

Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical

Por regla general la finca hipotecaria aparece en los sistemas modernos como superficie, o espacio de dos dimensiones, determinada matemática o reglamentariamente. Los planos, donde se admiten, reflejan la sección horizontal; pero aún en el novísimo régimen suizo, se han rechazado los cortes verticales para no complicar las inscripciones.

¿Cómo se pasa de un derecho sobre la superficie a la protección jurídica de lo que se halla encima o debajo? ¿Cómo se extiende el dominio a las alturas y a las profundidades?

Cuestión es ésta interesante y práctica.

Hace más de veinte años la hemos visto planteada, con motivo de la construcción del ferrocarril Lieres-Musel, cuyo trazado entraba en el puerto exterior de Gijón a unos 15 metros bajo los prados, en túnel. El propietario de uno de ellos para impedir la continuación de las obras, abrió una profunda zanja, y el pleito surgió.

Todavía se halla pendiente el promovido contra una Sociedad hidroeléctrica de Bilbao, que atravesó con sus cables una finca situada en el partido judicial de Boltaña, sin haber obtenido la servidumbre de paso de corriente.

La materia es interesante desde el punto de vista teórico, y como práctica ha sido incluida en la colección que publicó el profesor italiano Gabba y tradujo nuestro Posada (1).

(1) *Cuestiones prácticas de Derecho civil moderno*. C. F. Gabba. Traducción Posada. Madrid, *La España Moderna*, I, 171.

I

PRECEDENTES ROMANOS Y MEDIEVALES

Conocidísimos son los apotegmas latinos en que ha cristalizado la presunción de que la propiedad del suelo se extiende indefinidamente hacia arriba y hacia abajo. *Cujus est solum, ejus est a caelo usque ad centrum. . a sidera usque ad inferos... usque ad superos... ad profundum*. Sería, sin embargo, muy aventurado afirmar que proceden del Derecho Romano, e inútil buscar en el *Codex juris civilis* los textos correlativos.

Ya llama, por de pronto, la atención que un pueblo agrícola, preocupado con las labores del campo, haya llegado inmediatamente a un grado de abstracción tan elevado como el que patentizan los aforismos citados, y también choca que jurisconsultos de intuición tan precisa como los romanos, se hayan dejado llevar a exageraciones de gusto oriental.

Es más, etimológicamente, los términos jurídicos empleados por el derecho inmortal, responden a una organización industrial incipiente y que se halla lejos de la conquista del aire y de las profundidades.

Solum (suelo) parece derivarse de la raíz *sol* en sánscrito *sod* (andar), de donde *solea* (suela), e indica el sitio sobre que se camina, la superficie terrestre.

Superficies más bien que de *super faciem* (sobre la faz de la tierra), debe provenir de *super-facere*, lo que se eleva o construye sobre el suelo.

De igual suerte *aedificium* se refiere a la obra o fábrica habitable.

Fundus, del sánscrito *bhudhna*, significa el cuerpo de tierra en que descansa el edificio o arraigan las plantaciones. De esta palabra se deriva *profundus*, lo que está más hondo.

Ager (de *ago* = obrar) es el campo cultivado, y *area* (de *era* = tierra) la superficie utilizada de cualquier otro modo.

Proedium, acaso derivado de *proeda* = presa, indica la base o título de adquisición.

Todos estos términos nos ponen en contacto con intuiciones primitivas, y con necesidades de una industria ajena a la desproporcionada concepción jurídica que examinamos.

Lejos de encontrar en los fragmentos del Digesto frases que corresponden a una propiedad ilimitada hasta el cielo y el centro

de la tierra (lugares que ni los técnicos romanos ni, mucho menos, el pueblo, intentaron precisar), podemos reunir preceptos y definiciones de una relatividad sensata y adecuada a las necesidades de la vida :

«Todo lo que se edifica cede al suelo» (1).

«Fundo es todo lo que por el suelo se tiene» (2).

«Bajo la designación de fundo se incluye todo edificio y todo campo... el solar sin el edificio, en la ciudad, se llama área, en la campiña, *ager* e igualmente se denomina fundo a la tierra con el edificio» (3).

Todo gira en el derecho romano alrededor de estas concepciones limitadas y naturales : la división de los predios en rústicos y urbanos depende de la clase de *superficie*, la distinción de la *vía* en pública y privada, de las relaciones dominicales sobre el *suelo* ; se discute si puede hacerse tradición del *suelo* sin la *superficie* ; las servidumbres afectan a uno y a otra, etcétera (4).

Como tercer elemento de carácter un tanto incorporal, que unido a los sólidos y fijos *suelo* y *superficie*, integra la propiedad, según la doctrina más corriente, figura el *cielo* (*coelum*), lo que se halla sobre el suelo (*quod supra solum intercedit*). Pero bien puede asegurarse que no se halla con ellos en el mismo plano, porque las perturbaciones del cielo, sólo entran en la esfera de lo ilícito cuando afectan a la *superficie* o al *suelo*, las servidumbres se circunscriben a ellos, y el mismo derecho de propiedad carece de alas.

El aire es una cosa común, y el espacio, únicamente en cuanto es necesario para el goce del predio entra en consideración.

Dos fragmentos de Paulo y Venuleyo han sido discutidos, que desvirtúan un poco esta afirmación. El uno prohíbe el establecimiento de una servidumbre entre dos edificios a cierta altura sobre la vía pública, «porque el cielo debe ser libre» (5). El otro declara ilícita una servidumbre de verter aguas sobre

(1) *Omne quod inoedificatur solo cedit* (l. 7, pár. 10. D. de adq. rer. dom., 41, 1).

(2) *Fundus est omne quidquid solo tenetur* (l. 115. D. de verb. signif., 50, 16).

(3) *Fundi apellatione omne aedificium, omnis ager continentur... locus vero sine aedificio in urbe area, rure autem ager apellatur, idemque ager cum aedificio fundus dicitur* (l. 211. D. de verb. signif., 50, 16).

(4) Véase los textos y la discusión sobre las citadas materias en Monich, *Der Umfang des gegenstandes des Grundeigentums...*, Anuario de Jhering, 38. 165 y sig.

(5) L. 1, pr. D. de servit. praed. urb., 8, 2., *quia coelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet*.

un sepulcro, «porque éste no es sólo el lugar donde se ha verificado el enterramiento, sino también todo el cielo que se halla encima» (1).

Necesario es reconocer que ninguno de los dos fragmentos da luz sobre el asunto. Las soluciones, que pertenecen a lo que hoy llamamos derecho administrativo, dejan intacta la cuestión de propiedad sobre el *coelum*.

En cambio, existe un texto de Ulpiano que niega paladinamente esta propiedad :

«Si hubieres cortado el alero de mi tejado que, sin ningún derecho, tenía yo sobre tu casa, puedo, según Próculo, ejercitar contra ti la acción por daños ; porque debiste intentar la acción denegando mi derecho a proyectar el alero, y no es equitativo que yo sufra el daño de que cortes *mis* vigas. Otra sería la respuesta, según el Rescripto del Emperador Severo, que contestó a uno, en cuya casa se había construído, sin deber servidumbre, un acueducto, que por su propio derecho podía cortarlo ; y con razón, pues ha de notarse que éste actuó en lo suyo, aquel obró en lo ajeno (2).

El razonamiento distingue netamente el derecho que el propietario tiene sobre el suelo del que pueda corresponderle sobre el espacio ; en un caso rechaza directamente la inmisión, en el otro ha de principiar por reconocer que la *superficie* del vecino pertenece a éste, aun cuando salga de los límites de su predio y avance sobre el colindante.

Por otra parte, la jurisprudencia admitía casos de inmisión de cosas *inmateriales*, del humo que, producido en un finca, atravesaba la columna de aire gravitante sobre el predio vecino (3), y hasta llegan a garantizar al agricultor el aire necesario para completar la trilla (4), prohibiendo al vecino edificar de

(1) L. 22, pr. 4, D. *quod vi aut clam.*, 43, 24..., *quia sepulchri sit non solum is locus, qui recipiat humationem, sed omne etiam supra id coelum.*

(2) L. 29, pr. 1, D. *ad Leg. Aquil.* 9, 2. *Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo jure habebam, recidisses, posse me tecum, damni injuria agere, Proculus scribit ; debuisti enim mecum, jus mihi non esse protectum habere agere, nec esse æquum, damnum me pati recisis a te meritis. Aliud est dicendum ex Rescripto Imperatoris Severi, qui ei cujus domum trajectus erat aquaeductus citra servitutem, rescripsit, jure suo posse eum interdicere ; et merito, interest enim, quod his in suo prolext, ille in alieno fecit.*

(3) L. 8, pr. 6. D. *si serv. vind.* 8, 5..., *jus esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare.*

(4) L. 14, in fine *Cod. de serv. et aq.*, 3, 34. *Nenime licere sic aedificare, ut alio modo versari, ut idoneum ventum, et sufficientem ad proefatum opus infringat, et inutilem domino aream, et fructum inutilem faciat.*

modo que prive a la era del auxilio del viento (*auxilium venti; idoneum ventum*).

Tampoco intentaron los romanos precisar los límites del subsuelo, y sin hacer traición a su espíritu práctico, decidieron los casos dudosos con ecuaníme ponderación de los intereses opuestos.

En cuanto el terreno que yace bajo la superficie es necesario para el desenvolvimiento de la agricultura, se considera de la misma condición jurídica que el suelo.

El *dominus soli* se opone a la introducción de raíces en su predio, con los medios que le sirven para negarse a la construcción de balcones o voladizos por el vecino. Se llama porción del fundo (*portio agri*) el agua viva del pozo. Quien corta venas de agua en su predio, actúa en cosa propia (*facere in suo*) (1).

Fundada la ciudad a orillas del Tíber, sobre un terreno poco minero, nada de extraño tiene que en un principio se atribuyesen las minas o *metalla* (excepto las salinas) a los dueños de la superficie. Sin embargo, un antiguo senadoconsulto prohibió excavarlas. Y a medida que se extiende el Imperio, las minas pasan a ser casi una propiedad pública. Por lo menos, se puede asegurar que en las provincias imperiales, se reconocía un derecho sobre el subsuelo, distinto del derecho sobre el suelo, de que podían hacer uso los arrendatarios o publicanos. Todo el distrito minero a que se refiere la tabla de Aljustrel constituía un vasto dominio, cuyo arrendador era el Estado (2).

La Glosa no se excedió al comentar los textos romanos, y se mantiene dentro de líneas discretas, limitándose a unir estrechamente el *coelum* y el *solum* y a proclamar la libertad del espacio sobre una casa.

Verosimilmente, se debe al afán con que los postglosadores redujeron a doctrina y a fórmulas generales las palabras de sus predecesores, los primeros aforismos hiperbólicos. Cino de Pistoja es citado como el autor de la primera fórmula, de la que se derivó posteriormente la conocida: *Cujus est solum, ejus est usque ad coelum, usque ad superos*. Y en Cuyacio el pensamiento adopta la siguiente forma: *Quo jure est coelum, eodem jure esse debet solum et contra*.

Coepolla, después de afirmar que, de igual modo que no se puede pasar sobre el predio ajeno, tampoco puede pasarse por debajo, *invito domino*, porque los predios son libremente del

(1) Véase los textos en Ferrini, *Pandette*, tercera ed., Milano. Società editrice libraria, 1908, págs. 270 y sigs.

(2) Carbonell, *Economía Minera*. Madrid, Asilo de Huérfanos, 1907, I, pág. 240. Brugi, *Della proprietà*, segunda ed., Napoli, Macghieri, 1918, I, pág. 471, nota 1.

dueño hasta el cielo y lo más profundo (1), aduce la opinión contraria de Pablo de Castro. Por razones de pública utilidad puede concederse el derecho de excavar *sub alieno*, y los dueños de los predios superiores no pueden prohibirlo, si no reciben daño.

II

LA CUESTIÓN EN EL SIGLO XIX

Reconocida la propiedad sobre lo que está encima y debajo de un predio por el Código Napoleón (2) y sostenida por los romanistas del mencionado siglo, recibe una primer restricción en Gesterding. Bien es cierto que según este civilista alemán de principios del siglo «al propietario corresponde la superficie terrestre y todo lo que existe encima o debajo; hasta el centro de la tierra y hasta el cielo se extiende su imperio» (3). Pero sustituye a la propiedad aérea, que califica de fantástica (*Das Märchen von der Luftsäule*), un derecho o facultad de disponer. A esta afirmación añade Voigt (4) que el subsuelo tampoco es propiedad, sino cosa reservada al goce exclusivo del propietario del suelo.

La decadencia del dogma se inicia con el artículo ya citado de Werenberg, cuyos principales extremos se consignan a continuación.

Seguramente hay verdadero perjuicio de la propiedad cuando introduzco mi ganado en la finca del vecino, pero no cuando dejo volar sobre ella mis palomas. Si de mi fábrica salen humos que invaden el predio limítrofe, todos están conformes en afirmar mi responsabilidad, pero si he construido una alta chimenea que, bajo la dirección y fuerza normal de los vientos, arroja los humos muy por encima de él, todos reconocerán igualmente que he cumplido con mi deber.

El derecho sobre el espacio aéreo tiene, por lo tanto, conte-

(1) *Quia sicuti proedia supra terram sunt libera domino usque ad coelum... ita dicuntur esse libera usque ad profundum*. Citado por Brugi, *Della proprietà*, I, 467, de quien son también las precedentes citas.

(2) Véase en el apartado III el texto del artículo 552 y su discusión.

(3) *Ausbunte von Nachforschungen*, III, pág. 399, cit. por Werenberg, *Ueber die Collision der Recht* Jahr. Ihering, 6, 13.

(4) Cit. por Gabba en el estudio aludido.

nido distinto y menor exclusividad que el dominio. ¿Hasta dónde llegará? ¿Por qué ha de atribuirse al dueño hasta los veinte pies de altura, una propiedad que se le niega a los ciento?

Del mismo modo, si se prohíbe atravesar el predio ajeno a cierta profundidad, porque se admite que el subsuelo forma parte integrante de él, no podrá jurídicamente fijarse ningún límite hasta el centro de la tierra o mejor dicho hasta el punto diametralmente opuesto. Dudoso es que yo pueda prohibir las excavaciones realizadas a mil pies, bajo los pastos que poseo en la montaña.

La historia y la economía nos demuestran que la tierra entra en la propiedad privada a medida que lo exige la utilidad general, como consecuencia de la necesidad de una ocupación permanente para que rinda sus productos y de la incorporación al suelo del trabajo y capital consagrados a su cultivo. El propietario queda satisfecho con la defensa jurídica de la casa que utiliza y de la tierra que labra.

Es innegable que Gesterding ha prestado un servicio a la ciencia jurídica poniendo de relieve que el aire gravitante sobre un inmueble, por su naturaleza movедiza, no se presta a ser objeto de propiedad, ni tampoco el espacio, cuya característica es la *posibilidad* de ser ocupado por un cuerpo, mientras la propiedad presupone la *existencia* efectiva del cuerpo. Pero nada se precisa afirmando que la propiedad se extiende indefinidamente hacia arriba.

Con la inclusión del aire bajo la rúbrica *res communes*, se obtiene el límite de su ocupación y la clave de enigma. El que construye, planta o cultiva, ocupa el espacio aéreo necesario para la utilización de su propiedad; espacio no fijado ni delimitado de una vez para siempre, sino simplemente proporcionado al mismo uso. Ahora bien, como el modo de utilizar un predio es variable, el espacio aéreo ocupado por el propietario, será, en cada caso, el determinado por una explotación regular o corriente.

Esta porción aérea pertenece al predio, la ley así lo presume, y ningún dueño está obligado a probar especialmente la ocupación.

Por el contrario, si por una extraordinaria utilización de la finca, se necesita ocupar un espacio aéreo también extraordinario, el propietario saldrá de sus límites, y testimonios patentes de esta afirmación, son las innumerables chimeneas que extienden sus humos a largas distancias. Tal utilización, sin embargo, sólo será lícita si hay espacio aéreo ocupable. Nadie tiene el derecho de apropiarse el espacio ocupado por otro, contra su voluntad.

Análogo criterio debe aplicarse a las relaciones jurídicas en

el subsuelo, que sólo serán inteligibles desde el punto de vista de la ocupación. La profundidad de la tierra se entenderá ocupada en cuanto lo exija la utilización consuetudinaria y regular de la finca. No mencionó, es cierto, el derecho romano, entre las cosas comunes, los espacios subterráneos, porque la doctrina jurídica tardó, como las necesidades a que satisface, en elaborarse. Pero el Digesto y el Código permitían la excavación bajo el predio ajeno, con ciertas condiciones que garantizaban al dueño del mismo. Y más tarde, el Espejo de Sajonia extendió la propiedad privada hasta donde llegara el arado, considerando el resto materia propia de regalía.

En su consecuencia, puede admitirse que el derecho romano y el germánico llegan a las siguientes conclusiones:

1.^a Todo propietario puede ocupar el espacio aéreo sobre su predio o el cuerpo de tierra que se encuentra bajo él, en cuanto no estén ocupados por otros para la explotación de sus fincas.

2.^a Se presume que el propietario de una finca ocupa el espacio aéreo sobre ella y el cuerpo de tierra que se halla debajo, en cuanto sean necesarios para su ordenada y regular utilización.

En el mismo Anuario, y a continuación del artículo de Werenberg, desenvuelve Ihering una tesis, llamada a ejercer poderosa influencia en la doctrina y en la legislación.

Justifica, por de pronto, la existencia de normas comunes para muebles e inmuebles, a pesar de las diferencias fundamentales de ambos grupos; pero hace notar que, comparando la propiedad mueble con la inmobiliaria, se advierte que la segunda es más extensa, por trascender a la altura y a la profundidad, y menos intensa, en cuanto el propietario no puede realizar ciertos actos de disposición o rechazar ciertas agresiones que se refieren o afectan al dominio de la cosa.

La extensión del derecho coincide, en cambio, con la material de la cosa mueble y agota su contenido.

Inútil es buscar argumentos para defender la extensión aludida del dominio sobre fincas: la utilización de las mismas está condicionada por la libertad del espacio aéreo en determinado grado, y el derecho de propiedad quedaría paralizado si no se protegiera y asegurara este libre aprovechamiento. No obstante, la ocupación del aire o de las cosas comunes, es fundamento jurídico poco sólido, y lógicamente vicioso, en cuanto confunde los cuerpos con el espacio. El aire y el agua corriente son *res communes*, la caza *res nullius*; ¿pero se sigue de aquí que yo pueda pasar al predio de mi vecino para tomar el aire, recoger el agua o matar liebres?

Los ataques de Werenberg contra la teoría dominante, apenas si la conmueven. Para resguardarla de futuros embates debe dársele, sin embargo, una configuración más precisa.

La atmósfera que rodea a la propiedad territorial se extiende hasta donde llegue la necesidad práctica que con ella ha de ser satisfecha. Moldearla en el tipo de la propiedad mueble, con facultades exclusivas y absolutas, equivaldría a privarla de valor. Nadie podría dejar volar sus palomas ni producir humo, vapor, polvo. .

El interés práctico del propietario en la libertad del espacio aéreo, tiene por finalidad que no se le prive de aire, luz y lluvia, que no se le impida edificar, que no se haga imposible su residencia con humos excesivos, ruidos intolerables, polvo asfixiante...

Fuera de estos límites, falta base para la protección jurídica, y ningún jurista romano concedería la *actio negatoria* a un propietario de una finca situada a mil pies bajo otra, porque el dueño de esta última hubiere construido un balcón en lo más alto del acantilado que las limita.

La extensión del dominio en profundidad no presenta tantas dificultades, precisamente por encontrar ya cuerpos sólidos, y si en ello hubiera interés práctico, llegaría al centro de la Tierra, pero aumenta también sus límites naturales con el destino de la cosa. Volviendo al anterior ejemplo, el propietario del predio superior, no podría ejercitar la acción negatoria para oponerse a la apertura de una cueva por el dueño del inferior. El derecho romano reconoce este principio y permite la explotación de minas bajo finca ajena, siempre que no se amenace los edificios existentes, y se satisfaga la décima de los productos extraídos.

Apenas si presenta interés la cuestión de si la propiedad subterránea se refiere a los minerales o al espacio, porque los dos casos más corrientes (minas y tesoro) se regulan por normas especiales e intermedias.

En fin, el mismo derecho romano templaba las consecuencias del concepto, imponiendo el deber de sufrir el crecimiento de las raíces del árbol ajeno bajo el edificio propio, o la salida de aguas, o las calicatas, cisternas, etc., que no causaren daño apreciable.

Cierra el volumen del *Jahrbuch* en que se encuentran los dos trabajos analizados, otro de Hesse sobre el mismo tema de las limitaciones del derecho de propiedad, sobre todo, por los derechos del vecino (*jura vicinitatis*).

Parte el autor de la siguiente afirmación: «El señorío de una cosa, como elemento del patrimonio, nunca puede pasar más lejos de lo que, en general, las fuerzas o facultades humanas y la naturaleza de los objetos reclame o permita.»

Contra este principio y la conocida regla de que el derecho se deriva de lo que corrientemente sucede y no de lo extraordi-

nario (1), choca la máxima discutida al extender indefinidamente el dominio, y como contraria a la naturaleza de las cosas, carece de valor (2).

La división de la superficie terrestre en fincas independientes es antinatural, y descansa en una línea ideal que se intenta hacer visible por medio de signos (hitos, muros, etc...) Pero la proximidad y *coherencia* de las tierras obligan a los propietarios a sufrir que la hoja del vecino caiga en mi predio, que el viento arrastre el polvo, que el agua pase de una a otra finca, etc... y el ordenamiento jurídico no puede dar a la propiedad un contenido que llevaría a la lucha de todos contra todos.

Una finca no puede concebirse como objeto patrimonial sin el espacio sobre y bajo el suelo. La teoría de Werenberg presupone que un predio es una superficie sin altura ni profundidad, y no necesita demostrarse que esta afirmación va contra la naturaleza de las cosas. Una finca es un cuerpo de tres dimensiones.

Por otra parte, la tesis de la ocupación no se halla en las fuentes, y antes al contrario una serie de pasajes de las *Pandectas* contradicen esta teoría. La frase «uso regular y ordinario de la finca» tampoco precisa la idea, porque tal goce corresponde al usufructuario, según los textos romanos que, sin embargo, le prohíben la utilización libre de los minerales atribuidos al propietario.

Werenberg funda su teoría en una ficción: lo que es indispensable para la explotación de un predio, se ocupa al adquirirlo. Si una parte del espacio aéreo es necesaria para cualquier inmueble (tan necesaria que sin ella carezca de valor patrimonial) y por lo tanto es un elemento esencial del mismo, ¿a qué viene fingir una ocupación especial?

Consecuentemente, Hesse no concede la acción reivindicatoria ni la publiciana, cuando con actos que implican servidumbre se perturba el goce del espacio aéreo o del subsuelo, sino la acción negatoria; porque ninguno de los dos son partes físicas de la finca, sino elementos inseparables de ella.

Windscheid, el maestro que más ha influido en la técnica jurídica alemana, no se decide a estilizar estos matices. El derecho de propiedad sobre los inmuebles, dice (3), se extiende al espacio que se encuentra encima y debajo del predio, como también a los fósiles que se hallan bajo la superficie terrestre. Las restricciones contenidas en las fórmulas de Ihering y Hesse,

(1) *Jura constituit oportet in his, quae ut plurimum accidunt, non quae ex inopinato.*

(2) *Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt.*

(3) Pág. 168 in fine de sus *Pandectas* y nota última.

sólo pueden sostenerse desde el punto de vista relativo a la prohibición de inmisiones. Respecto a los fósiles, el derecho del propietario está limitado por la regalía minera y por el derecho eminente del Estado.

Numerosos son los trabajos científicos italianos sobre la materia. Gabba, en el artículo aludido, cita a Loasses, Pallota, Abignente, Mantellini, Porro, Sabbatini, De Crescencio, Miraglia...

Con especial consideración, se refiere al notable romanista Pampaloni que, después de tratar con indiscutible competencia el asunto, llega a una fórmula análoga a la de Ihering: «La propiedad del espacio aéreo y del subsuelo, se extiende hasta donde lo exija el interés del propietario, en relación con el uso de que es susceptible el fundo de que se trata, en las condiciones actuales del arte y de la industria humana.»

Por su parte, el mismo Gabba estudia por separado: a) el límite extremo de la propiedad del suelo hacia arriba; y b) hacia el centro de la tierra.

a) Hacia arriba, el propietario del suelo o de un edificio necesita de aire libre, con el doble fin de gozarlo y de ver; pero no se puede llamar a esto propiedad del aire. Cuestión que ha de resolverse en cada caso, es la de la altura a que puede colocarse un objeto, para que pueda estimarse que no es obstáculo a la vista de los propietarios inferiores ni a la libre circulación del aire.

b) Hacia el centro de la tierra, la extensión de la propiedad tiene un carácter más dominical. Para determinar el límite en este sentido, se refiere el ilustre civilista a la potencialidad inicial del derecho de propiedad territorial. Así como el poder de hecho, la posesión y el disfrute, deciden de la extensión superficial de la ocupación primitiva, así este poder debe decidir de la extensión subterránea de esta ocupación.

El disfrute del subsuelo por el propietario agricultor, es distinto según la naturaleza del cultivo, la clase del terreno y el grado de progreso industrial.

Puede ocurrir que el disfrute del subsuelo sea el fin para el cual se ha ocupado el suelo, como por ejemplo, para abrir una excavación o mina, cuya existencia se conocía, y en este caso, el límite geométrico resultará impuesto también por las actuales condiciones de la industria y la naturaleza del subsuelo.

Y, en fin, puede ocurrir que quien posee una parte del subsuelo, determinada según el criterio expuesto (como accesorio del suelo, o como cosa principal respecto del mismo), se extienda más allá, ya en un sentido vertical, bien en el horizontal, dentro de límites que serán fijados por la ocupación directamente realizada y la potencialidad de aprobación que encierre.

De suerte que, en todo caso, el derecho de propiedad no tiene otro origen que la ocupación primitiva, la cual implica el límite de su verdadera y propia potencialidad.

III

LEGISLACIONES EUROPEAS

Ya hemos indicado que el Código Napoleón declara terminantemente que la propiedad del suelo lleva consigo la propiedad de lo que está encima y la de lo que está debajo (1).

Por el lugar que ocupa esta disposición y por la interpretación que a la primera frase dieron las traducciones del texto oficial, no parece tan claro el reconocimiento de una propiedad hasta las estrellas. Efectivamente, el Código trata la materia bajo la rúbrica de la accesión, la edición oficial del «Codice di Napoleone il grande per in regno d'Italia», declara que el propietario del suelo tiene también la propiedad de lo que existe encima de él (*di ciò che vi esiste superiormente*), y como el texto latino también se refiere a cuanto exista encima (2), cabe suponer que tan sólo se enfoca las plantaciones y construcciones.

Sin embargo, Baudry-Lacantinerie cita, al comentarlo, el aforismo antiguo, y afirma que la plomada determina los límites del dominio aéreo y del dominio subterráneo del propietario del fundo.

Aquel a quien pertenece es, pues, propietario de las riquezas naturales que encierra, y principalmente de las minas. Este principio que la ley romana consagraba netamente, añade, no ha sido siempre sostenido con firmeza en nuestro Derecho; algunas costumbres declaraban a los señores propietarios del mineral no extraído (*avoir en terre non extrayé*); fué preciso la enérgica intervención de Napoleón para mantenerle en la ley de 21 de Abril de 1810, modificada por las leyes de 27 de Julio de 1880 y del 23 de Julio de 1907, que contienen la legislación actualmente en vigor sobre las minas (3).

Planiol indica que la propiedad inmobiliaria no se reduce a

(1) *La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* (art. 5.521).

(2) *Proprietas soli, dominium amplectitur eorum, quae supra existunt.*

(3) *Droit civil*, párs. 1.331-1.332.

una simple superficie sin espesor. Dejemos a un lado, dice, lo que significa *dessus*: es el objeto de la teoría de la accesión que encontraremos más tarde. El propietario de un terreno es propietario de lo que está debajo, lo que significa que puede excavar la tierra para hacer las obras que quiera, subterráneos, pozos; puede también extraer del suelo las sustancias que lo componen para emplearlas en su provecho o venderlas a los terceros.

Teóricamente, su derecho se extiende en profundidad indefinidamente. Todos los yacimientos metálicos o de otra clase situados bajo la parcela que, en la superficie de la tierra, le pertenece, le corresponden igualmente a cualquier profundidad que se encuentren (1). Y en nota, como aplicación interesante de la teoría, recuerda la propiedad *espeleológica* de Martel (en abismos y cavernas).

Tampoco la legislación austriaca conoce ningún límite de la propiedad hacia arriba o hacia abajo. Reputa accesorios del edificio el espacio aéreo que se encuentra en línea vertical, y concede al propietario los minerales que se encuentren en su finca a cualquier profundidad, en cuanto no sean de los reservados como *regalía*, y en tal concepto atribuidos al concesionario de una mina.

Por lo que toca al espacio aéreo, también es inconcuso para el derecho austriaco, que el propietario no puede simplemente prohibir toda inmisión al tercero, especialmente la navegación aérea a cierta altura. La afirmación hecha por el Tribunal Supremo, dicen Krainz, Pfaff, Ehrenzweig (2), de que no hay ninguna perturbación posesoria en el tendido de hilos telefónicos a ocho metros de altura sobre una finca, sólo puede explicarse por el predominio del interés público.

En el derecho inglés, tierra (*land*) es un concepto legal que incluye suelo, base, pastos, bosques, aguas, marismas, edificios, el aire que está encima y las minas y minerales que se hallen debajo. Bien es cierto que en un principio *land* parece haber significado terreno arable. La significación se ha extendido según los términos de la máxima *cujus est solum, ejus est usque ad centrum*; pero desde principios del pasado siglo, se ha declarado que el derecho estricto de propiedad no se extendía ilimitadamente hacia arriba, de suerte que el propietario carece de acción para perseguir, como perturbación posesoria, el paso de un globo. La extensión del derecho de propiedad parece estar limitada por la potestad efectiva (*power of control*); esto es, la propiedad no puede extenderse fuera de la posesión

(1) *Droit civil*, pár. 2.391.

(2) *System d. Oest. G. R.*, pár. 192.

posible, y aun se la circunscribe al espacio aéreo necesario para la erección del edificio (1).

No desenvolvió la jurisprudencia francesa en algunas ocasiones el principio aceptado por el Código Napoleón, con la energía que revelan las antiguas máximas.

Por de pronto, la presunción legal que une la propiedad del suelo con la del espacio superior e inferior, se califica de *juris tantum*, que puede desvanecerse ante la prueba basada en título o prescripción. Se habla de prescripción de grutas, de la posibilidad de dividir el subsuelo por planos paralelos, de la coexistencia de tres propiedades diferentes sobre el espacio aéreo, el suelo y la profundidad (2), y, lo que es más grave, se niega al propietario del suelo el derecho a pedir reconocimiento de daños al constructor de un ferrocarril que había atravesado con un túnel la finca, sin perjudicar a la superficie (3).

Pero otras veces, se lleva al límite la presunción. Así, se declara que un propietario puede pedir que se retiren los cables eléctricos tendidos por un industrial sobre la casa de aquél, sin autorización, aunque no exista ningún soporte ni punto de apoyo (4).

Siguiendo las huellas del Código francés, el civil italiano declara que quien tiene la propiedad del suelo tiene también la del espacio superior y la de todo lo que se encuentra sobre y bajo la superficie (5). La jurisprudencia italiana, según Gabba (6), trató la cuestión bajo aspectos distintos.

Implícitamente, declarando o negando la obligación de indemnizar al expropiante por causa de utilidad pública, respecto del subsuelo que no está en conexión con la superficie, y que el propietario no tenía ánimo de disfrutar. Y explícitamente, decidiendo sobre pretensiones encaminadas a impedir a otro, ya sea el uso del espacio aéreo, ya el del subsuelo, sin daño alguno del propietario de la superficie.

Que en la expropiación por causa de utilidad pública, añade, no se debe indemnización por el subsuelo a una profundidad que garantice contra todo daño a la superficie o en el cual no hubiera excavaciones o minas disfrutándose ya, o a lo menos conocidas o descubiertas ya por el propietario del suelo, es cosa

(1) *The laws of England*, Habsburg, XXIV, pág. 156 nota (f).

(2) Véase las sentencias en Baudry-Chavcau, *Des Biens*, tercera ed., Girey, París, 1905, pág. 235 (t. VI del *Tratado general*).

(3) *Trib. de Agen.*, 22 nov. 1861, cit. por Gabba.

(4) Véase Girey, *Les Codes annotés*, art. 552.

(5) *Chi ha la proprietà del suolo ha pur quella dello spazio sovrastante e di tutto ciò che si trova sopra e sotto la superficie* (art. 447).

(6) *Op. cit.*, págs. 172 y sigs.

admitida hoy por la jurisprudencia. Y realmente no puede decidirse de otro modo, ateniéndose a los términos de la ley de 20 de Junio de 1865, sobre la expropiación forzosa por causa de utilidad pública. Si de hecho el suelo se considera como accesorios del suelo expropiado, es imposible determinar el *justo precio* de aquél más allá del límite en que es verdaderamente inseparable de la superficie; porque el artículo 29 de dicha ley atiende al justo precio que «a juicio de los peritos tendría el inmueble en un contrato libre de compraventa», y el subsuelo en la indicada profundidad jamás se calcula en tales contratos. Trátase de expropiación del subsuelo aparte del suelo, o bien del subsuelo respecto del que el propietario del suelo no ha obtenido, ni podía tener ánimo de obtener, utilidad alguna, hay un objeto al cual no puede aplicarse ni el referido artículo 29, que se refiere a la expropiación total, ni el 40, que alude a la parcial, porque éste quiere que el propietario pague «la diferencia entre el justo precio del inmueble antes de la ocupación y el de la parte sobrante».

La cuestión, continúa el mismo autor, ha sido tratada explícitamente más de una vez, y resuelta por nuestros jueces, en casos en los cuales se trataba del subsuelo o del espacio aéreo, separadamente del suelo. Realmente, estos casos han sido, por lo común, relativos al subsuelo.

Es célebre, a este propósito, la controversia entre Fazzari y el R. Dominio, a consecuencia de la perforación de una roca a cincuenta metros debajo de una posesión del primero, para practicar un túnel de un ferrocarril. Fazzari pretendía resarcimiento por esta ocupación del subsuelo, y el Tribunal de Catanzaro se lo concedió. Pero el Tribunal de apelación, en decisión de 4 de Agosto de 1884, se lo negó, reputando que, no obstante el artículo 440 del Código civil, Fazzari no podía extender su propiedad hasta donde no podía llegar su interés, esto es, el interés del cultivo de su posesión. Examinado el asunto en Casación (Nápoles), se casó la sentencia, y remitido el pleito ante el Tribunal de Apelación de Nápoles, éste se abstuvo a la decisión de la Casación, pero declaró al propio tiempo que, *jure condendo*, acaso sería conveniente corregir y limitar la dicción, *harto amplia*, del artículo 440.

IV

DERECHO ESPAÑOL

Según el artículo 394 del proyecto de Código civil de 1851: «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella; podrá usarlo y hacer en él todas las obras, plantaciones o excavaciones que quiera, salvas las restricciones establecidas en el título V de este libro, y con sujeción a lo dispuesto en la legislación especial de minas y en los reglamentos de policía.»

Transcribe el artículo 350 del Código civil vigente las primeras líneas, añadiendo: «y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes de Minas y Aguas y en los reglamentos de policía.»

Ante todo, debe hacerse notar que la disposición citada se halla colocada bajo la rúbrica del capítulo 1.º, título II del segundo libro de Código: «De la propiedad general», y no toma su valor directamente de la teoría de la accesión.

En segundo término, omite la expresión correspondiente al espacio aéreo, y aunque por superficie no debe entenderse el lugar geométrico de dos dimensiones, sino más bien el suelo, con cuanto en él se apoya, la frase se desenvuelve en términos modestos y ni con el complemento de los artículos 358 y 359, que atribuyen al dueño del predio lo edificado, plantado o sembrado en el mismo, nos autoriza para llegar a la hiperbólica extensión del derecho de propiedad hasta los astros.

Por otra parte, *lo que está debajo de la superficie* es frase que alude a un contenido más que a un continente especial, más a los cuerpos que a los espacios, y se necesita una imaginación desbocada para prolongar indefinidamente los planos verticales que pasan por los linderos de una finca, con el texto examinado.

En una consulta publicada en el suplemento al Boletín Jurídico-administrativo de Alcubilla (1), este maestro dictamina negativamente sobre el problema «¿Puede una Empresa de ferrocarril abrir un túnel por debajo de finca particular sin

(1) *Apéndice* de 1897, pág. VIII del núm. 1.º

expropiar previamente?», y concede el ejercicio del interdicto al propietario.

Los fundamentos son los siguientes: 1.º, el texto del artículo 350 del Código civil; 2.º, la inexistencia, en el caso concreto, de una servidumbre voluntaria o legal; 3.º, las reservas del mencionado artículo para salvar el imperio de las leyes de aguas y de minas no son aplicables a la construcción de un túnel ferroviario; 4.º, la posesión tiene igual alcance que la propiedad; 5.º los artículos 1.º, párrafo segundo, de la Constitución, 4.º de la ley de Expropiación forzosa y 349 y 446 del Código civil facultan a todo dueño o poseedor para ejercitar los interdictos de retener y recobrar; y 5.º, entre los derechos privilegiados que se otorgan a las Empresas de ferrocarriles por el artículo 31 de la ley general de 23 de Noviembre de 1877, no se encuentra el de atravesar con túneles los predios.

Nuestro Tribunal Supremo se resiste a sentar sobre la máxima tradicional la doctrina que sirva para resolver los distintos conflictos de la vida diaria. En algunos instantes (1) se contenta con dar el valor de presunción *juris tantum* al lazo que une la propiedad del suelo con la de las aguas que emergen bajo él. En otros, niega terminantemente la extensión indefinida de la propiedad *ad sidera*.

Es notable, en este particular, la sentencia de 1 de Febrero de 1909, que declara paladinamente que el paso de los hilos telefónicos sobre una casa, sin apoyar ni tocar en ella, y a altura superior en mucho a la señalada por las leyes y los reglamentos, no limita los derechos del propietario de la finca para elevar la edificación de ésta, ni constituye causa de servidumbre. Para ello se funda en los siguientes razonamientos:

1.º Que dado el concepto de servidumbre, tal como lo establece el artículo 530 del Código civil, no puede reconocerse su existencia en el mero hecho del paso encima de la casa... y a una altura que excede en mucho de la señalada por las leyes y reglamentos que rigen en la materia, de unos hilos telefónicos que por no apoyar ni tocar en la mencionada finca, ni suponen la ocupación material de la misma, ni merman o limitan en lo más mínimo los derechos del propietario para elevar la edificación, ni puede, por último, afirmarse racionalmente que por cruzar el espacio los referidos hilos se constituya signo aparente del cual pueda derivarse en ningún tiempo, causa o motivo de servidumbre.

2.º Que al estimarlo así la Sala sentenciadora y absolver a la S. G. de T. no ha infringido las leyes y disposiciones de-

(1) Sentencia de 8 de Julio de 1907.

carácter administrativo que se invocan por el recurrente en los inexactos conceptos y supuestos de constituir una limitación de la propiedad los hechos que integran el litigio, toda vez que la ocupación del espacio aéreo, en tanto en cuanto no restrinje de algún modo los derechos de propiedad del suelo, no aparece prohibida en nuestro derecho, si bien por lo mismo tal ocupación tampoco puede revelar, como queda expuesto, limitación alguna de aquel derecho en concepto de servidumbre.

La doctrina española se orienta en un sentido modernista, es decir, rompe las cadenas de los apotegmas clásicos y se niega a extender el concepto y las facultades del dominio *ad sidera et inferos*, cuando discute si ha habido una inmisión perturbadora de la posesión, si existe servidumbre propiamente dicha y si procede o no la indemnización de presuntos daños.

Necesario es estudiar los avances recientes de las legislaciones y de la ciencia jurídica si queremos encontrar la clave del enigma, ya que la jurisprudencia se ha negado casi siempre a reflejar en los casos prácticos la redacción extremista de los Códigos.

V

CÓDIGOS DEL SIGLO XX

En sus albores principió a regir el Código civil alemán, cuyo artículo 905, manteniéndose igualmente alejado de fórmulas rutinarias y de aventuradas teorías, se expresa del modo siguiente:

«El derecho del propietario de una finca se extiende al espacio sobre la superficie terrestre y al cuerpo de tierra (*Erdkörper*) bajo la misma. El propietario no puede, sin embargo, prohibir las inmisiones (*Einwirkungen*) realizadas a una altura o profundidad tal, que aquél no tenga ningún interés en su exclusión.»

«La división de la superficie terrestre—dice Endemann—(1) en fincas se practica por medio de linderos que fijan el contenido plano del señorío privado. Es indudable que bajo el término finca se comprende no sólo la capa horizontal con sus partes integrantes, sino, ante todo, el cuerpo de tierras. De-

(1) F. Endemann, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, séptima edición, tomo, Berlín, Heymanns, 1900, pág. 274.

terminar lo que corresponde al dominio, es cuestión de interpretación jurídica. El problema ha de resolverse teniendo en cuenta la posible utilización económica que un propietario pueda realizar con sus propios medios, y, sobre todo, con ayuda de los modernos procedimientos técnicos. En cuanto puede justificar un interés real en el uso del suelo, ya sea penetrando hacia el interior de la tierra, ya aprovechando las capas de aire, debe extenderse también la protección de la propiedad.

En su consecuencia, el propietario puede prohibir todas las construcciones ajenas que perturben la esfera de intereses protegida. Se considerará inmisión ilícita todo cuanto pueda perjudicar el uso económico de la finca. Deber del adversario será el probar que la inmisión se realiza a tal altura o profundidad que ya no puede lesionar ningún interés del propietario.»

Y en nota pone como ejemplos didácticos: «Se perfora un túnel a través de una montaña; A., que posee encima, a 3.000 p.es, una posesión, no podrá estimarse amenazado en sus intereses, y carecería de acción para reclamar. Otros: B. atraviesa en globo por encima de campos y bosques ajenos o la Administración pública tiende hilos telefónicos sobre el prado de C. Por el contrario, puede ser dañado un interés del propietario por un viaducto de un ferrocarril o por una vía elevada o subterránea, etc.»

En términos análogos se expresa Gierke (1): «La existencia externa de la finca se determina frente a otras por sus límites. Dentro de ellos se extiende el derecho de propiedad no sólo a la superficie, con inclusión de las aguas privadas, sino al espacio sobre y bajo la tierra (2). Sin embargo, el Derecho alemán excluye las materias sometidas a la ley de Minas (3). Por lo demás, la intuición romana, que considera a la propiedad ilimitada hacia arriba y hacia abajo, se ha generalizado.»

«Tampoco el Código civil alemán fija límites en ambas direcciones, pero priva de contenido práctico a la propiedad fuera de los términos en que el propietario tenga un interés racional en la exclusiva dominación del espacio.»

(1) *Deutsches Privatrecht*, II, 394.

(2) Advierte en nota que el artículo 905 dice: «al espacio sobre la superficie y a los minerales bajo ella»; pero también comprende las cavidades naturales y las aguas subterráneas.

(3) De ello, en el *Derecho minero*. No pertenece al propietario, según el Derecho romano y el germánico, el tesoro... Es una cosa mueble especial que, por caducidad del derecho de propiedad correspondiente, no se vuelve parte esencial de la finca, sino *nullius* (nota de Gierke).

Contra esta fórmula dirige su argumentación Monich (1), después de preguntarse por qué se ha aceptado un precepto tan ajeno a la conciencia popular y de consecuencias tan insoportables.

Los predios, artificiosamente separados, no son cosas independientes, como los muebles, y el limitarlos hacia arriba, como lo hace la ley, es antijurídico y contra natura. El océano aéreo es *res communis omnium*; el espacio mismo sin cuerpos no puede ser objeto de un derecho real, y ningún campesino desapasionado sentiría su derecho escarnecido por el paso de un globo a varios kilómetros de altura. Por otra parte, el orgullo con que se henchiría al saber que hasta el apenas visible globo llegaba su dominio, se le desvanecería cuando se le advirtiera que no podía oponerse a la perturbación por falta de interés.

Pregúntese en qué caso tendrá interés un propietario en rechazar invasiones de su dominio, y se contestará: siempre que inmediata o mediatamente afecten al valor o a la utilización del suelo y de los objetos natural o artificialmente colocados sobre el mismo o a él unidos.

Ni aun puede admitirse que la ley trate de regular la prueba, atribuyendo al propietario la facultad de afirmar y la obligación de probar, en su caso, la introducción en el espacio aéreo, mientras grava al adversario con la demostración de que aquél no tiene ningún interés en lanzarlo o excluirlo. Porque el propietario demandante ha de concretar su interés, ya que este concepto es demasiado indeterminado para imponer una prueba de su no existencia al demandado, y el juez habrá de apreciar el conjunto de la prueba, como en los otros juicios.

Todavía más. El precepto servirá para provocar pleitos frívolos. Acaso no falte propietario que se oponga al paso de un navío aéreo, alegando el peligro de su caída o del lanzamiento de lastre.

Con criterio diverso debe juzgarse el problema del subsuelo, ya que los cuerpos que lo ocupan son adecuados para establecer sobre ellos el derecho de dominio. El propietario que echa los cimientos de su casa sobre una cueva, tiene la conciencia de que utiliza lo que le pertenece y no la de ocupar jurídicamente un nuevo espacio. En cambio, no tendrá ni ocasión de pensar en la propiedad de la masa flúida que forma el núcleo terrestre, porque su derecho está condicionado por un interés y se extiende hasta donde lo exija la finalidad del inmueble.

(1) Monich, *Der Umfang des Gegenstandes des Grundeigentums...*, en el *Anuario de Ihering*, 38, 155 y sigs.

Para evitar litigios—indica—, en los casos corrientes podía señalarse un *mínimum* de 50 metros.

El artículo 667 del Código civil suizo, reflejando la posición de este pueblo entre el francés y el alemán y las influencias de los respectivos Códigos, intenta una conciliación de las doctrinas expuestas: La propiedad del suelo lleva consigo la de lo que está encima y debajo en toda la altura y profundidad útiles a su ejercicio (1).»

El derecho de propiedad—dice Wieland en el comentario de dichos textos (2)—se extiende en altura a la columna atmosférica que domina el inmueble y en profundidad al interior del suelo subyacente.

a) *Columna atmosférica.*—El propietario puede, fundándose sobre el principio expuesto, prohibir o quitar las construcciones o plantaciones que invaden el inmueble (por encima o por debajo), suponiendo que el que las realiza no goce de servidumbre o derecho de vecindad (3) que le autoricen para ello (construcciones sobre suelo ajeno, derecho de superficie, conductos y canales, acueductos, plantaciones).

b) *Columna de aire.*—El propietario tiene derecho a que el aire penetre libremente sobre el inmueble. Las reglas relativas a las relaciones de vecindad contienen sobre este punto disposiciones más precisas. Son, además, aplicables las prescripciones relativas a los actos ilícitos. Por consiguiente, la Empresa ferroviaria que impide al aire penetrar sobre una finca, construyendo un dique o un viaducto y provocando una humedad perjudicial, debe satisfacer daños y perjuicios.

c) *Interior del suelo.*—El propietario puede prohibir las excavaciones sobre un predio, la construcción de cuevas en el subsuelo, las plantaciones y el establecimiento de conducciones.

Excepciones.—El derecho del propietario sobre la columna atmosférica y sobre el subsuelo está sometido a una serie de restricciones:

a) La más importante, contenida en el párrafo primero, es consecuencia de la noción de propiedad y deriva de la limitación impuesta *prima facie* a este derecho. El señorío del propietario no se extiende más allá del interés razonable que tenga en ejercer su derecho. Por esta razón, no puede oponerse a la utilización del espacio que se extiende encima y debajo de

(1) *La Propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous, dans toute la hauteur et la profondeur utiles a son exercice.*

(2) *Les droits réels...*, I, pág. 214. Trad. Bovay, París, Giard et Briere, 1913. En la traducción se suprimen las citas de artículos.

(3) *Jura vicinitatis*: derechos de los colindantes vecinos.

su predio (construcción de un túnel, establecimiento de conducciones eléctricas, paso de globos, etc.). La extensión del derecho de propiedad en altura y profundidad puede ser diferente, según sea el destino del inmueble.

El señorío ejercido por una Sociedad minera es más extenso que el de un simple propietario territorial. Si cambia el destino, la extensión del derecho puede aumentar o disminuir.

Dentro de los límites trazados por su interés, el propietario tiene un derecho ilimitado. Puede construir a la altura que le plazca, colocar los fundamentos de su edificio tan profundamente como quiera. Es libre de realizar, como le parezca conveniente, excavaciones en el subsuelo para encontrar agua.

b) Además, el derecho del propietario está limitado por las disposiciones relativas a las relaciones de vecindad (obligación de sufrir el establecimiento de conducciones, servidumbre de paso) y por las prescripciones de derecho público (obligación de sufrir la instalación de líneas telegráficas o telefónicas, postes, tubos, etc.).

En fin, para dejar sentada la moderna orientación legislativa, transcribiremos el artículo 404 del proyecto de Código civil húngaro, publicado en 1924 :

«El derecho del propietario de una finca extiende al espacio aéreo que está encima y a la tierra que está debajo de ella, pero solamente en cuanto esto resulte en interés del ejercicio de la propiedad.»

VI

DOGMÁTICA

De las anteriores indicaciones se deduce que el estado de la doctrina moderna, en el sector analizado, dista mucho de las hiperbólicas frases con que se resolvían los problemas a principios del siglo XIX.

El derecho de propiedad sobre los predios presenta una densidad máximun en el plano horizontal, donde la facultad de excluir a terceras personas y rechazar sus inmisiones se halla dotada de máxima energía ; pero a medida que nos alejamos en la línea vertical, hacia arriba o hacia abajo, se debilita el poder de hecho del propietario, y la reacción jurídica contra las perturbaciones de su derecho.

Difícil es precisar matemáticamente el módulo de este decre-

cimiento. La utilidad normal del suelo, atendidas las exigencias y potencialidad de la agricultura, de la edificación y de la industria en general, y las probabilidades racionales del futuro aprovechamiento, con relación al sitio y al desenvolvimiento económico de la región, serán los principales coeficientes que el juez deberá tener presentes.

En las zonas inmediatas al suelo, el propietario se halla amparado por un derecho subjetivo que no necesita justificación para ser ejercido, cualesquiera que sean los fundamentos de voluntad e interés social o particular en que la doctrina lo funde. Yo puedo oponerme a que mi vecino dirija su manga de riego sobre los macizos de mi jardín, aunque me demuestre que el riego es provechoso.

Poco a poco, las mallas, cada vez más anchas del dominio, dejarán libre juego a la acción de los demás, y necesitaré alegar un interés específico para obtener el auxilio de la autoridad.

A pesar de la notable diferencia que algunos autores creen advertir en el trato de las dos direcciones verticales, son análogas las normas aplicables al espacio aéreo y al subterráneo. Es más, desde que las modernas legislaciones han substraído en principio las aguas y los cuerpos minerales al derecho de propiedad, para sujetarlos a un régimen peculiar, quedan ambos espacios *sin substancia* como objetos de la propiedad inmobiliaria.

Las frases «hacia arriba» y «hacia abajo» se refieren corrientemente a los planos verticales que pasan por los linderos, de modo que en el centro de la tierra existiría un punto común a todas las pretensiones, y a partir de él aéreas crecientes particulares. Sin embargo, en muchos casos se atenderá más bien a las líneas perpendiculares a la superficie (por ejemplo, en las montañas de grandes declives), porque de otra manera los predios superiores impedirían la explotación agrícola de los inferiores.

Inútil es, por consiguiente, decidir si la propiedad existe, sin límite posible o definido, o si se extiende el derecho, la esfera de acción o las facultades. Sujeta, como la atracción, a la ley del cuadrado de la distancia, se desvanece cuando ésta, atendido el estado de la civilización y el progreso de la técnica industrial, es extraordinaria.

El propietario podrá usar y aprovechar su finca en la forma menos corriente; construir un rascacielos si la policía urbana no lo prohíbe, elevar un globo cautivo en su dehesa, disparar cañones contra el granizo en su viñedo y cazar en su coto, así como dar sondeos que alcancen el kilómetro de profundidad, explotar las cavernas naturales, buscar las aguas por medio de pozos artesianos o de galerías, etc.

Fuera de este radio de ocupación, no podrá oponerse al hecho ajeno sin alegar un interés especial que, según la opinión gene-

ral, no necesita ser estrictamente económico o implicar depreciación actual del inmueble, y podrá ser un interés estético (si se oculta la vista del cielo a mi jardín), científico (si un haz de hilos telefónicos me priva de estudiar con mi anteojo astronómico alguna región celeste), probable (la construcción de un túnel a cierta profundidad, si las capas del subsuelo son movedizas), futuro (el destino de una finca que se ha adquirido cerca de un puerto para desmontar y ampliar un inmueble), o simplemente de afección.

Como lesivos de tales intereses se considerarán los miradores, voladizos, cornisas y desplomos; aunque en estos particulares la legislación española llegue a los límites de la injusticia, por no admitir, como las germánicas, los supuestos de superconstrucción, de buena fe y en los límites, que el propietario lesionado no puede destruir y que obliga al favorecido a indemnizar según el valor del suelo.

Hasta que punto el propietario colindante podrá perturbarme con el polvo o los humos de su industria y con ruidos, emanaciones o gases, o privarme de aire, viento, luz, etc., no es objeto de estos estudios.

El Real decreto de 25 de Noviembre de 1919 que regula la navegación aérea civil, prohíbe los vuelos sobre población a menor altura de la que permita a los aviones aterrizar fuera de ella, si por avería mecánica o por otra causa llegan a faltar los medios de propulsión; pero no aplica tal limitación a ninguna zona comprendida dentro de un círculo de dos kilómetros de radio (1) medido desde el centro de un aerodromo autorizado o militar, o que se halle bajo la inspección del Ministerio de Fomento (art. 17). Tanto en este artículo, como en el siguiente, que prohíbe los vuelos acrobáticos o de exhibición y los que se realicen a poca altura o en la proximidad a personas o viviendas, de igual modo que arrojar o motivar o permitir que se arroje desde una aeronave cualquier objeto que no sea el lastre (2), se olvida el aforismo clásico... y casi la doctrina moderna. La preocupación dominante es la defensa nacional y la seguridad pública, y se legisla «en virtud de la soberanía que el Estado español ejerce sobre el aire que cubre el territorio nacional y sus aguas territoriales».

Si se desglosan del tema las cuestiones de aguas y de minas, queda un grupo de problemas que hacen referencia a la propiedad del subsuelo más que a la de los cuerpos en él contenidos, y a las posibles invasiones de aquel espacio por terceras personas.

(1) Con esto se establece una verdadera servidumbre negativa. Véase el artículo 88 del Reglamento sobre la elevación de globos, cometas, etc., en la proximidad de cualquier aerodromo.

(2) Según el artículo 76 consistirá el lastre en arena fina o agua.

mediante concesión de los Poderes públicos. Interesantísimos son los planteados por la construcción en Madrid del Metropolitano Alfonso XIII, y grande la desorientación administrativa que se refleja en el fatigoso expedienteo y en las múltiples incidencias que terminaron con la sentencia de lo Contencioso de 11 de Mayo de 1920.

Aparte de las dudas sobre el carácter de la concesión (solicitada con arreglo a ley general de Ferrocarriles de 1877, o en su defecto, con sujeción a la de secundarios y estratégicos de 1912), que fueron resueltas por la Sala competente del Tribunal Supremo en el sentido de que la última legislación es la aplicable a los Metropolitano, correspondiendo la concesión al Ministerio de Fomento en unos casos y en otros a las Cortes; son notables las impugnaciones formuladas por el Ayuntamiento de la villa y corte, en atención a que se vulneraba el derecho de propiedad que sobre los terrenos del subsuelo correspondientes a las vías públicas le pertenecía, de conformidad con lo dispuesto en el art. 344 del Código civil, y se le expropiaba sin indemnización. Unas y otras quedaron fuera del fallo, porque la Administración denegaba los fundamentos alegados y planteaba, por lo tanto, una cuestión de naturaleza civil que la jurisdicción contenciosa no podía resolver, máxime por invocarse de contrario los artículos 5 y 6 del decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868, sobre atribución al Estado del dominio del subsuelo.

Poco después, y con motivo de la inscripción de la hipoteca constituida en garantía de las obligaciones emitidas, se planteó nuevamente el problema de la naturaleza de la concesión.

En realidad, los preceptos de la legislación minera van dirigidos más bien a facilitar la explotación de substancias minerales que no a ceder el espacio subterráneo (cavernas, grutas, pasadizos), a quienes tengan interés en ocuparlo, y son inadecuados para el objeto que se persigue con la construcción del Metropolitano; pero la letra del citado artículo 6.º declara que el subsuelo, que se extiende indefinidamente desde donde terminan los trabajos realizados por el propietario con cualquier objeto distinto de la minería, se halla originariamente bajo el dominio del Estado, y éste puede, sin más regla que la conveniencia, abandonarlo al aprovechamiento común, cederlo gratuitamente al dueño del suelo o enajenarlo mediante un canon a los particulares o asociaciones que lo soliciten.

Excepciones.—No se entenderá incluido en el interés práctico que se protege:

1.º La utilidad que no tenga relación con un aprovechamiento, presente o futuro, del predio físico por el propietario, como tal; por ejemplo: si el dueño de la finca, poseedor de acciones

de una compañía ferroviaria, se opone a la construcción de un túnel para evitar la competencia de una nueva empresa.

2.º Las indemnizaciones que se trate de obtener por la concesión del permiso para atravesar la finca, sin alegar otro interés lesionado; v. gr.: el propietario de una dehesa, que ha de ser atravesada por una línea de navegación aérea, exige una cantidad por conceder su autorización, y alega como interés, el de conseguir el pago de la misma.

3.º El ejercicio abusivo del dominio (*aemulatio, chicane*, abuso del derecho), ya se funde en la desproporción enormísima entre la utilidad del propietario y la del tercero, ya en la intención ilícita con que se practica la oposición, ya en el desarrollo de una acción fuera de los límites esenciales del derecho subjetivo: v. g.: levantamiento de postes para que tropiecen los aviones.

Prueba del interés.—En principio, como hemos dicho, el propietario no necesita justificar ni alegar un interés para rechazar las invasiones del espacio dominado; pero cuando la distancia a la superficie de la tierra es tal, que los aprovechamientos normales del inmueble no quedan perturbados por aquéllas, debe indicar el interés especial en que se funda su oposición. Las presunciones que unen sólidamente la propiedad y goce de lo construido, plantado, edificado o incorporado por el dueño o por otra persona, a la superficie, y la teoría de las partes integrantes que impide la constitución de derechos especiales sobre el vuelo y los cuerpos que componen una finca, serán en los casos ordinarios el mejor medio de ataque o la mejor defensa que el propietario pueda ejercitar. En los casos extraordinarios, el interés alegado por el dueño puede ser contradicho con tanta mayor probabilidad de éxito feliz, cuanto mayor sea el alejamiento del centro de conmoción. No cabe, en absoluto, gravar con la carga de una prueba negativa al que contradice el específico interés del propietario, ni tampoco es lícito colocar a éste en condiciones de igualdad con su adversario. El juez deberá apreciar el valor de las demostraciones aportadas, con arreglo a la sana crítica y al valor decreciente de las presunciones que amparan al propietario. Supongamos que el demandado contesta que el paso de un aeroplano sobre la finca del actor no le perjudica de un modo apreciable, éste puede replicar que no se trata de un solo aparato o de varios, sino del establecimiento en un predio inmediato al suyo de una estación de aterrizaje para aprender, y de una práctica continuada de vuelos, con la inspección y el peligro correspondientes. La prueba de los hechos y la del interés lesionado marcharán aquí *pari passu*, y el criterio del juez se formará sobre el conjunto de las justificaciones.

La acción del propietario para oponerse a las inmisiones que lesionen su interés emanará, según los casos, de las posesorias (interdictales), de la negatoria clásica o de la culpa aquiliana, y se dirigirá: 1.º, a restablecer el estado inicial y a requerir al perturbador para que en lo sucesivo se abstenga de cometer tales actos u otros que manifiesten el mismo propósito, bajo el apercibimiento correspondiente; 2.º, a destruir el pretendido derecho del adversario, con la restitución natural que proceda; y 3.º, a exigir daños y perjuicios por los deterioros o pérdidas sufridas. Pero ha de advertirse que el fundamento culposo, tanto de las acciones posesorias como de la aquiliana, pierde su solidez a medida que se asciende o se descende y, en su consecuencia se debilitan igualmente aquéllas. Esto presenta mucho interés en las legislaciones que, como la española, modifican la extensión de los daños y perjuicios según el grado de culpabilidad. Un ejemplo aclarará estas ideas: el que con pleno conocimiento de lo que hace, penetra en el predio ajeno, responde de todos los daños y perjuicios que conocidamente se derivan de la falta de cumplimiento de sus deberes, y en cambio el que atraviesa alguna de las regiones adonde no llega el interés práctico del propietario, no realiza un acto prohibido. Si el primero asusta un animal, la indemnización por los destrozos que éste haga, puede elevarse a cantidades enormes. En cambio, si un avión que sin permiso atraviesa a prudente altura provoca los mismos efectos, la sanción jurídica será de orden distinto, a pesar de que en la teoría clásica habría invadido conscientemente la propiedad ajena. Lo mismo podemos decir de una compañía de electricidad que coloca sus cables con arreglo a los dictados de su especial técnica, y contra toda su previsión, provoca un incendio o la muerte de una persona.

Por eso GIERKE echa de menos en el Derecho alemán, y nosotros con referencia al nuestro podemos pensar de igual manera, una disposición que grave con responsabilidad adecuada a tales empresas y a otras análogas, sin exigir la prueba del dolo, culpa o negligencia; de acuerdo con las teorías modernas que colocan en desventajosa situación al creador del riesgo.

Unidas a este problema se hallan interesantes cuestiones que cabe agrupar bajo el concepto y la fórmula «Estado de Necesidad», tan brillantemente tratado en nuestra bibliografía jurídica, gracias a los meritisimos esfuerzos de los catedráticos de Derecho Penal, D. Luis Jiménez Asúa (1) y D. Isaías S. San-

(1) Véase sobre todo *El Estado de Necesidad en Material Penal*, Buenos Aires, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1922.

chez Tejerina (1). Refiriéndome para mejor conocimiento del asunto a estos trabajos, no haré más que una breve indicación de las particularidades que presenta en la materia aquí tratada.

El aeronauta o aviador puede encontrarse en un peligro tal, que sólo puede salir de él y evitar su propio daño violando el interés jurídicamente protegido de otra persona. La situación en que se halla le impone la echazón de lastre, un aterrizaje violento, arriar el ancla para que enganche en cualquier sitio y el viento no le azote contra el bosque, etc. Existen en estos supuestos dos de las condiciones que han de concurrir en la figura: un peligro actual inminente y necesidad de producir un perjuicio para evitar el daño desproporcionado; pero la situación sobre el predio ajeno, sin consentimiento del propietario, ha sido prevista y provocada por el mismo que luego resulta necesitado. ¿Desaparecerá la justificante del acto y en su lugar tendremos una excusa?

Desde un punto general contesta el Sr. Jiménez Asúa (2): «Algunos autores, como MARCHAND, declaran sin distinguos que entonces desaparece toda justificante, y solo puede hablarse de una excusa. Otros, como MORIAUD, ponen a contribución, también en este caso, la diferencia tan repetida, del conflicto entre bienes desiguales, y la lucha entre bienes de igual valor; pero aquí nos parece inútil establecer tal diferencia. Mas conformes con el parecer de BERNER, JAUKA, STAMMLER, SERMET, etc., distinguimos si el agente provocó el trance por *simple culpa* o por *dolo*. En el primer caso, negar la impunidad del acto necesario, sería condenarle a la muerte o a la pérdida de un bien. ¿No sería injusto y absurdo que al hombre causante del fuego de su casa por una imprudencia, incluso grave, como arrojar una cerilla en un montón de paja, se le castigara como autor de un robo por haberse apoderado violentamente del extintor de incendios del vecino? Mantenemos, pues, en esta primera hipótesis, la existencia del derecho de necesidad, aunque pidamos que el autor indemnice a la víctima. Pero en el caso en que el agente obra *con dolo*, cuando, por ejemplo, provoca el naufragio del buque de que es dueño y en el que viaja, para cobrar la prima del seguro, *no nos atreveríamos a eximirle de pena*, si desaloja a un compañero de una tabla salvadora para no ahogarse él, no sólo porque el hecho no está desprovisto de antijuridicidad, sino porque, desde el punto de vista subjetivo, ese hombre es temible. Hasta para otorgarle las atenuantes que le concede SERMET, dudaríamos mucho».

(1) Véase *El Estado de Necesidad en el Derecho Penal*, Madrid, tip. de la *Revista de Archivos*, 1923.

(2) Op. citado, pág. 69.

La repercusión de estas afirmaciones en el campo de nuestra investigación, se halla amortiguada por las siguientes consideraciones: 1.^a, el realizar un viaje en aeronave, o atravesar en prácticas los predios ajenos a racional altura, son actos lícitos y corrientemente laudables (1); y 2.^a, el paso y el estacionamiento intencionados, pero sin imprudencia, sobre la propiedad ajena, no implican, según hemos visto, una violación de este derecho.

De suerte que, ordinariamente, el peligro no estaría unido a culpa o dolo, por relación de casualidad, aunque el aviador supiese que el terreno sobre el cual evoluciona es de propiedad particular. Otra sería la cualificación, si al emprender el vuelo pasara desde su propio terreno al colindante, a ras de suelo.

Precisamente, en el sector estudiado se pone de relieve la deficiente redacción e interpretación del número 7.º del artículo 8.º de nuestro Código penal, según el cual no delinque y, por consiguiente, está exento de responsabilidad criminal:

«El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1.^a, realidad del mal que se trata de evitar; 2.^a, que sea mayor que el causado para evitarlo; 3.^a, que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.»

En la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Febrero de 1907 se consigna que esta circunstancia «se refiere a los daños producidos para evitar en propiedad ajena un mal mayor que el causado» y con punzante crítica comenta el profesor Asúa (2): «Así es que el capitán de un buque podrá arrojar parte de la carga para salvar la otra parte, propiedad de una compañía que había alquilado el buque; pero no puede arrojar todas las mercancías para salvar el pasaje, porque las personas no son propiedad de nadie».

Indudablemente, ningún Tribunal español penaría al jefe de un dirigible que, para salvar a los tripulantes y pasajeros, arrojase objetos pesados que destruyesen un magnífico invernadero, con orquídeas de valor.

En todas estas hipótesis de necesidad, surgirá la obligación de reparar el daño causado, a cargo de las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, a proporción del beneficio que hu-

(1) Una Real orden, sin fecha, publicada en la *Gaceta* de 4 de Febrero de 1920 patentiza la aspiración de «que los servicios de navegación aérea tengan el rápido y organizado incremento que las necesidades modernas exigen».

(2) Op. citado, pág. 115.

bieren reportado, y si se interpreta la regla 2.ª del artículo 19 del Código penal en concordancia con el 121, se extenderá la responsabilidad a la indemnización de perjuicios (1).

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(1) Sobre la distinción de reparación y responsabilidad, véase la citada monografía de Asúa, párrafos 114 (b), 126, 127, 217 y siguientes.