los pobres:

1. Sentencia de la corte de casación de Bélgica, de 29 de Junio de 1836 (*Pasierista*, 1836, 1, 268).

2. Sentencia de casación, de 24 de Febrero de 1865 (Daloz, 1865, 1, 496).

3. Sentencia de denegada apelación, de 3 de Diciembre de 1859, (Daloz, 1859, 1, 520).

hay aquí una violación evidente del derecho de propiedad, una verdadera expropiación en beneficio de los pobres (1).

131. La seguridad pública da también á la autoridad local el derecho de imponer algunas restricciones á la propiedad. Cierto es que aquella puede prohibir que los techos se cubran con bálgago, y á título de reparación, los tribunales pueden ordenar la destrucción de tales techos. Pero la autoridad local se saldría de los límites de sus poderes al prescribir á los propietarios que destruyesen los techos cubiertos con bálgago. Habiéndose hecho estos tejados en época en que ninguna ley ni ordenanza los prohibían, el propietario hizo lo que tenía derecho á hacer; no puede incurrir en ninguna pena, ni, por consiguiente, verse obligado á reparaciones civiles por un hecho lícito; esto equivaldría, dice la corte de casación, á atentar gravemente al derecho sagrado de propiedad y á violar el principio de la no retroactividad (2). No nos parece exacto este último motivo: no existe derecho adquirido contra el interés general, porque el interés de la sociedad, ó por mejor decir, su derecho domina el derecho de los individuos (3). Queda por saber si, en el caso de que se trata, la sociedad tiene derecho á que se destruyan los techumbres de bálgago. Su interés es evidente, porque de un día á otro, esos techos pueden ocasionar ó propagar incendios. Este interés autoriza á las municipalidades á que prohiban que en lo sucesivo se cubran las casas con bálgago, y hasta pueden prohibir que se reparen los tejados existentes; pueden, además, por interés de la seguridad, que es un interés público, ordenar la destrucción de los techos; pero pueden hacerlo sin indemnización?

1 Sentencia de casación, de 29 de marzo, año XI (Dalloz, *Comuna*, número 688, 2º).

2 Sentencia de denegada apelación, de 3 de Diciembre de 1840 (Dalloz, *Comuna*, número 684, 3º).

3 Véase el tomo 1º de esta obra, número 153.

Esta, á nuestro juicio, es la verdadera dificultad. Nosotros contestamos negativamente, por aplicación del principio que acabamos de establecer; el propietario cuyos techos se destruyen se ve privado de una parte de su propiedad; es expropiado parcialmente; luego debe ser indemnizado. He mos dicho antes que nuestras leyes no preveian esta especie de expropiación. Este es un vacío que señalamos á la atención del legislador.

La cuestión que estamos debatiendo presenta todavía otra dificultad. La corte de casación de Bélgica ha fallado, como ya lo hemos dicho (núm. 429), que la autoridad local, al abrir un acueducto puede ordenar la supresión de los pozos ó fosas de absorción. ¿No hay contradicción entre esta jurisprudencia y la de la corte de casación de Francia en materia de techos de bálogo? ¿Suprimir un pozo ó destruir un techo, no es, en uno y otro caso, privar á un particular de su propiedad? Nosotros hemos hecho nuestras reservas sobre la jurisprudencia de nuestra corte de casación; y la sentencia de la corte de casación de Francia viene en apoyo de nuestros escrúpulos. Nos parece claro que, en uno y otro caso, si un propietario es privado de una parte de su propiedad, hay motivo para indemnizarlo. Es verdad que en un caso conserva su cosa, mientras que en el otro ella se destruye. Esto es una diferencia, aunque sutil. Se la debe tener en cuenta para decidir, como lo hemos hecho, que el propietario del pozo no puede pedir una indemnización sino cuando se vea privado de un derecho útil, y hemos agregado que se halla en el comercio. Esto explica la solución diferente que todos admiten en el caso en que deben enterrarse los animales muertos en virtud de reglamentos locales. ¿Pueden decir en este caso, los propietarios, que se les priva de su cosa, y que, en consecuencia, tienen derecho á una indemnización? No; se les priva de una cosa que, en razon

del estado en que se encuentra, ya no es objeto de un derecho útil, supuesto que, por motivos de salubridad, la venta está prohibida. Luego no hay lugar á indemnización. Ya se ve cuántas dificultades presenta esta materia, por lo que sería de desear que las decidiese el legislador.

§ II.—DE LAS RESTRICCIONES ESTABLECIDAS POR INTERES GENERAL.

132. Estas restricciones son una excepción al derecho de propiedad que el código civil declara absoluto; lo que equivale á decir que no existen sino en virtud de la ley y que son de la más rigurosa interpretación. El principio, en esta materia, ha sido formulado por la corte de casación. «Segun el derecho natural y la ley civil, todos los bienes son libres en manos de los que los poseen legítimamente» (1). ¿Por qué, pues, el legislador ha impuesto restricciones? Acabamos de recorrer los casos en que el uso de la propiedad se restringe por un interés de policía local; ellos dan á conocer la razón que justifica aquellas restricciones. No es un interés general, como habitualmente se dice, y nosotros lo suponemos en el título de este párrafo. Montesquieu no quiere que se diga que el bien particular debe ceder al bien público: esto es un paralogismo, porque el bien público consiste siempre en que cada uno conserve invariabilmente la propiedad que le dan las leyes civiles. Según esto, Montesquieu asienta como máxima, que jamás puede ser bien público que se prive á un particular de sus bienes, ó que se le sustraiga la más mínima parte por nna ley ó reglamento político (2).

1 Sentencia de casación, de 15 de Mayo de 1837 (Dalloz, *Dominio número 34*).

2 Montesquieu, *Del Espíritu de las leyes*, libro 26, cap. 15.

Hay, sin embargo, leyes y reglamentos que restringen el uso de la propiedad; el mismo código civil lo hace: preguntamos nosotros, cuál es la razón de estas excepciones, y contestamos con el autor del *Espiritu de las leyes*, que no es el interés general, supuesto que éste jamás puede superar al derecho. Pero la sociedad tiene también sus derechos, porque tiene deberes que no podría cumplir si no pudiera imponer á sus miembros ciertas obligaciones ó restricciones. Hay, pues, dos derechos en conflicto, lo que implica que uno de ellos modifica al otro: el derecho del propietario se modifica en el sentido de que se restringe dentro del uso que él quisiere hacer de su propiedad: el derecho de la sociedad está limitado, en el sentido de que ella jamás puede arrebatar á un ciudadano sus bienes, salvo por causa de utilidad pública y mediante una justa y previa indemnización.

133. El principio de la expropiación por causa de utilidad pública está escrito en todas las constituciones que se han sucedido desde 89. Se le justifica mal, diciendo que el interés particular debe ceder ante el interés general (1). El propietario tiene más que un interés, tiene un derecho. Si debe hacer el sacrificio de una parte de ese derecho, es porque la sociedad tiene también un derecho, porque tiene una misión que cumplir. Se trata de asegurar la salud y la vida de los habitantes de una gran ciudad; para esto se necesita abrir calles á través de barrios mal sanos, imponer condiciones para las nuevas construcciones que van á levantarse: ¿se detendrá la sociedad ante la resistencia de los propietarios que se rehusan á ceder sus propiedades? La vida de los hombres es el más poderoso de los derechos y supera al de los propietarios; no porque la sociedad pueda

1 Faure, Informe del Tribunado. número 3 (Loeré, tomo 4º p. 86).

despojarlos, sino porque puede forzarlos á que cedan sus tierras y sus casas, indemnizándolos. Así, pues, el que es expropiado recibe el equivalente de lo que pierde, y no sacrifica más que sus gustos y sus conveniencias.

El código Napoleón dice (art. 545): «Nadie puede ser forzado á *ceder su propiedad.*» Nuestra Constitución dice (art. 41): «Nadie puede *ser privado* de su propiedad.» La redacción es diferente, y tiene en consecuencia un sentido diferente. El código Napoleón supone una venta forzada, la palabra *expropiación* expresa la misma idea, es decir una transmisión de propiedad al Estado, necesaria para la ejecución de trabajos públicos. Así, es en efecto, como pasan las cosas ordinariamente. Pero puede suceder también que el Estado no se sirva de la cosa, que pida su destrucción á fin de amparar un interés ó por mejor decir, un derecho social. En eso no hay cesión propiamente dicha, hay, sin embargo *privación* de la propiedad, y por lo tanto, hay lugar á indemnización. En este sentido, la disposición de la Constitución es más amplia. La aplicación del principio suscita muchas dificultades, en las cuales no nos permiten entrar los límites de nuestro trabajo.

El código civil y la Constitución dicen que la expropiación no puede tener lugar sino por causa de *utilidad pública*. Según la Constitución de 1791, reproducida por las de 93 y la del año III, era preciso una *necesidad* pública que exigiese *evidentemente* la expropiación. Estos términos eran demasiado restrictivos. Si se hubieran tomado al pie de la letra, jamás habría habido expropiación por trabajos públicos, porque jamás hay *necesidad evidente* de que una vía de comunicación pase por tal predio más bien que por tal otro, supuesto que, en rigor, se pueden hacer rodeos. La fórmula nueva vale más que la antigua: la *utilidad* pública es un derecho de la sociedad, y esto basta

para que, en ese conflicto del derecho social y del derecho individual, éste sufra una restricción.

Nuestra Constitución dice lo que no dice el código Napoleón, es á saber que la expropiación no tiene lugar sino «en los casos y de la manera establecidos, por la ley.» Si, la Constitución de 1791 decía que la necesidad pública debía *comprobarse legalmente*. El sentido es el mismo, pero la redacción de la Constitución belga es más clara. No se necesita una ley para cada trabajo de utilidad pública; las leyes pueden dar al gobierno el derecho de declarar la utilidad pública; tal es nuestro derecho; lo que importa á los propietarios, es que no puedan ser privados de su propiedad sino en los casos y de la manera establecidos por la ley. ¿Cuáles son esas leyes? Nosotros no podemos más que indicarlas, haciendo conocer los principios nuevos que se han abierto paso á causa de nuevas necesidades. La primera ley que se haya dado sobre la materia es la de 16 de Septiembre de 1807, relativa á la expropiación por causa de alineamiento, la cual todavía rige. Después ha venido la ley de 8 de Marzo de 1810, cuyos tít. III y IV fueron reemplazados en Bélgica por la ley de 17 de Abril de 1835. Una ley de 1º de Julio de 1838 introdujo el principio de la expropiación por zonas para facilitar y favorecer el saneamiento de los barrios insalubres. La expropiación parece implicar que el Estado no puede privar á los particulares más que de los terrenos que son necesarios para la ejecución de los trabajos de interés general. Así es como comúnmente se hace la expropiación: El Estado no adquiere más que los terrenos que necesita. Este modo de expropiación no ampara el derecho social cuando se trata de trabajos de saneamiento; no es suficiente abrir una calle á través de un barrio mal sano, si los ribereños de la nueva calle pueden levantar construcciones igualmente malsanas; de aquí la

necesidad de expropiar más allá de lo que se emplea en la calle, y esto es lo que se llama la expropiación por zona; el Estado adquiere todos los terrenos que están á lo largo de la nueva vía, y no los concede á los particulares sino con las condiciones que él determina. Lo que la ley de 1867 ha hecho por interés del saneamiento, una ley reciente de 15 de Noviembre de 1867, lo ha extendido al mejoramiento de la vía pública, y por consiguiente al embellecimiento de las ciudades. Los trabajos de mejoramiento y de embellecimiento son también un deber de la sociedad; ahora bien, el que desea el fin debe querer los medios; para alcanzar aquel fin, se necesita que el Estado tenga la facultad de disponer de los terrenos ribereños.

Cuando el gobierno y los propietarios interesados no tratan de voluntad á voluntad, los tribunales pronuncian la expropiación; ellos también son los que fijan la indemnización. Según la legislación francesa, la fijación de la indemnización pertenece á un prado que tiene por deudor á un juez delegado por el tribunal. El código civil y la Constitución quieren que la indemnización sea justa y previa; los magistrados cuidan de que sea justa, es previa en el sentido de que debe pagarse antes de la toma de posesión; el propietario expropiado tiene, pues, un derecho de retención; puede oponerse á que se pongan en posesión de los terrenos expropiados, en tanto que no se le pague la indemnización convenida ó fijada por el tribunal. Si el Estado se apoderara de una propiedad cualquiera sin declaración de utilidad pública, sin convención ó sin fallo de expropiación, el propietario tendría el derecho de reivindicar su cosa contra el Estado: esto es el derecho común y el Estado está sometido á él (1).

1 Gante, 1º de Julio de 1863 (*Passicrisis*, 1863, 2, 325).

134. Al tratar del poder reglamentario, hemos dicho cuáles son las restricciones que recibe el derecho de propiedad por causa de salubridad ó de seguridad públicas, en tanto que conciernen á la policía local. Hay que agregar las obligaciones y las prohibiciones que las leyes imponen á los propietarios cuando quieren edificar ó reconstruir á lo largo de una vía pública; la autoridad local es la que les prescribe el alzamiento; ella tiene el derecho, como lo hemos dicho, de fijar la altura de los edificios, y aun la manera de la construcción, si puede comprometer la seguridad y la salubridad públicas (1). También por interés de salubridad queda prohibido levantar habitaciones ó abrir pozos en un cierto radio alrededor de los cementerios colocados fuera de las comunas (2).

Hay toda una legislación acerca del establecimiento de manufacturas, fábricas y talleres insalubres, peligrosos ó incómodos. Volveremos á tratar de esto al hablar de las restricciones que el conflicto de los diversos derechos impone á los propietarios; en cuanto á las condiciones y formalidades que las leyes prescriben para impedir los inconvenientes que resultan de estos establecimientos, remitimos al derecho administrativo, siendo extraña dicha materia á nuestro trabajo.

Las leyes sobre policía sanitaria permiten al gobierno que ordene la destrucción de los objetos que pudieran transmitir el contagio así como de los animales infectos ó sospechosos de estarlo. En principio, los propietarios de los animales enterrados ó de los objetos destruidos no tienen derecho á ninguna indemnización. La ley francesa de 3 de

1 Ley de 16 de Septiembre de 1807, art. 52. Ley belga, de 1º de Febrero de 1844.

2 Decreto de 7 de Marzo de 1808. Hay un decreto reciente sobre esta materia, expedido en Francia con fecha 4 de Abril de 1861.

Marzo de 1822 lo dice formalmente (art. 5), y si las leyes belgas permiten que se conceda una, es por consideraciones de equidad y no en virtud del principio de expropiación (1). Desde el momento en que una cosa perjudica está fuera del comercio; por lo mismo ya no puede ser de ninguna utilidad, y por consiguiente, no hay lugar á indemnización. Esto es una confirmación del principio que dejamos asentado en el núm. 131.

La desecación de los pantanos acarráeá también restricciones al derecho de propiedad. Al gobierno corresponde ordenar las desecaciones que juzgue útiles ó necesarias. He aquí, pues, una propiedad que puede cambiar de naturaleza á pesar del propietario: su derecho cede ante un derecho superior, el de la salud y la vida de los habitantes. La desecación se hace por el Estado ó por un concesionario; el propietario obtiene la preferencia, con condición de someterse á las reglas que se le imponen. En esta materia el derecho del Estado domina en todo al del propietario. Cuando no es el propietario el que ejecuta los trabajos, debe una indemnización al Estado ó á los concesionarios; el único derecho que le queda, si no quiere pagarla, es el de abandonar el predio. Lo que viene á dar por resultado una expropiación sin indemnización. Esto no es contrario al principio establecido en la Constitución y en el código civil; no se deseaba el pantano sino porque es maléfico, luego ésta es una de esas cosas que por su naturaleza están fuera del comercio y que deben desaparecer. El propietario no tiene derecho á quejarse, supuesto que de él sólo depende desecar el pantano; si él no lo hace, no tiene derecho de extender la enfermedad y la muerte en torno suyo.

135. Hay servidumbres militares muy onerosas y que disminuyen considerablemente el valor de los fundos sir-

1 Ley de 10 de Septiembre de 1807, artículos 1 y 21.

vientes. Hay, además, otras servidumbres establecidas por interés público. De ellas trataremos en el título de las *Servidumbres*.

§ III.—DE LAS RESTRICCIONES QUE RESULTAN DEL CONFLICTO DE LOS DERECHOS PRIVADOS.

*Número 1. Principio.*

136. Pothier define la propiedad: «El derecho de disponer de una cosa como mejor parezca, sin atentar á los *derechos ajenos* ni á las leyes» (1). El código (art. 544) no reproduce la restricción concerniente á los *derechos de otro*, mientras que consagra las restricciones que las leyes y reglamentos pueden imponer al uso de la propiedad. ¿Debe inferirse de esto que el legislador francés no ha admitido la limitación que resulta de los derechos de otro? Ciertamente que no, porque dicha limitación ha sido siempre admitida, y Pothier no ha hecho otra cosa que formularla. Si los autores del código civil no insertaron la reserva en el texto, es porque pertenece á la doctrina más bien que á la legislación, y porque es muy difícil y por tanto peligroso precisarla y marcar sus alcances. Vamos desde luego á oír á Pothier. ¿Qué entiende él por *derecho de otro*?

Pothier habla en primer lugar de las restricciones que recibe el derecho de propiedad cuando es imperfecta. Tal es la propiedad con condición resolutoria ó gravada con substitución: el propietario no puede enajenarla ni conceder derechos reales sino bajo aquella misma condición resolutoria. La cosa es evidente, pero esto es extraño á la materia; cuando se habla de restricciones del derecho de propiedad, se trata de la propiedad absoluta, irrevocable, y no

1 Pothier, *Tratado del derecho de dominio de propiedad*, núm. 4; *Introducción general á las costumbres*, núm. 100.

de una propiedad resoluble. Sucede lo mismo con las restricciones que resultan del establecimiento de un derecho real, tal como un derecho de servidumbre ó de hipoteca: el propietario nada puede hacer que atente á esos derechos. Nada más evidente; para el propietario no tiene en este caso más que una propiedad desmembrada, su derecho no es absoluto; luego esta restricción nada tiene de común con nuestra hipótesis. Pothier agrega que los *derechos de otro* se entienden también de los propietarios vecinos: «Aunque el dominio de propiedad dé al propietario el derecho de hacer lo que le parezca con su heredad, no puede, no obstante, hacer lo que las obligaciones de vecindad no permiten que haga *en perjuicio de los vecinos* (1).» Aquí ya entra mos en la verdadera cuestión. Hay dos propietarios en presencia, teniendo cada uno un derecho absoluto en su cosa, es decir un derecho igual. Si uno de ellos, haciendo uso de su derecho, causa un perjuicio al otro, ¿será responsable y deberá repararlo? Pothier parece afirmarlo de una manera absoluta, pero no es esa su idea, lo que manifiesta el peligro de las fórmulas generales. El ha escrito un pequeño tratado sobre las obligaciones que nacen de la vecindad, en donde explica y desarrolla su opinión.

Pothier comienza por transcribir una máxima tomada del derecho romano: «La vecindad obliga á los vecinos á usar cada uno de su heredad, de modo que no *dañe* á su vecino.» Lo que quiere decir que nadie puede hacer en su heredad algo de lo que pueda resultar daño en la heredad del vecino. La palabra *perjudicial*, es todavía más vaga; podría sacarse de nuevo la consecuencia que desde el momento en que un propietario sufre un perjuicio de un acto cualquiera de su vecino, tiene derecho á una reparación. Para

1 Pothier, *Introducción á las costumbres*, núm. 101; *De la propiedad*, número 13.

penetrar en la mente de Pothier, hay que ver las aplicaciones que da á su principio. Yo levanto una construcción en mi heredad, con lo que privo al vecino de la luz; luego le causó un perjuicio; ¿debo repararlo? No, dice Pothier. Yo construyo en mi fundo un horno de cal, que manda al fundo del vecino un humo denso é incómodo: ¿estoy obligado á reparar el daño que le causo? Pothier dice que sí (1). En ambos casos hay perjuicio ¿por qué debo reparar uno, mientras que no debo reparar el otro? Es que en uno de los casos vulnero un derecho de mi vecino: tiene derecho al aire puro que se halla en su heredad, aire que yo corrompo. Tengo, á la verdad, el derecho de construir en mi fundo, pero mi vecino, por su parte, tiene derecho al aire, condición de salud y de vida. Hay dos derechos en conflicto, luego el uno limita al otro; yo puedo construir, pero no de modo que lastime el derecho de mi vecino. Cuando, al contrario, construyo en un fundo no edificado, cause también un perjuicio á mi vecino, que pierde la perspectiva de que disfrutará, su heredad disminuye en valor: sin embargo, yo no estaré obligado á ninguna reparación, porque no lastimo ningún derecho de mi vecino, porque su propiedad no le da el derecho de vista hacia la mía. Siguese de aquí que no hay ningún conflicto de derecho: no hay más que un solo derecho el del propietario, derecho absoluto, del cual puede usar como le parezca, sin que se vea obligado á reparar el perjuicio que causa por el ejercicio de su derecho. En este sentido, puede invocarse el antiguo adagio: el que usa de su derecho á nadie causa mal.

Llegamos á otra formula del principio, tal como Pothier lo enseña: el derecho del propietario no está limitado sino cuando se halla en conflicto con el derecho igual de otro

1 Pothier, *Tratado del contrato de sociedad*, 2º apéndice, número 234, 241 y 245.

propietario. No basta, pues, que cause un perjuicio por el ejercicio de su derecho para que esté obligado á repararlo, se necesita, además, que al ejercitar su derecho haya vulnerado el derecho de su vecino. Si no lo vulnera, aunque le perjudique, no está obligado á ninguna reparación.

137. ¿Debe seguirse esta doctrina bajo el imperio del código civil? Ella resulta de la esencia misma de la propiedad, tal como el código la define. Es decir, que no debía estar consagrada por un texto formal; se necesitaría, al contrario, un texto de ley para no admitirla. En apoyo de nuestra fórmula, citaremos la Exposición de motivos; Portalis es su autor; su nombre da alguna autoridad á discursos que con demasiada frecuencia no son más que una obra de retórica. «El derecho del propietario, dice el orador del gobierno, por extenso que sea, tolera algunos límites que el *estado de sociedad* hace indispensables. Viviendo con nuestros semejantes, debemos respetar sus derechos como ellos deben respetar los nuestros. Luego no debemos permitirnos, ni aun en nuestros fundos, procedimientos que pudieran herir el *derecho adquirido* de un vecino ó de otra persona cualquiera.» Esto, en otros términos, equivale á decir, que en el *estado de sociedad*, hay derechos iguales que pueden ponerse en conflicto, y que en consecuencia se modifican, se limitan el uno al otro; de lo contrario, continua Portalis, los vínculos de la asociación común quedarían rotos (1). El orador se sirve de la expresión de *derecho adquirido*, para marcar con mayor energía que el propietario lastimado no puede invocar el solo perjuicio que experimenta; él no puede quejarse del perjuicio que le causa su vecino, sino cuando tiene un derecho lastimado. Esto es, á la

1 Portalis, Exposición de motivos, núm. 18 (Locre, tomo 4º, página 80).

letra, el principio tal como lo hemos formulado, siguiendo á Pothier.

Esta doctrina es la de todos nuestros buenos autores; sólo que no siempre expresan su pensamiento con bastante precisión. Aubry y Rau dicen que el ejercicio de las diferentes facultades que comprende el derecho de propiedad está subordinado á la conclusión de no atentar contra la propiedad de otro (1). Sin duda alguna, ¿pero cuando hay atentado á *propiedad del vecino*? ¿Basta con un perjuicio? ¿o se necesita que haya un derecho vulnerado? Tal es la verdadera dificultad, y la fórmula de estos excelentes jurisconsultos no da su solución. Proudhon tampoco pone en ello el rigor conveniente. Comienza por decir, que al usar y disponer de lo que nos pertenece debemos evitar todo lo que pudiera *perjudicar* á nuestros vecinos; esto no es exacto, porque podemos *perjudicar* impunemente á nuestros vecinos no lastimando su derecho. El mismo Proudhon lo dice en otros términos; agrega que no nos es permitido mejorar nuestra suerte sino en tanto que no hagamos *injustamente* algún daño á otro; en cuanto al daño que no se causa *injustamente*, no acarrea ninguna obligación. Queda por definir el daño *injusto*, y el autor no lo hace; se contenta con dar el ejemplo del que construye un molino al lado de otro molino, y que causa un perjuicio al propietario, pero un perjuicio que no es injusto (2). Esto es en demasía evidente, pero no nos hace saber que cosa es un perjuicio *injusto*.

138. La jurisprudencia es todavía menos precisa. Se lee en una compilación que la resume fielmente, que las limitaciones que recibe la propiedad tienen por objeto amparar los *intereses privados*. Esto quiere decir ciertamente que hay lugar á reparación desde el momento en que hay un in-

1 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 175, pfo. 191.

2 Proudhon, *Del dominio de la propiedad*, núms. 638 y 639.

terés lesionado. El autor dice, en efecto, que el principio general es que no se puede gozar de su propiedad sino con la obligación de no causar *daño real* á los particulares. Luego el perjuicio es suficiente para que haya lesión de un interés, y por consiguiente, restricción al derecho de propiedad. Pues bien, inmediatamente después, la compilación agrega: «un interés opuesto no sería suficiente, no obstante, para estorbar el ejercicio del derecho de propiedad» (1). Esto equivale á decir que el *interés* es suficiente y á la vez que no es suficiente. Esta contradicción es la mayor de las vacilaciones que reinan en la jurisprudencia.

Una sentencia de la corte de Bruselas da clara que las leyes y los reglamentos determinan el ejercicio del derecho de propiedad, de manera que un propietario no pueda *perjudicar* á los otros (2). La corte de Lieja dice del mismo modo que, en derecho como en equidad, nadie puede usar de su propiedad de manera que *perjudique* á otro (3). En otra sentencia, la corte invoca la justicia y la equidad, e infiere que un propietario no tiene el derecho de hacer en su heredad nada de donde pueda provenir en la heredad vecina, algo que le sea *perjudicial* (4). Estas últimas palabras son la traducción de una ley romana (5), implican otro principio que aquél en que se funda la jurisprudencia, y es la lesión del derecho igual del propietario vecino; de aquí el conflicto que restringe el derecho de los vecinos. A decir verdad, tal es también la decisión de las cortes en los casos que han juzgado. La decisión es irreprochable, pero el mo-

1 Dalloz, *Propiedad*, núm. 160. Esta es la doctrina de Demolombe, tomo 12, p. 131, núms. 316 y 647.

2 Bruselas, 3 de Abril de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, p. 95).

3 Lieja, 20 de Abril de 1844 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 316).

4 Lieja, 3 de Abril de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, p. 121).

5 *Quatenus nihil in alienum immittat* (L. 8, pfo. 5), *Si servitus vendicetur* (8º 5).

tivo la sobrepuja en mucho, y se podría prevalerse de él para prohibir al propietario todo uso de su cosa que perjudicase á otro, lo que ciertamente no es exacto.

Lo mismo pasa con la jurisprudencia francesa. La corte de Metz dice que se permite á cada cual que disponga de su propiedad como le plazca, pero sin dañar á otro. Sigue una decisión muy justa, supuesto que, en el caso al debate, la industria ejercida en un terreno por un sombrerero vulneraba el derecho del propietario vecino (1). La corte de Burdeos dice que un propietario puede usar y hasta abusar de su propiedad, pero que el ejercicio que hace de esa facultad está limitado al *perjuicio* que resulte para sus vecinos; la sentencia hace constar en seguida que la chimenea de un horno establecido por un propietario en su casa dejaba escapar un humo negro y denso que se esparcía por la casa del vecino y deterioraba los aposentos y los muebles; había en esto un derecho atropellado, luego también la obligación de reparar el daño (2).

La ciencia del derecho exige una precisión tan grande como lo permite la imperfección del lenguaje. Así pues, debe evitarse asentar principios de tal manera vagos que pudieran conducir á consecuencias evidentemente falsas. En la cuestión que estamos debatiendo, hay que hacer á un lado el *perjuicio* para a tenerse á la *lesión del derecho*; sin duda que nace un perjuicio de esta lesión, pero el perjuicio solo no puede dar lugar á una acción. Esto, en el fondo, es la doctrina consagrada por la jurisprudencia; la hallamos formulada en una sentencia de la corte de Bruselas en la cual se lee: «El ejercicio del derecho de propiedad debe po-

1 Metz, 10 de Noviembre de 1808 (Dalloz, *Industria*, núm. 212).

2 Burdeos, 30 de Enero de 1839 (Dalloz, *Responsabilidad*, número 118, 2º). Compárese, sentencia de la corte de casación, de 20 de Febrero de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 148).

nerse en armonía con los *derechos* de los terceros, y entenderse de modo que, al sacar de su cosa toda la utilidad no prohibida que ella pueda ofrecer, no se cause á las propiedades vecinas, introduciendo ó dejando pasar á ellas cosas perjudiciales, un daño que disminuya su valor ó modifique sensiblemente el ejercicio del *derecho de propiedad*» (1). Hé aquí bien patentizado ese conflicto de derechos de don de nace la restricción del derecho de propiedad, y por consiguiente, la obligación de reparar el daño que se causa.

139. Hay, además, un escollo en la materia, que debemos señalar porque da lugar á una nueva confusión. Hållanse sentencias que invocan los principios que el código y la doctrina aplican en materia de corrientes de agua no navegables. Esto es confundir los principios que rigen la propiedad absoluta con los que rigen la co-propiedad ó la propiedad imperfecta. La cuestión de la propiedad de las corrientes de agua es muy debatida. Sea la que fuere la opinión quë se adopte, es claro que aquellos principios no constituyen el objeto de una propiedad absoluta; todos los ribereños tienen un derecho igual, luego es una especie de co-propiedad ó de propiedad limitada, de donde se infiere que uno de los ribereños no puede nunca usar de su derecho de manera que perjudique á los ribereños. Aquí, pués, el principio implica, en general, la lesión de un derecho. Esto equivale á decir que no se puede aplicar, cuando se trata de la propiedad, un principio que se deriva de la propiedad limitada de los ribereños, propiedad que ni siquiera reconoce la jurisprudencia.

Hay otro principio que es especial á las corrientes de agua. Se admite que éstas pertenecen á todos; son, en este sentido,

1 Bruselas, 20 de Junio de 1831 (p. 160). Una sentencia de París, de 18 de Mayo dice: "Si el uso de la propiedad atenta á la fortuna ó á la libertad de los vecinos" (Dalloz, 1860, 2, 117).

do, del dominio público, y por consiguiente, el Estado puede disponer de ellas. Así, pues, es de doctrina y de jurisprudencia que la administración tiene el derecho de fijar la altura de las aguas para el movimiento de las fábricas, y como ella dispone por interés de todos, sus reglamentos tienen fuerza de ley, y no pueden, por consiguiente, dar lugar á indemnizaciones, salvo en los casos formalmente previstos por la ley (1). Más adelante diremos qué otra cosa es de los establecimientos que están sujetos á una autorización, á causa del riesgo, de la salubridad ó de la incomodidad que presentan. Como aquí se trata del uso de una propiedad absoluta, el gobierno no puede dar á los propietarios derechos que no tienen en virtud de su propiedad; aunque autorizados, esos establecimientos no pueden lastimar los derechos de los propietarios vecinos. Mientras que en materia de corrientes de agua, la administración dispone de un dominio que se reputa común á todos.

Por último, el derecho igual que pertenece á todos los ribereños tiene aún una consecuencia que parece contraria á los principios y que no obstante es muy jurídica. Un ribereño hace trabajos defensivos en su propiedad; de lo que resulta un daño para otro ribereño. ¿Hay lugar á reparación? Se ha fallado que no, y con razón (2). En efecto, el ribereño que se queja tiene el mismo derecho que aquél contra el cuál procede: él también puede hacer trabajos defensivos, y no tiene derecho á impedir que los hagan sus vecinos.

### *Num. 2. Aplicación.*

140. Luego es de principio que el que usa de su dere-

1 Bruselas, 3 de Agosto de 1361 (*Pasierisir*, 1865, 2, 330).

2 Sentencia de denegada apelación, de 11 de Julio de 1860 (Dáñoz, 1861, 1, 110).

cho sin lastimar el de otro, no debe ninguna reparación por el perjuicio que ocasiona. La aplicación suscita más de una dificultad. Si el propietario que usa de su derecho lo hace por malicia, por ahínco de perjudicar, sin ningún provecho para él, ¿estará obligado á reparar el perjuicio que causa; por más que vulnere un derecho? Hay una vieja máxima escrita en las leyes romanas que dice que no debe favorecerse la malignidad de los hombres; y ¿no sería estimularlos permitiééndoles usar de su derecho sin más objeto que perjudicar á otro? Se objetará otra máxima escrita igualmente en las leyes romanas, y es que aquél que usa de su derecho á nadie hace mal, en el sentido de que no está obligado á repararlo. ¿Pero es usar bien de su derecho ejercitándolo con el único fin de hacer daño? ¿Por qué los derechos están sancionados por la ley? Porque son facultades que nos son necesarias para cumplir nuestra misión en la tierra. ¿Y acaso sería nuestra misión hacer el mal por el gusto de hacerlo? ¿Y el legislador debe su protección al que emplea en hacer el mal un derecho que se le ha otorgado como instrumento de desarrollo intelectual y moral? La conciencia contesta con los jurisconsultos romanos: *Malitiis hominum non est indulgendum.*

La jurisprudencia se halla en este sentido. Un propietario hace una construcción que robe la luz al vecino; está en su derecho y no debe ninguna reparación por el daño que le causa. Pero hace más: levanta en frente y casi contra la ventana de su vecino, parte de la cual está ya tapada por la nueva construcción, una chimenea falsa, que empieza únicamente sobre el tejado, asentada sobre el cabrial extremo de su pared delantera, y que roba casi la totalidad de luz que quedaba á aquella ventana. La corte de Colmar ordenó la supresión de la chimenea. Ella confiesa que el propietario puede, en rigor, abusar de su cosa, pero con una con-

dición, y es que no la haga con el objeto de perjudicar; los derechos son cosa seria, y deben usarse seriamente; más allá de este uso serio, ya no hay derecho, no hay más que maledicencia y la justicia no puede sancionar una acción inspirada por la maledicencia (1).

Un propietario, al practicar en su predio unos trabajos, disminuye el volumen de una fuente que aprovechaba á su vecino. El está en su derecho. Si causa un daño á su vecino, éste no tiene el derecho de quejarse, porque no tiene la propiedad absoluta de las aguas. Pero si por maledicencia emprendió los trabajos y con el único objeto de hacer un mal al vecino, ya no tiene el ejercicio de su derecho, hay maledad, y el que abusa perversamente de su derecho de propiedad debe reparar el perjuicio que ocasiona. Esto fué lo que resolvió la corte de Lyon en el caso siguiente. Una fuente mineral se derrama por varios fundos; uno de los propietarios practica una bomba para recibir un volumen de agua más considerable, no para servirse de ella, sino para desviarla á un río con pura pérdida, y añadamos, por pura perversidad. La corte lo sentenció á pagar daños y perjuicios, pero sin ordenar la supresión de la bomba si no su modificación (2). Nosotros creemos que en este punto la corte se ha mostrado demasiado reservada. Desde el momento en que se considera ilícito el hecho perjudicial, el propietario no puede ya invocar el derecho de propiedad; ahora bien, un hecho sin derecho debe desaparecer.

141. Se ha presentado el caso diametralmente contrario. Un propietario no usa de su derecho, dejá que su propiedad se deteriore; es ésta un terreno á la orilla de una corriente de agua, insensiblemente se lo lleva la acción de las aguas, y de esto resulta que las casas vecinas se vienen aba-

1 Colmar, 2 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 9).

2 Lyon, 18 de Abril de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 199).

jo. ¿El propietario negligente es responsable de este daño? Nosotros creemos con la corte de Gante que el propietario no es responsable. En efecto, la propiedad da el derecho de abusar de su cosa, en el sentido de que el propietario puede dejarla perecer; y aun puede tener interés en abandonar un terreno que no podría conservar sino ejecutando trabajos de defensa cuyo costo excedería del valor de su propiedad. Luego al dejarla perecer, está en su derecho. Con esto no lastima ningún derecho de su vecino; éste puede ejecutar trabajos defensivos en su fundo, pero ninguna ley le permite que obligue al ribereño á conservar su propiedad (1).

142. Un propietario, al usar de su derecho, priva á su vecino de una ventaja de la que hasta entonces disfrutaba: ¿hay lugar á la reparación? Se comprende sin decirlo que si dicha ventaja constituye un derecho para el vecino, el propietario no podría atentar: tal, sería un derecho de servidumbre. Pero si la ventaja no resulta de un derecho, si proviene de que hasta entonces el propietario no había ejecutado su derecho de propiedad, el ejercicio que de él haga, aun en perjuicio de su vecino, no lo someterá á ninguna reparación. ¿Cuál es la razón? Es, dicen los jurisconsultos romanos, porque es grande la diferencia entre el caso en que el propietario priva á su vecino de una ventaja, y aquél en que le causa un perjuicio (2). A primera vista, la distinción parece ser una de esas sutilezas que tanto gusto se tiene en reprochar al derecho romano. Nada de esto. Desde el momento en que el vecino no tiene ningún derecho á la ventaja que sacaba de la simple innacción del propietario, debe aplicarse el principio general de que el que usa de su derecho sin he-

1 Gante, 3 de Marzo de 1854 (*Passicrisia*, 1854, 2, 238).

2 *Quia non debat orderi is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro quod adhuc faciat, uti prohibeatur* (L. 26, D. XXX, IX, 2), *De damno infecto*.

rir el del vecino no está obligado á reparar el perjuicio que le ocasione. La privación de una ventaja es también un perjuicio, pero difiere de lo que los jurisconsultos romanos llaman perjuicio, en que éste emplea la lesión de un derecho, mientras que la privación de una ventaja no lastima ningún derecho, supuesto que no lo hay. Esta es la opinión general (1).

El principio da lugar á numerosas aplicaciones. Se aplica sin dificultad á las construcciones que un propietario hace en su terreno y que, al robar la luz al vecino, le causan un perjuicio; este perjuicio proviene únicamente de la privación de una ventaja, y no resulta de un derecho vulnerado, supuesto que el vecino no tenía ninguno. La corte de casación ha mantenido el principio en un caso en que el propietario había declarado la intención de no edificar, ó por lo menos de no levantar construcciones sino hasta cierta altura; pero esta intención no constituía una promesa, luego ningún derecho de servidumbre. La corte de apelación lo había condenado á daños y perjuicios en virtud del art. 1382; esto equivalía á hacer una falsa aplicación de esta disposición, porque la sentencia hacia constar que el propietario no era culpable de fraude ni de dolo, y ni siquiera le reprochaba falta alguna, por lo que no podía ser cuestión ni de un delito ni de un quasi delito. Había, pues, que decidir que el uso que un propietario hace de su derecho, cuando no vulnera otro derecho, no lo somete á ninguna reparación.

Del mismo modo, siempre se ha admitido que el propietario puede hacer excavaciones en su fundo y cortar con esto las venas de una fuente que brota en un fundo vecino. Así se decidía en el antiguo derecho, y la jurisprudencia está de acuerdo con la doctrina, bajo el imperio del código

<sup>1</sup> Aubry y Rau, tomo 2º, p. 198, nota 16, y los autores que citan.

civil, para rehusar toda reparación al propietario perjudicado (1). No pretendemos combatir esta opinión, pero es importante precisar el verdadero motivo para decidir. Se dice que un vecino no puede quejarse del provecho que yo saco de mi fundo; si la naturaleza me ha tratado mejor que á él colocando del lado mío las venas que alimentan sus aguas, ¿por qué habían de condenarme á no sacar partido á fin de dejarle á él todo el beneficio? (2). Estas consideraciones no tocan en el verdadero punto de la dificultad. Es claro que yo cause un daño cortando las venas de la fuente; la cuestión está, pues, en saber si lastimo un derecho de mi vecino. ¿Tiene él un derecho exclusivo en la fuente? El art. 641 dice que el que tiene una fuente en su fundo puede usarla á su capricho; la fuente es, pues, el objeto de una propiedad absoluta, pero con una condición, y es que las venas que la alimentan estén en el fundo del que se sirve de ellas. Si las venas se hayan en otro fundo, en realidad el propietario de éste es el que tiene la propiedad del manantial, en virtud del principio de que la propiedad del suelo implica la propiedad de lo que está debajo. Haciendo excavaciones y descubriendo un manantial en su fundo, el propietario usa de un derecho exclusivo que hace que venga por tierra el derecho de su vecino. Estando éste sin derecho, está por consiguiente, sin acción, mientras que si se le reconociese un derecho, sería también necesario darle una acción que lo protegiese.

La jurisprudencia aplica estos principios aun cuando se trata de un manantial de agua mineral. En efecto, el código civil no distingue. Hay, sin embargo, motivos para distinguir en teoría. Las aguas termales tienen un carácter de

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, tomo 2º, p. 198, nota 18, y en Dalloz, 1845, 1, 305, nota 1.

2 Daviel, *De las corrientes de agua*, tomo 2º núm. 897.

utilidad general que debe asegurarles una protección especial por interés de la salud pública; pero esto no puede hacerse sino en virtud de una ley, supuesto que se trata de derogar otra. En Francia, una ley de 14 de Julio de 1856 ha reglamentado la conservación y la distribución de las aguas termales.

El art. 552, que consagra el derecho del propietario del suelo en lo que queda debajo y, por consiguiente, el derecho de hacer excavaciones, agrega: «salvo las modificaciones que resultan de las leyes de minería.» Más adelante diremos cuáles son estas modificaciones. Una hay concerniente á nuestra cuestión. Es de principio que el concesionario de una mina debe una indemnización al propietario de la superficie, aun por el daño que resulte de los actos que aquél tiene derecho á ejecutar, luego también si, al practicar excavaciones, corta los veneros del manantial que alimenta el pozo del propietario de la superficie. Este no es un vecino, la concesión establece una relación especial entre el concesionario y el propietario; de esta relación dimana la obligación de la indemnización. Respecto á los vecinos, el concesionario queda dentro del derecho común; así es que puede, practicando excavaciones, cortar los veneros de los manantiales sin estar obligado á una reparación.

El derecho de escarbar el suelo no es tan absoluto como la doctrina y la jurisprudencia parecen decirlo, cuando se trata de excavaciones que pueden secar la fuente del vecino. Nosotros hemos dicho cuál es el verdadero motivo para decidir, y es que el vecino no tiene ningún derecho en el manantial. Luego si las excavaciones lastimaren un derecho del vecino, es claro que tendría derecho á una reparación. Así es que el propietario que hace excavaciones y con ellas ocasiona la ruina de las construcciones del vecino, está obli-

gado á reparación; todos están de acuerdo en este punto (1). ¿Cuál es la razón de la diferencia en los dos casos? Es que, en el ultimo, las excavaciones lastiman el derecho de propiedad del vecino, mientras que en el otro; el vecino no tiene derecho.

143. Cuando el propietario, aunque usando de su derecho, vulnera el derecho de su vecino, debe reparar el perjuicio que ocasiona. Pero ¿cuándo hay lesión de un derecho? Hay un caso en el cual la lesión es evidente. Un propietario construye en un terreno, pero se sale del límite separativo de su heredad é invade el fundo del vecino. Ni siquiera puede decirse, en este caso, que usa de su derecho, porque éste no se extiende sino hasta el límite de su propiedad; si se sale de este límite, usurpa la propiedad del vecino. La única dificultad está en saber cuál será la consecuencia de esta usurpación. ¿El propietario del terreno usurpado tiene el derecho de pedir la destrucción de la casa? Cuando el constructor es de mala fe, es decir, cuando á sabiendas construye en un terreno que no le pertenece, no hay duda ninguna, él propietario puede reivindicar su terreno y pedir la demolición de lo que en él se haya construido; así se ha fallado en virtud del art. 555. (2). ¿Pero el constructor puede invocar esa misma disposición si es de buena fe? Nosotros creemos que el art. 555 no es aplicable; supone que se ha hecho una construcción enteramente en el fundo poseído por un tercer detentador, y decide que en caso de buena fe del poseedor, el propietario no puede pedir la demolición de las construcciones, luego debe conservarlas. Esto se concibe cuando el propietario puede aprovecharse de lo que se ha edificado en su fundo. Pero en el caso de que se trata, sólo una pequeñísima parte de la cosa es la que se

1 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 194, nota 2.

2 Sentencia de casación, de 22 de Abril de 1823 (Dalloz, Propiedad, número 167, 3º).

halla en su terreno. Ya no hay, pues, medio de aplicar el art. 555. A decir verdad, ya no estamos ni dentro del texto ni dentro del espíritu de la ley. Respecto al texto, acabamos de probarlo; en cuanto al espíritu de la ley, supone un tercer poseedor, y no un propietario que invade el terreno del vecino constructor; éste tiene siempre una falta que reprocharse, y es la de haber excedido los límites de su propiedad; nunca es posible asimilarlo á un poseedor de buena fe.

144. Hay lugar á reparación cuando hay un derecho atropellado. Según el rigor de los principios, habría que decidir que el derecho de propiedad está vulnerado desde el momento en que se altera, es decir, se disminuye, sin que el propietario sufra en su salud ó en su comodidad, sea que sus muebles ó sus inmuebles se deterioren, en una palabra, cuando se atente al poder que él tiene sobre su cosa. Pero este principio absoluto es de una aplicación imposible en todos los lugares en que la población esté más ó menos aglomerada. Las casas de los habitantes se tocan; es imposible que esta cohabitación deje subsistir el derecho de propiedad en lo que tiene de ilimitado y de exclusivo. Según el rigor del derecho, cada propietario podría oponerse á que sus vecinos manden á su fundo humo ó exhalaciones cualesquiera, porque tiene derecho á la pureza del aire para su persona y para sus bienes; ahora bien, el humo la altera necesariamente en cierta medida. ¿Qué resultaría del ejercicio de este poder? Que se haría imposible la existencia de las ciudades. En efecto, en toda casa se prende lumbre, y ésta no puede estar sin humo, y el humo altera la pureza del aire. Todo vecino podría, pues, promover contra su vecino y éste contra aquél; la vida se pasaría en pleitos, á menos que los hombres se decidiesen á volver á las selvas. Y no es esto todo. No hay sociedades civilizadas sin industria; ahoe-

ra bien, la industria en los tiempos modernos, casi no marcha sino con el vapor. De aquí ese humo negro y espeso que sale de las grandes chimeneas de nuestros establecimientos industriales; de aquí una nueva causa de insalubridad y de incomodidad para los vecinos, y por lo tanto, un nuevo ataque al derecho de propiedad. Un solo medio habría para prevenir esas incesantes lesiones, y sería relegar todas las industrias fuera de las ciudades. Pero tampoco puede hacerse esto. Hay pequeñas industrias que, aunque sean incómodas á sus inmediatos vecinos, son necesarias á los habitantes: ¿qué dirían si no encontrasen en las cercanías un herrero ó un fabricante de estufas? Así, pues, es necesario conservar las industrias dentro de las ciudades. En definitiva, la coexistencia de los hombres acarrea inconvenientes que son inevitables, y que por consiguiente, cada uno debe soportar; esto es lo que la doctrina y la jurisprudencia llaman obligaciones que nacen de la vecindad. Se ha fallado, por aplicación de este principio, que los vecinos no pueden pedir la supresión de un horno de donde se exhala un vapor espeso que incomoda, porque esto es una carga de la vecindad.

145. ¿Quiere decir esto que los habitantes deban sufrir todo por una necesidad de la vida común? Ciertamente que no. Hay conflicto entre la industria y la propiedad; no debe ser que el derecho de propiedad haga imposible la industria, porque los propietarios serían los primeros en sufrir con ello. Pero tampoco debe ser que la industria vuelva inhabitables las ciudades, transformándolas en focos de infección; los industriales son los más interesados en que haya grandes centros de población, puesto que solamente así tienen salida sus mercancías. Supuesto que la industria y la propiedad deben existir, se necesita que se arreglen de modo que sea posible la vida común. Acabamos de decir lo

que la propiedad debe sufrir; por su parte, la industria debe imponerse sacrificios. En el núm. 148 veremos como ha intentado el legislador conciliar los intereses opuestos cuando se trata de establecimientos peligrosos, insalubres ó inómodos. Además de las precauciones prescritas por la administración, hay principios de derecho que norman las relaciones de los propietarios y de los industriales. Si la vida común impone restricciones al derecho absoluto de propiedad, es porque es una necesidad social. Pero la necesidad tiene sus límites. En primer lugar, los industriales pueden tomar precauciones, sea en sus construcciones, sea en el ejercicio de su industria. El código mismo prescribe ésta vía de transacción, como lo diremos en el tratado de las *Servidumbres* (art. 674). No es esto todo. Lo que legitima las reducciones de la propiedad es que cada propietario, si sufre por su vecindad, está también en el caso de hacer mal á sus vecinos; hay en esto como una compensación de daños causados y sufridos. Pero el equilibrio puede no existir. ¿Hay que establecer una comparación entre una de nuestras inmensas fábricas y la modesta habitación del burgués, la cual se halla al lado? Esto quiere decir que hay casos en que la propiedad está en pérdida, y es cuando está vulnerada, y lo está por la industria; por lo mismo tiene derecho á una reparación.

Esto es muy vago, pero es imposible precisar más, porque la cuestión es de hecho más que de derecho (1). Veámos la prueba. Que se comparan las sentencias pronunciadas en una ciudad industrial, tal como Gante, con las sentencias en una ciudad de recreo y de lujo, tal como Bruselas, y se verá que las decisiones difieren considerablemente. La

1. Sentencia de denegada apelación, de 28 de Febrero de 1848. “A las cortes de apelación corresponde decidir de hecho si el perjuicio de que se quejan los vecinos excede la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad” (Dallez, 1848, 1, 122).

corte de Gante manifiesta mucha solicitud por la industria, y con justa razón, puesto que sin su industria la ciudad de Gante no sería más que una aldea; mientras que la corte de Bruselas se preocupa más de las comodidades y holguras de la propiedad. Estas son, pues, nuevas necesidades que los magistrados deben tener en cuenta en los conflictos diarios que se suscitan entre la propiedad y la industria. Vamos á entrar en los detalles; las decisiones varían de un caso al otro porque difieren las circunstancias.

146. Un propietario se queja de que una fábrica de vidrio esparce humo y exhalaciones dañinas que hacen inhabitable su casa, secan las plantas y queman la ropa que se pone á secar. El tribunal de Charleroi, colocado en medio de un país industrial, no escuchó esas reclamaciones porque la fábrica no ocasionaba más que los inconvenientes, las molestias insignificantes y ordinarias que produce toda vecindad industrial; el fallo agrega que debe tenerse en cuenta la tolerancia debida á la industria en una localidad eminentemente industrial. A recurso de apelación, la corte de apelación, á la vez que mantuvo la decisión, puso mayor cuidado en motivarla; hizo constar que la averiguación establecía por la mayor parte de los hechos avanzados por el actor no eran fundados; quedaban los inconvenientes que tenían que sufrir con motivo de los vapores; tal incomodidad, dice la sentencia, no excedía los límites de la tolerancia que se debe á la industria (1).

Si la industria tiene sus exigencias, la propiedad tiene sus derechos; vamos á oír sus reclamaciones. La corte de Douai confiesa que los vecinos deben sufrir que el humo se esparza por sus fundos, pero tienen derecho á reclamar si el propietario del edificio de donde sale el humo hace un uso inmoderado de su derecho, ó si, en lugar de una

1 Bruselas, 14 de Febrero de 1865 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 163).

habitación ordinaria, forma un establecimiento que, por su explotación, produce un humo dañoso en la heredad vecina (1). Nada más cierto que esto bajo el punto de vista del rigor de los principios, ¿pero acaso no estamos precisamente en una materia que no permite esa aplicación rigurosa del derecho? ¿No es ir demasiado lejos al decir que todo establecimiento industrial debe reparación por el humo dañoso que sus chimeneas esparcen á lo lejos? Hay una restricción para los propietarios, hay otra para los industriales; los primeros deben soportar más de un establecimiento industrial que de una habitación particular; los otros deben evitar los daños que causan por todas las precauciones que la práctica y la ciencia enseñan (2).

Si una fábrica esparce más que un humo ordinario, si son emanaciones dañosas á los hombres y á las cosas, hay lugar á reparación. Aquí volvemos á entrar al derecho común; la industria no tiene derecho á atacar la salud de los hombres y el valor de las propiedades. Las fábricas de sosa artificial difunden vapores que alteran las cosas sobre las cuales se extienden y por consiguiente las demeritan; esto es como una expropiación parcial, luego el derecho de los propietarios para una reparación no podría ponerse en duda. La corte de casación ha consagrado estos principios, pero en términos que son, en parte al menos, demasiado absolutos. Ella dice que «cualesquiera que sean los derechos de la propiedad, no podrían autorizar un uso perjudicial á la propiedad ajena.» Tomada al pie de la letra, esta máxima haría imposible todo establecimiento industrial tanto en las ciudades como fuera de ellas. Pero la corte agrega, y esto es más exacto: «El que establece en terreno propio, sin las precauciones necesarias para prevenir sus inconvenien-

1 Douai, 30 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 26).

2 Sentencia de casación, de 27 de Noviembre de 1844 (Dalloz, 1845, 1, 13).

tes, materias que esparcen olores fétidos; no solamente hace uso de su propiedad, sino que propaga y difunde en la propiedad ajena exhalaciones y miasmas que, en ciertos casos, podrían ser perjudiciales á las cosechas y á la salud.» La corte aplica, en este último caso, el principio del *cuasidelito*: todo acto del hombre que causa á otro un daño, obliga á aquél por cuya culpa ha llegado á repararla. En efecto, puede decirse que hay culpa cuando no se han tomado las precauciones para prevenir el daño. Pero cuando se han tomado, ya no hay culpa, bien que pueda haber daño, luego tampoco hay *cuasidelito*. Esto equivale á decir que deben hacerse á un lado los arts. 1382 y 1383, y tomar como punto de partida no el perjuicio causado, sino el derecho lesionado.

Por aplicación de estos principios, se ha fallado que el que establece una fábrica de sombreros cerca de una lavandería está obligado á reparar el daño que causa á su vecino. En vano se diría que usa de su derecho; él lesionó un derecho igual al suyo, y si dicha lesión supera á la incomodidad que resulta de la vecindad que cada uno debe soportar, hay lugar á reparación (1). Se ha fallado también, que el simple vapor de agua puede lastimar el derecho de los vecinos, cuando cae en forma de lluvia, mojando el suelo y á las personas (2).

**147.** El ruido ensordecedor que hacen ciertas industrias, y sobre todo las máquinas que funcionan en las fábricas, excita más reclamaciones todavía que el humo. Hay un ruido que debe soportarse, dice la corte de casación; el ejercicio de muchas profesiones sería imposible en las ciudades, si se mantuviese el derecho de los vecinos en todo su rigor. Pero, agrega la corte, no se puede desconocer

1 Bruselas, 20 de Junio de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, p. 160).

2 Gante, 3 de Diciembre de 1863 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 240).

también que el ruido causado por una fábrica, cuando se lleva á un grado insopportable para las propiedades vecinas, no sea más causa legítima de indemnización (1). ¿Cuándo es soportable el ruido, y cuándo no lo es? Esto en verdad no es más que una cuestión de hecho. Un propietario se queja de que una bomba establecida para el uso de una fábrica de destilación causa un ruido tan estridente que los inquilinos huyen de sus casas. La corte resolvió que no había lugar á reparación; comprobó qué el ruido de esa bomba podía compararse al que hace el martillo de un herrero; la corte agrega, que el ruido que resulta del trabajo de los caldereros y herreros es mucho más fuerte é intenso que el que hace el émbolo de una bomba; que así, pues, aquel ruido entra en las incomodidades que causa el ejercicio de ciertas industrias y que los vecinos deben soportar (2).

¿Sucede lo mismo con el ruido que hacen las fábricas? La corte de Gante ha resuelto la cuestión en favor de la industria, en términos muy absolutos. Ella asienta como principio que todo propietario tiene derecho de disponer de su fondo como lo plazca, aun cuando resultare una incomodidad ó un perjuicio para el vecino, con tal que los actos legítimos de propiedad que él ejerce en su fondo no los dicte de deseo al hacer daño á otro. Este principio no es exacto, porque para nada tiene en cuenta el derecho de los vecinos; la corte almité únicamente la restricción escrita en las leyes romanas respecto al humo denso é insalubre así como para otro objeto cualquiera que el propietario mandase al fondo ajeno; estas leyes, dice la sentencia, no prohiben á un propietario que haga ruido en su casa, aun-

1. Sentencias de casación, de 27 de Noviembre de 1841 (Daloz, 1845, 1, 13), y de 26 de Febrero de 1849 (Daloz, 1849, 1, 148); París, 18 de Mayo de 1860 (Daloz, 1860, 2, 116).

2. Montpellier, 26 de Febrero de 1830 (Daloz, 1830, 2, 56).

que el ruido se comunique á la casa vecina. Si el jurisconsulto romano no prevee el ruido y el mal que de él resulta, es por una excelente razón, porque en Roma no había fábricas que pudieran compararse con las nuestras. La corte acaba por concluir que el ruido causado por el movimiento de las máquinas, no debiéndose á la malicia, no hay lugar á reparación. Agrega, no obstante, una consideración de hecho que justifica su decisión, y es que la incomodidad no era bastante grave para ocasionar indemnización. Esta conclusión casi no está de acuerdo con el principio avanzado por la corte (1). Lo que prueba que es importante establecer principios ciertos.

Hay que decir del ruido lo que hemos dicho del humo; deben tomarse precauciones que disminuyan las incomodidades que sufren los vecinos, sobre todo cuando son hombres de estudio. Si el propietario del establecimiento que ocasiona el ruido no ha tomado las precauciones necesarias, comete una falta y es responsable (2).

Las fábricas no son los únicos establecimientos que turban la tranquilidad y el reposo de las familias. Los hay que no pueden alegar ni necesidad ni utilidad, y que con frecuencia son una ocasión de desordenes y una escuela de immoralidad. Los bailes públicos ordinariamente están autorizados por la administración local, pero esta autorización no los pone tampoco al abrigo de una acción de daños y perjuicios, como á las manufaturas peligrosas, insalubres e incómodas. Se ha fallado, y muy bien, que el rumor producido por la música tiene tal intensidad, que debe interrumpir el sueño de los vecinos durante la mayor parte de la noche; y si esto sucede varias veces por semana no podrá

1 Gante, 18 de Abril de 1834 (*Revisoría*, 1834, 2, 95). Compárese Lyon, 11 de Diciembre de 1816 (Dallez, 1848, 1, 122).

2 Metz, 25 de Agosto de 1863 (Dallez, 1864, 2, 111).

decirse que ésta sea una de aquellas incomodidades que los vecinos deben soportar (1).

148. ¿Los principios que acabamos de exponer se aplican también á los establecimientos llamados peligrosos, insalubres ó incomodos? El decreto de 13 de Octubre de 1810 divide estos establecimientos en tres clases, según el grado de peligro, de insalubridad ó de incomodidad que presentan. Necesitan una autorización los que quieren erigir uno de esos establecimientos; y no se otorga sino después de una averiguación en la cual se oye á los propietarios de la vecindad y con condiciones que tienden á impedir el riesgo, la insalubridad ó la incomodidad. ¿Debe inferirse de aquí que una vez acordada la autorización y cumplidas las condiciones, los industriales están al abrigo de toda acción de daños y perjuicios? Así lo han sostenido (2). El objeto del decreto ha sido, en efecto, conciliar los intereses de la industria y de la propiedad y dar á los industriales la seguridad que necesitan para dedicarse á empresas que exigen inmensos capitales, y cuya existencia pudiera verse comprometida por las incessantes reclamaciones de los propietarios vecinos. Generalmente se sigue la doctrina contraria que está consagrada por una jurisprudencia constante.

Es cierto que el objeto del decreto ha sido conciliar los diversos intereses, y efectivamente los concilia en el sentido de que previene las reclamaciones proscriptiendo las precauciones necesarias. Pero si á pesar de estas precauciones, los establecimientos autorizados presentan todavía algún riesgo, si son una causa de insalubridad ó de incomodidad, los vecinos, lesionados en su derecho de propiedad, deben tener una acción de daños y perjuicios. Rehusárselas, no

1 Fallo del tribunal de Bruselas, de 27 de Julio de 1864 (Dalloz, 1867, 3, 23).

2 Duvergier, *Revista del derecho francés y extranjero*, tomo 10, páginas 425 y 601. Massé *Derecho comercial*, tomo 2º, núms. 332 y 388.

es conciliar derechos iguales que se hallan en conflicto, sino sacrificar la propiedad á la industria; y en verdad que no ha sido esa la intención de los autores del decreto. El ministro que la propuso, reservó expresamente la intervención de los tribunales para de reglamento de los daños y perjuicios. Ordinariamente los acuerdos que autorizan los establecimientos industriales reservan los derechos de los terceros; ni siquiera era necesario que se hubiese escrito dicha reserva, porque es de derecho, y porque el gobierno no tiene derecho á atentar á la propiedad. La corte de casación así lo resolvió en términos absolutos, y aunque los reclamantes hubiese guardado silencio en la averiguación que precede á la autorización, su silencio no implica una renuncia de sus derechos (1). Los vecinos pueden todavía proponer, por más que hayan reclamado y que sus reclamaciones hayan sido rechazadas, aún rechazán las, la administración reserva su derecho á indemnización, cuando hay para ello.

149. No hay que distinguir si el establecimiento industrial es anterior á la construcción de que se queja el propietario, ó si es posterior. A la verdad, el decreto de 1810, hace esta distinción; dice en su art. 9: «La autoridad local indicará el sitio en donde las manufacturas y talleres comprendidos en la primera clase pueden establecerse, y expresará su distancia de las habitaciones particulares. Todo individuo que hiciese construcciones en la vecindad de estas manufacturas y talleres, después de que se haya permitido su formación, no será admitido á solicitar el alejamiento.»

1 Sentencia de denegada apelación, de 27 de Julio de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 429). Sentencia de casación, de 28 de Febrero de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 122). Sentencia de denegar la apelación, de 20 de Febrero de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 148). La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está conforme. Bruselas, 20 de Junio de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, p. 16.). Gante, 3 de Diciembre de 1863 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 240); sentencia de casación, de 22 de Diciembre de 1864 (*Pasicrisia*, 1865, 1, 84).

De aquí se ha concluido, en favor de los establecimientos preexistentes, en un derecho que se llama derecho de preocupación, derecho en virtud del cual los industriales podrían oponer á dichos constructores una excepción contra la demanda de daños y perjuicios que ellos intentasen (1). La conclusión no es lógica. En efecto, la cuestión de daños y perjuicios es muy diferente de la que resuelve el decreto de 1810. Se concibe que cuando se trata de saber si una fábrica podrá establecerse á tal ó cual distancia de las habitaciones particulares, no se pueden tener en cuenta sino las construcciones existentes. Con libertad, no obstante, de que los propietarios vecinos establezcan en sus terrenos, pero deberán aceptar la fábrica como un hecho consumado, como un hecho legal, supuesto que se ha establecido de conformidad con la ley. Distinta es la cuestión de saber si los que construyen posteriormente pueden reclamar daños y perjuicios. Ellos usan de un derecho al edificar; el propietario del establecimiento industrial no puede atentar a este derecho y atentaría si pudiese impunemente alterar la salud de los habitantes ó depreciar su propiedad (2). A lo sumo deberá tenerse en cuenta la preexistencia del establecimiento industrial cuando se trata de fijar la cuantía de la indemnización. Es de principio que los vecinos deben soportar, en cierta medida, los inconvenientes que resultan de las fábricas en una ciudad industrial; este principio debe naturalmente aplicarse con mayor rigor á los propietarios que han construido cuando ya existía la fábrica (3). Pero no se puede ir hasta rehusarles todo derecho á una indemnización: esto sería sacrificar la propiedad á la industria, mientras que el

1 Demolombe, tomo 12, p. 163, núm. 659. En sentido contrario Aubry y Rau, tomo 2º, p. 197.

2 Véase en este sentido, Bruselas, 7 de Julio de 1863 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 380).

3 Dijon, 10 de Marzo de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 144).

objeto del legislador es conciliar intereses igualmente legítimos, y también con esta mente es como el intérprete debe aplicar la ley.

150. ¿Pueden los tribunales pronunciar la supresión de los establecimientos reconocidos como dañinos? Hay que distinguir si estos establecimientos están ó no autorizados. Si se fundaron con autorización, el juez no puede ordenar su supresión. Esta es la aplicación del principio que rige la división de los poderes. El poder judicial no puede desechar lo que ha hecho el ejecutivo, aun cuando éste se saliese de los límites de sus atribuciones. Si el rey expide un acuerdo ilegal, los tribunales se limitarán á no aplicarlo, pero no lo declararán abolido. Con mayor razón no pueden destruir lo que ha autorizado la administración. Ella tiene derecho á autorizar los establecimientos industriales; en el ejercicio de este derecho, puede no haber amparado suficientemente los intereses y los derechos de los vecinos, y entonces proveerán los tribunales, pero no pueden ir más lejos sin un exceso de poder. Ninguna duda hay acerca de este punto (1).

¿Qué debe resolverse si el establecimiento no ha sido autorizado? Se ha fallado que no corresponde al poder judicial ordenar la supresión de un establecimiento insalubre ó incómodo no autorizado. La sentencia invoca el principio de la separación de los poderes; de lo que resulta que es incumbencia de la autoridad administrativa velar en que una fábrica no altere ó incomode la salud pública ó comprometa la seguridad de los habitantes; la corte concluye de esto que la administración sola puede, cuando lo juzgue útil ó conveniente ordenar la clausura provisional ó definitiva de los talleres insalubres (2). La cuestión es dudosa. Por una

<sup>1</sup> Sentencia de denegada apelación, de 27 de Agosto de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 334).

<sup>2</sup> Agen, 7 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 302). En sentido contrario, Aubry y Rau, tomo 2º, p. 196.

parte se dice que el tribunal al ordenar la supresión de un establecimiento no autorizado, no deshace lo que la administración hace, supuesto que ésta se ha abstenido. Por otra parte se pretende que este mismo silencio es una autorización tácita. Hay un motivo para decidir, que nos parece determinante. Si el juez pronunciara la supresión de una fábrica, impediría con ello que la autoridad administrativa autorizase esa misma fábrica? Ciertamente que no; porque el poder judicial no puede estorbar la acción del poder ejecutivo; esto prueba que el juez, al ordenar la supresión, hace lo que no tiene derecho ha hacer. Se supone naturalmente que la fábrica estaba sujeta á la autorización. Si se tratase de un establecimiento que no entra en el decreto de 1810, habría que aplicar el derecho común; ahora bien, según los principios generales, los tribunales pueden ordenar la supresión de un hecho que es una causa permanente de un daño; indirectamente podrían hacerlo pronunciando daños y perjuicios de tal modo elevados que la fábrica tuviera que cerrarse; lo que pueden hacer indirectamente, lo pueden también directamente, supuesto que aquí no hay conflicto posible entre el poder judicial y el poder ejecutivo.

431. ¿Podrán también los tribunales, por una vía indirecta, suprimir un establecimiento autorizado? Son libres para pronunciar daños y perjuicios excesivos, porque están en su derecho, y no vemos que haya recurso legal que pudiera impedirlos. Lo mismo en el de casación estaría sin acción, si a esto que no es un juicio de hecho. Esto sería un abuso de poder, como puede hacerlo por parte de la administración si autoriza un establecimiento peligroso. Pero si el juez en hecho judicial se siente desafiado forzando la mano á la administración para llegar á la supresión de una fábrica, en este caso habría recurso ante la corte de casación, y

ésta reprimiría aquél exceso de poder indirecto, como reprime los excesos de poder directo. Esto es lo que ha hecho la corte de casación de Bélgica. La corte de Gante había ordenado al propietario de una fábrica que operase cambios en los trabajos prescritos por la diputación permanente del consejo provincial; si se hubiese atendido, en cuanto á la ejecución de aquellos cambios, á la decisión de la autoridad administrativa, su decisión habría estado al abrigo de toda crítica, como pronto lo diremos; pero en lugar de dejar á la administración su libertad de acción, condenó al fabricante á una pena de veinte francos por cada día de retardo; éste era un medio coercitivo para asegurar la ejecución de las modificaciones que ella ordenaba, luego equivalía á imponerlas virtualmente, es decir, á invadir las atribuciones de la autoridad administrativa. La sentencia fué casada (1).

Hay que cuidarse de inferir de aquí que esté prohibido á los tribunales prescribir medidas de precaución con el objeto de prevenir el daño que causa un establecimiento industrial. Este es el derecho común de los tribunales; sólo cuando se trata de un establecimiento autorizado, el derecho del poder judicial debe conciliarse con el de la administración. A éste corresponde modificar, si ha lugar, su autorización; en cuanto al juez, debe limitarse á comprobar la necesidad de tomar medidas, y remitir á las partes á que recurran á la autoridad administrativa para pedir una decisión en esta cuestión. Nada impide aun al tribunal que agregue, que si ningún cambio se ha verificado, si el establecimiento continúa, habrá lugar á proseguir el pago de daños y perjuicios. Esto también es el derecho común, como vamos á decirlo.

**152. Los daños y perjuicios dan lugar á nuevas dificultades.**

1 Sentencia de la corte de casación de Bélgica, de 22 de Diciembre de 1864 (*Paricrisia*, 1865, 1, 54).

tades. Ya se entiende que se deben por el pasado, porque este es el derecho común y la indemnización debe pagarse á contar desde el día en que el daño comenzó; esto tambien es de derecho común, y ninguna razón hay para derogarlo en provecho de los establecimientos industriales. Esto no es dudoso. El art. 1146, es cierto, no hace correr los daños y perjuicios, sino á contar desde la moratoria, y la moratoria supone, en general, una intinación; pero este principio no es aplicable sino en materia de obligaciones convencionales, y en el caso de que se trata, no hay convención, hay un hecho dañoso, y desde que éste existe, da lugar á indemnización (1).

Cuestión más seria es la de saber si los tribunales pueden pronunciar daños y perjuicios para el porvenir. A primera vista esto parece contrario á la noción de los daños y perjuicios. ¿Acaso no suponen un daño cierto, supuesto que debe ser valuado en una suma de dinero? Y ¿cómo el juez puede de antemano valuar un daño que podría causarse, y que tal vez no llegue á causarse? La jurisprudencia, no obstante, otorga daños y perjuicios para el porvenir; pero hay siempre algo de condicional en estas condenas; se dan con la condición de que el estado actual de las cosas subsista y con la reserva de que las partes están siempre en libertad para pedir que la cuantía de los daños y perjuicios se aumente ó disminuya (2). Queda todavía otro motivo para dudar. Es de principio que los tribunales no estatuyan sobre el porvenir. ¿Y no es estatuir para el porvenir, es decir, sobre una contienda que todavía no ha surgido, el otorgar daños y perjuicios en razón de un daño futuro? Se con-

1. Aubry y Rau, tomo 3º, p. 197, nota 12, y las autoridades que citan. Lieja, 11 de Noviembre de 1863 (*Pasterista*, 1864, 2, 47).

2. Lieja, 15 de Mayo de 1867 (*Pasterista*, 1867, 2, 359).

testa que si el daño es futuro, no por eso es menos cierto, bien entendido si el hecho que daña subsiste, y si este hecho es un hecho presente, ¿no es más sencillo pronunciar en seguida, aunque condicionalmente sobre las consecuencias de ese hecho que forza á las partes á que vuelvan á empezar diariamente el mismo pleito.

Hay nuevas dificultades en cuanto á la forma en la cual los daños y perjuicios futuros deben otorgarse. ¿Podrá el juez decidir que no cesará de correr la indemnización sino cuando desaparezca todo daño? No; esto es demasiado absurdo, porque no se debe indemnización para todo daño; es posible que aun existiendo éste, no tenga ya la gravedad que sobrepasa las obligaciones ordinarias de vecindad (1). Luego el juez debe limitar la condena, subordinándola á la condición de que subsista el estado actual de las cosas y permitiendo á las partes que pidan una modificación. Mucho menos todavía puede el tribunal otorgar daños y perjuicios en tanto que exista la fábrica; porque el daño puede cesar, por más que subsista la fábrica, si se introducen algunos cambios en la fabricación ó en la construcción; el juez debe, pues, limitar la condena en el sentido de que produzca sus efectos en tanto que el perjuicio causado y apreciado subsista (2).

153. ¿Cuál es el daño que el juez debe tomar en consideración para fijar el importe de los daños y perjuicios? ¿Es únicamente el daño material, es decir, la pérdida actual que los vecinos han experimentado? ¿o se necesita también tener en cuenta el daño moral? Se entiende por esto la depreciación que experimentan los fundos vecinos del establecimiento industrial. La distinción nos parece poco jurídica;

1 Sentencia de casación, de 27 de Noviembre de 1844 (Daloz, 1845, 1, 13).

2 Dijon, 7 de Febrero de 1844 (Daloz, 1845, 1, 429).

el daño moral es el que no se traduce en una pérdida pecuniaria; ahora bien, cuando un fundo que valía veinte mil francos no vale ya más que quince mil, ciertamente que hay una pérdida pecuniaria; ¿qué importa que se realice hoy ó mañana? No por eso deja de existir desde el momento en que se causa el daño. «Seria tan contrario á la ley como á la razón, dice la corte de casación, no considerar como una causa de daño y de reparación la depreciación y el menor valor que resulta para las propiedades vecinas de la explotación de un establecimiento industrial.» La corte de casación ha ido más lejos: aun cuando el vecino cambie el destino de su fundo, y de ello resulte para él un daño más considerable, tiene derecho á una reparación por este capítulo. Esto es muy lógico. Todo propietario es libre para sacar de su cosa el mejor partido posible; luego el vecino está en su derecho cuando cambia el destino de su fundo, á menos que lo haga con la intención de especular con la vecindad de la fábrica; entonces se diría con los juriseconsultos romanos: *Malitiis hominum non est indulgendum* (1). La corte de Bruselas ha decidido, y con razón, que hay que tener en cuenta hasta el placer que da disfrutar del fundo; en efecto, si el placer disminuye, el valor venal bajará, y por consiguiente habrá un daño material, luego hay lugar á reparación (2).

134. Existen establecimientos inmorales, nocivos, por más que se diga que son necesarios: tales son las casas de tolerancia. Por mucho tiempo han escapado á la acción de los tribunales, porque los vecinos no usaban de su derecho. Sin duda el exceso del mal es el que ha provocado quejas, y la justicia las ha escuchado. Asombra que el debate se

1. Sentencias de denegada apelación, de 8 de Mayo de 1850 (Dalloz, 1854, 5, 655), y de 3 de Diciembre de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 334). Compárese, Demolombe, tomo 12, núm. 654.

2. Bruselas, 7 de Julio de 1863 (*Pastorisa*, 1863, 2, 380).

haya renovado tan á menudo. La jurisprudencia jamás ha variado. En vano se invoca el derecho del propietario; tiene derecho en el sentido de que el hecho de establecer parajes de prostitución no está castigado por la ley; pero nadie se atreverá á dar el nombre de derecho á la tolerancia de una cosa inmoral. Aun cuando hubiese derecho bajo el punto de vista legal, ¿qué importa? ¿Acaso el industrial que alza una fábrica no ejerce un derecho, un derecho útil, moral? y no obstante, se le obliga á reparación si al usar de su derecho lastima el ageno. Con mayor razón debe ser lo mismo con los que especulan con la prostitución. La lesión del derecho es lo que da lugar á una reparación. La única cuestión está, pues, en saber si las casas de tolerancia vulneran los derechos de los vecinos. Acabamos de decir en qué consiste la lesión cuando se trata de la vecindad de establecimientos industriales. Se altera la libertad de los vecinos, ¿y no lo está más por la prostitución y lo que la acompaña, el desorden, la algazara, las riñas y las disputas sin contar con los gritos y las canciones obscenas? La propiedad de los vecinos está violada, porque se disminuye su goce, se deprecia su fundo; los inquilinos huyen de aquel vecindario nefasto, las casas no encuentran compradores. Hé aquí una lesión que supera en mucho á la que los establecimientos industriales los más peligrosos, los más insalubres, los más incómodos pueden ocasionar (1). Nosotros aplaudimos el rigor de los tribunales, que sólo puede ser saludable para las buenas costumbres.

155. Los principios que acabamos de establecer se aplican á todo género de establecimientos, cualquiera que sea el favor de que disfruten. No puede haberlos más favora

1 Besançon, 3 de Agosto de 1859, confirmada por sentencia de denegada apelación, de 3 de Diciembre de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 331). La jurisprudencia no ha variado.

bles que las fábricas, porque procuran el trabajo, primera condición de la moralidad, y porque suministran á todas las clases de la sociedad los objetos necesarios á la vida. Los teatros no son siempre un instrumento de moralización, y siquiera es ese su objeto; pero lo bello y el arte tienen también un papel en la vida, é importa que todas las clases de la sociedad aprendan á no separar lo bueno de lo bello; si los teatros no moralizan, humanizan. De todos modos es lo cierto que están sometidos al derecho común. Algunos vicios de construcción pueden ocasionar á los vecinos una grande incomodidad y por consiguiente depreciar sus casas. No hay mingitorios y de ello resulta que el frente de las casas vecinas se cubre de inmundicias durante los entreactos. O el vestíbulo que conduce á la entrada principal de la sala es insuficiente para contener á los numerosos espectadores, de modo que éstos se ven obligados á estacionarse en las cercanías, y de aquí una aglomeración que priva á los propietarios del libre uso de fundo, y acarrea los demás inconvenientes que hemos señalado. Hay en esto un atentado al derecho de aquellos, y por consiguiente, lugar á reparación. Se aplican también los principios que rigen la cuantía de los daños y perjuicios, así como las reglas que los tribunales deben observar para no cometer excesos de poder, invadiendo las atribuciones de la autoridad administrativa.