



LA NAVEGACION AEREA I LA NATURALEZA JURIDICA DEL ESPACIO

POR

RICARDO CABIESES

Sumario.—1. Importancia de la determinacion de la naturaleza jurídica del espacio.—2. Reglas legales vijentes sobre la naturaleza jurídica del espacio.—3. Intelijencia dada por los comentadores al precepto del artículo 552 del Código Civil frances.—4. Interpretacion dada por la jurisprudencia francesa al precepto del artículo 552.—5. Primeras críticas doctrinales formalizadas contra la teoría del dominio del espacio.—6. Crítica i doctrina del profesor Gabba.—7. Doctrina del profesor Ricci.—8. Teoría de Mr. Naquet.—9. Influencia ejercida por la crítica doctrinal sobre la lejislacion de algunos paises.—10. El invento de la navegacion aérea i la nueva faz de los estudios relativos al concepto jurídico del espacio.—11. Un paréntesis relativo al concepto moderno sobre la interpretacion de las leyes.—12. Razones que se aducen para sostener que el lejislador francés ha consagrado el principio de ANALES.—JUL.—AGOS.—15

la propiedad del espacio —13. Oríjen del adajio: *Cujus solum, ejus coelum*. 14. El espacio no es cosa susceptible de estar sometida al derecho real de dominio.—15. El concepto jurídico de propiedad se opone tambien a la teoría que estamos rebatiendo.—16. Doctrinas que últimamente se han emitido acerca de la cuestion que nos ocupa.—17. Derechos efectivos del propietario del suelo, conforme a la verdadera intelijencia que debe darse a la lei.—18. Derechos del aviador en relacion con los del propietario.

1. *Importancia de la determinacion de la naturaleza jurídica del espacio para los efectos del presente estudio.*—Si se someten a exámen las cuestiones de Derecho Privado relacionadas con la navegacion aérea, nos encontramos con una que domina sobre todas las demas i que, para proceder con método, debe ser resuelta préviamente.—Es la que consiste en determinar la naturaleza jurídica del espacio, campo de actividad de la aviacion.

Hasta hace mui poco la materia por mal nombre llamada de la propiedad del espacio, aunque no era desconocida de la doctrina i de la jurisprudencia, no constituia un tema sometido a hondas investigaciones ni que suscitara grandes controversias. Para satisfacer las necesidades de la vida jurídica ordinaria se podia pasar mui bien con la referencia a fórmulas admitidas como indiscutibles, segun las cuales por una parte se entendia con perfecto acierto que el aire es comun a todos los hombres, no susceptible de dominio; i, por otra, se aceptaba simultáneamente i sin discusion el principio de que el dominio del dueño del suelo se estiende en el espacio, *usque a l coelum*, hasta el cielo.

Si bien, como veremos pronto, este segundo principio habia sido objeto de repetidas críticas durante el siglo pasado, ellas eran aisladas, emitidas por via incidental, i no alcanzaban a quebrantar la fijeza de la idea jeneral relativa a la existencia de un derecho de dominio sobre el espacio.

Pero los adelantos de la navegacion aérea durante los últimos diez años han sido oríjen de importantes i prolijas discusiones acerca del alcance o límite de los derechos que correspondan sobre el espacio respectivamente a los dueños de la superficie del suelo i a los aviadores. Haciéndose sentir ahora prácticamente las consecuencias que se derivarian de la aplicacion del principio vulgarizado sobre el dominio del espacio, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han visto en el caso de someter a exámen lo que hasta aquí apénas se discutia, i de rectificar conceptos sobre los cuales ántes ni siquiera se meditaba, porque ello era innecesario.

Se han suscitado dificultades concretas entre propietarios i aviadores, las cuales han sido el mejor impulso para la elaboracion de nuevas doctrinas. Amparados por la intelijencia que se daba al principio tradicional a que nos referimos, los propietarios, frente a los aviadores, han solido reclamar dominio ilimitado respecto del espacio que se estiende sobre la superficie. I amparados a su vez por otros principios de mayor firmeza, los aviadores han solido pretender, frente a los propietarios, derecho absoluto de tránsito *por el aire*, elemento que la Naturaleza ha hecho comun a todos los hombres, como reza el artículo 585 del Código Civil chileno, reproduciendo el principio del artículo 714 del Código Civil frances.

La controversia subsiste hasta el presente en el mundo jurídico europeo.

I la prolongacion del debate se explica mui bien, porque la cuestion planteada es en el fondo la siguiente.

¿Puede el propietario del suelo ejercitar en el sentido de la altura el derecho de dominio, en forma que le sea lícito privar del tránsito por la atmósfera a quien le plazca i cuando le plazca? ¿Podria, segun esto, impedir que los aviadores pasen por encima de su predio a cualquiera altura?

O, por la inversa ¿la navegacion aérea debe ser completamente libre, de modo que los propietarios no estén facultados para impedir el tránsito en ninguna circunstancia?

Concretada la cuestion de esa manera, resulta que, segun

sean las respuestas que se den a dichas preguntas, así serán las consecuencias a que se llegue en la práctica; pudiendo establecerse desde luego que el porvenir de la aviación queda subordinado a la doctrina que se acoja. Si se aceptara sin restricción el principio de que el dueño de la superficie tiene dominio sobre el espacio aéreo que está encima de su predio, razonable sería inferir que la aviación ha nacido inválida i que jamás podrá desarrollarse con ventajas para la humanidad, puesto que estará sometida a la voluntad arbitraria del señor de la tierra, quien le puede impedir el tránsito por el aire con la misma facultad con que se opone a la usurpación de su suelo.

El problema así planteado es, como decíamos, de carácter fundamental; i aunque desde luego se comprenda que no es de aquellos que pueden resolverse con un criterio absoluto, es fuerza entrar al fondo del mismo a fin de poder llegar a conclusiones firmes basadas en la verdad jurídica i en la conveniencia social.

2. *Reglas legales vijentes sobre la naturaleza jurídica del espacio.*—Examinemos ante todo cuáles son los principios que las legislaciones modernas tienen implantados en orden a los derechos que el propietario del suelo puede ejercer sobre el espacio aéreo que circunda a éste. La investigación no es difícil, como quiera que la casi totalidad de las legislaciones civiles contemporáneas emanan de las mismas fuentes.

Podemos, i aun debemos, por consiguiente, adoptar como legislación tipo, para los efectos de nuestro estudio, el Código Civil francés, ya que su doctrina es la que tiene señorío sobre la jeneralidad de las otras, i, también, porque la jurisprudencia de los Tribunales franceses tiene en todo el mundo influencia considerable. ¿No estamos aquí mismo, en Chile, jueces i abogados, registrando continuamente los fallos de los tribunales franceses, analizando los principios que los informan, investigando el desarrollo de los mismos en relación con los cambios que se realizan en la vida social?

Dice ante todo el Código Civil frances en el art. 544:

«La propiedad es el derecho de gozar i disponer DE LAS
« COSAS del modo mas absoluto, con tal que no se haga DE
« ELLAS un uso prohibido por las leyes i los reglamentos.»

Mas adelante, en el capítulo que trata DE LA ACCESION,
dice el art. 552:

«La propiedad DEL SUELO comprende la propiedad de lo
« que ESTÁ DEBAJO i de lo que ESTÁ ENCIMA del mismo.

«El propietario puede hacer *sobre la superficie* todas las
« plantaciones i construcciones que tenga por convenientes,
« salvo las escepciones establecidas en el título de las servi-
« dumbres i servicios territoriales. Puede hacer *debajo* to-
« das las construcciones i escavaciones que crea convenien-
« tes i retirar de esas escavaciones todos los productos que
« suministren, salvo las modificaciones que resultaren de las
« leyes i reglamentos relativos a las minas i a la policía.»

Es innecesario hacer presente que, a pesar de encontrarse
ubicado en un párrafo distinto, este segundo artículo es uno
de los complementos o especificaciones del primero. En el 544
se establece el carácter teóricamente absoluto del derecho de
dominio; i en el 552 se detallan algunos de los derechos es-
peciales que corresponden al propietario de un bien raiz.

Ahora bien, como el art. 552 del Código Civil francés, re-
lacionado con el 544, es aquel que se invoca para sostener la
doctrina de la propiedad del espacio, estension que el legisla-
dor habría querido atribuir al dueño de la superficie, cúmp-
plenos tomar nota desde luego, para el fin de nuestra de-
mostracion ulterior, de que dicho precepto legal no emite
de un modo indubitable el concepto de *espacio*, i de que, por
tanto, la doctrina que se supone inspiradora de dicho pre-
cepto necesitaria ser comprobada fuera del texto legal.

El Código Civil italiano dice por su parte en el art. 440:

«El propietario del suelo tambien lo es DEL ESPACIO que
« lo domina, i de todo lo que está debajo i encima de la su-
« perficie.»

El Código Civil austriaco, aceptando mas resueltamente

aun la doctrina del dominio del espacio, que se supone haber sido promulgada por el legislador frances, declara INMUEBLE toda la seccion del espacio perpendicular al suelo.

Hai, empero, otros Códigos, tales como el español i el chileno, por ejemplo, en los cuales no se consigna una disposicion tan esplicita como la del artículo 552 del Código francés, ni mucho ménos tan sin lugar a dudas como la de los Códigos italiano i austriaco. Esto no significa en nuestro sentir que en esas lejislaciones no se haya querido aceptar implícitamente la misma regla jurídica del Código frances, cualquiera que sea su alcance. Del concepto del derecho real de dominio relacionado con otros preceptos civiles fluye la consecuencia de que por el legislador chileno se ha entendido que la estension del derecho del propietario del suelo es la misma que la establecida en el Código francés, i de que iguales argumentos a los que se formulaban en Francia para sostener la teoría del dominio del espacio podrían hacerse dentro de la lejislacion chilena.

El artículo 582 del Código chileno define, como sabemos, la propiedad, de esta manera:

«El dominio (que se llama tambien propiedad) es el derecho real EN UNA COSA CORPORAL, para gozar i disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la lei o contra derecho ajeno.»

Vemos, segun esto, que no existe diferencia de fondo sino de mera forma entre la definicion del dominio que dan los Códigos frances i chileno, como tampoco la hai entre los demas Código Civiles. Sigamos.

El artículo 931, inciso 3.º del mismo Código chileno dice:

«... Se declara especialmente denunciabile toda obra voladiza que atraviese el plan vertical de la línea divisoria de dos predios, aunque no se apoye sobre el predio ajeno, ni dé vista, ni vierta aguas lluvias sobre él.»

Podria prestarse dicha disposicion, como se vé, para sostener que ella se basa en el principio de la propiedad del espacio, la cual corresponderia al dueño de la superficie, i en

una estension comprendida dentro de las líneas demarcatorias del predio.

I reforzaria el argumento el artículo 942, que dice:

«Si un árbol estiende sus ramas SOBRE suelo ajeno, o penetra en él con sus raices, podrá el dueño del suelo exigir que se corte la parte excedente de las ramas, i cortar él mismo las raices. Lo cual se entiende aun cuando el árbol esté plantado a la distancia debida.»

Nos creemos, por consiguiente, autorizados para sentar que ámbas lejislaciones, francesa i chilena, consagran la propia estension a los derechos del propietario de la superficie, i que el alcance de los preceptos consignados en ellas es idéntico. Esto no obsta para que reconozcamos al mismo tiempo que la lei francesa, al consignar el inciso 1.º del artículo 552, permite sostener la teoría del dominio del espacio aéreo con razones mas fundadas, aunque no resulten verdaderas, que las que pudieran aducirse por analogía dentro de los términos mas compendiados en esta parte de nuestra lejislacion patria.

En resumen, i esto es lo esencial que por el momento conviene notar: existe en la lejislacion civil francesa un principio conforme al cual se atribuye al dueño de un predio dominio *sobre lo que está encima* de la superficie del mismo; i existen, asimismo otras lejislaciones, posteriores naturalmente a la francesa, en las cuales se dice del modo mas categórico que el dominio del suelo lleva consigo el dominio DEL ESPACIO que lo cubre.

Si se tiene presente que todos los Códigos Civiles europeos son posteriores al francés i que todos tambien, cual mas cual ménos, se han inspirado en la doctrina de éste, no es aventurado decir que la fórmula explícita de la propiedad SOBRE EL ESPACIO se ha adoptado por lejislaciones mas modernas en razon de haberse difundido i vulgarizado la creencia de que el lejislador frances la quiso implantar por medio del inciso 1.º del artículo 552 tantas veces citado.

Esta hipótesis adquirirá todos los caractéres de la verdad

despues de la demostracion que pasamos a hacer en los dos números que siguen.

3. *Intelijencia dada por la doctrina de los comentadores al precepto del artículo 552 del Código Civil frances.*—Sin temor a críticas, nos parece que todos los comentarios de los tratadistas clásicos franceses acerca del alcance que debe atribuirse al artículo 552 del Código Civil en lo que atañe a los derechos del dueño de la superficie sobre el espacio aéreo, podemos considerarlos resumidos en las breves palabras que dedican a esta materia Baudry-Lacantinerie, Huc, i Aubry i Rau, respectivamente. La modernidad i el alto prestigio de estos autores permiten considerarlos como autorizados representantes de los intérpretes del Código Napoleon i nos escusan de tener que citar a otros comentadores. Los escojemos tambien porque la doctrina que cada un de ellos sustenta no es absolutamente idéntica a la de los demas, i las diferencias que presentan entre sí son, al parecer, un reflejo de la incertidumbre relativa que ha existido hasta ahora en Francia respecto del verdadero oríjen i el verdadero alcance del artículo 552.

Dicen Baudry-Lacantinerie i Chauveau en el Tratado de los Bienes, página 234, núm. 337, que el propietario del suelo no solo tiene la libertad de alzar construcciones i de hacer plantaciones, SINO QUE EL DERECHO ESCLUSIVO QUE POSEE SOBRE LA COLUMNA DE AIRE SITUADA ENCIMA DE SU PREDIO le permite impedir las invasiones de terceros sobre ese dominio aéreo, exigir la demolicion de las construcciones avanzadas sobre su propiedad, la supresion de la parte de los edificios cuya proyeccion vertical tocase el suelo que le pertenece. Puede tambien obligar al vecino a cortar las ramas de los árboles que desborden sobre su propiedad.

Hablan estos autores, como se vé, «del derecho esclusivo que posee el dueño del suelo sobre la columna de aire situada encima de su predio». Este concepto no permite dudar acerca de que en el sentir de los mismos, el espacio aé-

reo es susceptible de dominio, igual que la superficie i que el subsuelo.

Huc, por su parte, en la página 162 del tomo IV de sus Comentarios del Código Civil, edicion de 1893, dice que la declaracion de la lei, en órden a que la propiedad del suelo lleva consigo la propiedad de lo que está sobre él, significa QUE EL ESPACIO AÉREO SITUADO ENCIMA DE UN PREDIO ES PROPIEDAD EXCLUSIVA DEL MISMO PREDIO. Por consiguiente, aquel que construye sobre su suelo no puede establecer ninguna especie de construccion que se proyecte sobre la heredad del vecino o sobre el suelo de la via pública, sin tener autorizacion; ni tender un puente sobre un canal que pertenezca a otro.

Resulta del mismo principio—agrega Huc—que hai delito de caza sobre el terreno ajeno sin el consentimiento del propietario, de parte del cazador que despues de haber levantado sobre su predio una pieza de caza, le dispara en momentos en que ésta se encontraba en propiedad ajena.

Dice Huc, no obstante, que los particulares DEBEN SOPORTAR SIN INDEMNIZACION EL PASO POR ENCIMA DE SU PREDIO DE LÍNEAS TELEGRÁFICAS I TELEFÓNICAS, PORQUE NO RESULTA DE ELLO NINGUN DAÑO.

Termina el mismo autor diciendo que TEÓRICAMENTE puede el propietario alzar construccion hasta una altura indefinida; pero que corresponde a la autoridad municipal, en interes de la seguridad i de la salubridad públicas, limitar la altura máxima de los edificios, i que no seria posible adquirir por larga posesion un derecho *altius tollendi* contra los preceptos del Reglamento. El derecho DE DISPONER DE LA REGION SUPERIOR no se encuentra menoscabada, por la circunstancia de que el suelo sea comun a varios propietarios. Uno de los co-propietarios de una Avenida comun tendria, pues, derecho de colocar a cada lado de la puerta de entrada placas indicadoras de su profesion, puesto que no causa ningun perjuicio a los otros comuneros, quienes podrian usar del mismo derecho.

Se nota por los conceptos anteriores que, si bien Huc dice

que los particulares deben soportar sin indemnización el paso por encima de su predio de líneas telegráficas o telefónicas en razón de que no les resulta daño, con todo, establece con la mayor seguridad que el espacio aéreo ES PROPIEDAD exclusiva del predio-sub-yacente.

Ahora bien, de la comparación de estos dos términos, nos parece lógico deducir que en el fondo de las palabras de Huc va envuelta esta idea: el dueño de la superficie lo es también del espacio que tiene encima, pero este dominio del espacio *tiene por límite el interés del mismo propietario.*

Coincide, pues, Huc con Baudry Lacantinerie, en cuanto ambos piensan que el espacio es susceptible de dominio i que este dominio lo consagra al artículo 552; pero se diferencian uno de otro en que, al paso que Baudry no establece limitación alguna al derecho de dominio sobre el espacio aéreo, Huc, sin dar razón que explique su criterio, considera que el dominio sobre dicho espacio está circunscrito a el interés del dueño de la superficie.

Aubry i Rau tratan de esta materia en el tomo II de su Curso de Derecho Civil francés, página 281 (5.^a edición).

Dicen que el propietario de un terreno también lo es DEL ESPACIO AÉREO que está encima, EN ESTE SENTIDO: de que solo puede usarlo con el objeto de hacer construcciones; i que se encuentra autorizado para reclamar la demolición de aquellas obras que A CUALQUIERA ALTURA se extiendan o avancen sobre dicho espacio.

Por consiguiente, Aubry i Rau concuerdan a su vez con Baudry i con Huc en lo tocante al reconocimiento del derecho de dominio sobre el espacio.

Sin embargo, dichos autores son todavía mas precisos que Huc para emitir el concepto de la limitación de ese derecho. La frase: «que se es dueño EN EL SENTIDO de usar del espacio para hacer construcciones i para poder exigir la demolición de las obras que se construyan a cualquiera altura», da a entender que en cualquier otro sentido, o mas claro aun, para

cualquier otro objeto, no se tiene ningun derecho sobre el espacio.

Es fácil comprender la diferencia de estos enunciados. Si de ALGO es dueño, se tiene sobre ese ALGO derecho de usarlo i de gozarlo ARBITRARIAMENTE; i toda limitacion de tal derecho arbitrario NECESITA tener por base alguna restriccion expresa e inequívoca impuesta por el lejislador por razones de conveniencia jeneral.

Cabe preguntar entónces: ¿cuál es el motivo legal de las limitaciones al dominio sobre el espacio insimadas respectivamente por Huc i por Aubry i Rau?

Aceptando en hipótesis que fuese efectivo que el artículo 552 del Código francés establece que el propietario del suelo tiene dominio sobre el espacio cuando dice que dicho propietario es dueño DE LO QUE ESTÁ ENCIMA, ¿en qué se basan sin embargo los referidos autores para sostener que la misma lei ha fijado límites al derecho sobre el espacio que ellos creen ver consagrado?

Sin acojer nosotros, por cierto, la doctrina sin restricciones de Baudry Lacantinerie, i sin aceptar siquiera, como lo haremos presente mas adelante, que el espacio sea una COSA susceptible de dominio, pensamos, no obstante, que ni Aubry i Rau ni Huc se conforman con la lójica, puesto que miéntras Huc no demuestre cómo a pesar de ser el dueño del suelo, dueño tambien del espacio, está obligado a soportar los alambres eléctricos que lo crucen, i miéntras Aubry i Rau no expliquen por qué el dueño del espacio solo lo es en cierto sentido i para ciertos objetos i no para todos aquellos que no estén prohibidos expresamente, es fuera de duda que sus respectivas doctrinas adolecerán del defecto insubsanable de aparecer contrarias al mismo precepto legal en que las fundan.

Sin embargo, tenemos que reconocer que, a pesar de lo imprecisas i de lo incongruentes de las dos opiniones antedichas, se acercan mucho mas que la de Baudry Lacantinerie a una solucion razonable del problema que consiste en fijar

el verdadero sentido que debe i **CONVIENE** dar al artículo 552 del Código Civil francés.

Después de las referencias que anteceden nos es lícito dejar establecido que los comentadores del Código Civil francés aceptan como algo incuestionable el derecho del dueño de la superficie sobre el espacio aéreo que la domina. Creen ellos, por consiguiente, que el espacio es susceptible de dominio, puesto que así lo dicen. I, finalmente, piensan ellos que ese principio del dominio del espacio tiene su expresión inequívoca en el inciso 1.º del artículo 552. Sin perjuicio de todo esto, aparece en sus conceptos como el jérmén de una doctrina complementaria i limitativa del derecho del propietario sobre dicho espacio.

Si quisiéramos precisar el oríjen de la teoría de la propiedad del espacio difundida por los comentadores, posiblemente no nos equivocariáramos si lo radicáramos en las siguientes palabras de Portalis consignadas en la Exposición de Motivos del Código Civil francés, referentes al actual artículo 552:

«La propiedad sería imperfecta si el propietario no fuese libre de sacar provecho para su uso de todas las partes interiores o exteriores del suelo o del predio que le pertenece, o si no fuese dueño **DE TODO EL ESPACIO** que encierra a su dominio.»

4. *Interpretación dada por la jurisprudencia francesa al precepto del artículo 552.*—Con referencia al tiempo anterior al invento de la navegación aérea, podemos resumir los principios adoptados por la jurisprudencia francesa en orden al artículo 552 del Código Civil, diciendo que, de un modo general, ella ha entendido que el propietario de la superficie tiene sobre el espacio un derecho absoluto, sin límites. Conviene agregar, todavía, que aquella jurisprudencia, observada en conjunto, va más lejos que los propios comentadores en la apreciación del alcance del referido artículo. Hemos visto, por ejemplo, que Hue, a pesar de que acepta la doctrina del dominio sobre el espacio, limita en cierta mane-

ra el derecho del propietario por medio de este concepto: «...pero los particulares deben soportar sin indemnizacion el paso oor encima de su predio de hilos telegráficos o telejónicoo; no resulta, en efecto, ningun daño de semejante situacion». Ahora bien, en repetidas ocasiones los tribunales franceses han sancionado el derecho absoluto de los propietarios de la superficie sobre el espacio, ordenando la supresion de alambres conductores de enerjía eléctrica que atravesaban la atmósfera sin tener apoyo en el suelo o en los edificios; i esto se ha hecho aun cuando existia de por medio un verdadero interes público, tal como el de suministrar luz o fuerza para traccion a una poblacion entera o a un barrio de la misma.

Numerosas son las sentencias de los tribunales franceses que podríamos invocar en apoyo de nuestro aserto; i para ello no tendríamos sino que realizar la fácil tarea de transcribirlas del Dalloz ó del Sirey. Para los fines de nuestra demostracion nos limitaremos a reproducir dos de ellas tomadas casi al azar de la Recopilacion de Sirey. Representan bastante bien el tipo de la jeneralidad de las dictadas durante el período judicial a que nos venimos refiriendo, o sea del tiempo comprendido entre la promulgacion del Código Napoleon i el principio de las críticas i del análisis razonado i filosófico de la teoría de la propiedad del espacio, que se han hecho últimamente, i sobre los cuales nos ocuparemos en su debido lugar,

La Corte de Casacion francesa, por resolucion de 19 de Febrero de 1896, confirmó el siguiente fallo del Tribunal Correccional de Verbins:

Considerando que de los testimonios rendidos durante la presente audiencia resulta probado que el dia 12 de Setiembre de 1895 el inculpado ha cazado en terreno ajeno sin el consentimiento del propietario del derecho de caza, sirviéndose de un fusil;

Considerando que cuando S. disparó el segundo tiro sobre los faisanes, éstos habian emprendido el vuelo i se hallaban sobre el terreno plantado de habas i de alforfon, respecto del cual el derecho exclusivo de caza pertenecia a M.;

Considerando que la presencia de las piezas de caza encima de ese terreno en el momento del disparo está demostrada, además, por el hecho de que el ave herida ha caído verticalmente sobre el sembradío de habas, dentro del cual S. no pudo encontrarla;

Considerando que el hecho de tirar desde un lugar en que se tiene derecho de caza sobre una pieza colocada en un lugar en que se carece de tal derecho, constituye a todas luces el delito de caza *sobre terreno ajeno*, siendo así que el derecho de propiedad se extiende tanto sobre la superficie como encima de ella; i que, por otra parte, la pieza no herida es *res-nullius* i no puede ser objeto de una tentativa de apropiación sino cuando se encuentra en un lugar en que se tiene el derecho de cazarla i perseguirla;

Considerando que de todo esto resulta que S., al disparar desde el terreno en que se encontraba sobre faisanes que volaban encima del campo respecto del cual sólo M. tenía derecho de caza; ha cometido el delito de cazar en terreno ajeno sin el consentimiento del propietario, delito previsto en el art. 11, núm. 2 de la lei de 3 de Mayo de 1884, se declara, etc., etc

La sentencia de 4 de Diciembre de 1888 dictada por la misma Corte de Casación francesa (Sirey. —Año 1890, páj. 105 contiene los siguientes considerandos:

«... Respecto del art. 552 del Código Civil:

Considerando que el fallo recurrido ha resuelto que la ciudad de Pamiers tendrá para el futuro i según las necesidades de la viabilidad el derecho de tender puentes sobre los canales, del Arrège, i que esa decisión ha sido fundada en la circunstancia de que dicha ciudad había establecido ántes cierto número de puentes cuya construcción data de más de 30 años, como asimismo en la circunstancia de que ella es propietaria de las orillas;

Considerando, en primer lugar, que si la ciudad puede con justa razón invocar la prescripción de treinta años relativamente a los puentes que existen en la actualidad en esa condición, no se sigue por eso que haya adquirido el derecho de tender puentes indefinidamente sobre los canales, puesto que la prescripción no puede aplicarse sino a su objeto mismo;

Considerando, en segundo lugar, que, en caso que—como sucede aquí—la propiedad de las orillas sea distinta de la del lecho del canal, no resulta en beneficio de la ciudad un derecho de servidumbre en perjuicio del dueño del canal, servidumbre que no podría derivar sino de un título ó de una convencion, i que el fallo recurrido no invoca;

Considerando que el propietario del lecho del canal lo es igualmente DE TODO LO QUE ESTÁ ARRIBA, segun los términos del art. 552 del Código Civil, i que no existe lei alguna que lo obligue a tolerar las construcciones que levante el propietario de las orillas sobre el lecho del rio, etc.

Para comprender el verdadero alcance de la jurisprudencia jeneral francesa, basta decir que por via de interpretacion práctica del artículo 552 se han establecido conclusiones tales como las siguientes:

El propietario del suelo tiene derecho de levantar sus construcciones hasta alturas tales que solo se encuentren limitadas por las posibilidades materiales, ó por la lei ó los reglamentos.

Tiene tambien derecho de ceder o de arrendar los espacios aéreos en su totalidad, o bien a partir de cierta altura, o hasta cierta elevacion.

Ya hemos dicho, por último, que se ha llegado hasta reconocer derecho al propietario de la superficie para exigir la supresion de alambres conductores de electricidad que atravesaban su predio a cualquier altura.

Si se nos preguntara, en fin, cuál es la nota dominante en toda esa jurisprudencia, diríamos que es la aceptacion i aplicacion implícita del aforismo latino *cujus solum, ejus coelum*, pero sin entrar en análisis del concepto filosófico i jurídico del espacio, i sin que la oportunidad se presentara, en los casos resueltos, de reparar en las consecuencias absurdas que pueden derivarse de la aplicación del artículo 552 en el sentido de que por él se consagrara el dominio del espacio. No se ha investigado en dicha jurisprudencia, por la razon mui sencilla de que era innecesario hacerlo, cuál es el verdadero oríjen de aquel precepto, siendo así que, si se le hubiera

recordado, necesariamente se habria tenido que modificar la doctrina i reducirla a términos de razon i de conveniencia jeneral.

No podemos sin embargo dar término a este párrafo sin dejar constancia de que ha habido tambien sentencias, en Francia, en las cuáles el derecho de dominio sobre el espacio se considera limitado en forma análoga a la insinuada doctrinalmente por Huc o por Aubry i Rau. Sin que estos fallos de escepcion alcancen a modificar el carácter jeneral de la jurisprudencia, no pueden ménos de ser considerados como la fructificación de las ideas limitativas del derecho del dominio sobre el espacio.

En una sentencia dictada el 11 de Febrero de 1880 por la Corte de Douai (Sirey, año 1896, parte II, páj. 129) se contiene la siguiente resolucion:

«Considerando que de los debates que han tenido lugar i de la confesion del inculpado resulta que el 21 de Setiembre de 1879 sobre el territorio de Marchiennes, dicho inculpado levantó sobre un terreno en que se tenia derecho de cazar un faisán al cual hirió i mató en momentos en que volaba sobre el terreno en que el derecho de caza pertenecía a C., i que de esta suerte la cuestion por resolverse es la de saber si en derecho está vedado a un cazador que ha levantado a una pieza sobre su terreno dispararle cuando ella vuela sobre la propiedad ajena;

Considerando que no hai delito, segun las disposiciones de la lei, sino en tanto que el hecho de cazar ha sido verificado sobre la propiedad ajena; i que si bien conforme al artículo 552 del Código Civil, la propiedad del suelo comprende la del subsuelo i la de lo que está arriba, no se sigue de ésto que se deba considerar como un accesorio del suelo todo el espacio que existe encima de la propiedad, consecuencia que habria que deducir de la lei para aceptar en este caso que hubiera delito de caza, etc.»

Otra sentencia análoga fué dictada por la misma Corte de Douai el 8 de Junio de 1887. (Sirey, año 1896, parte 2.^a, páj. 129).

Aunque estos fallos son de fecha mui anterior a la de 19 de Febrero de 1896 dictada por el Tribunal Correccional de Verbins i confirmada por la Corte de Casacion, la cual dejamos reproducida mas arriba, sin embargo han sido citadas como las primeras manifestaciones de la jurisprudencia francesa en el sentido de considerar limitado el alcance del artículo 552 del Código Civil. En todo caso, esto es, sean o no síntomas de una reaccion judicial, pueden ser apreciadas como el reflejo de la misma incertidumbre que se nota en la doctrina de los autores.

5. *Primeras críticas doctrinales formalizadas contra la teoría del dominio absoluto del espacio.*—Al amparo de la poca fijeza en la interpretacion exacta que debía darse al referido precepto del Código francés i de la lectura de aquellos otros Códigos en que terminante i categóricamente se establece el principio del dominio del espacio, se habia difundido i vulgarizado esta última idea en forma que se aceptaba como un hecho que no requería mayor exámen el de que el dueño de la superficie tambien lo es del espacio aéreo que la cubre o la domina.

El aforismo *cujus solum, ejus coelum* era la expresion de este convencimiento en todos los paises europeos.

Con todo, fuera de la influencia de las ideas dominantes al respecto, se habian venido emitiendo en la segunda mitad del siglo pasado, en Alemania, Italia i Francia repetidas críticas al concepto del dominio absoluto del espacio, críticas en las cuáles sinó se podian aun tener presentes los problemas relacionados con la navegacion aérea, al ménos surtian el efecto de poner de manifiesto los errores de aquella doctrina i de formar la conciencia jurídica en el sentido de dar un alcance limitado i razonable al principio del dominio del espacio.

Sin cuestion, fueron algunos jurisconsultos romanistas alemanes los primeros en someter a severo estudio el aforismo «*usque ad sidera et inferos*», o lo que dá lo mismo, éste otro: «*cujus est solum, ejus debet esse usque ad coelum*», que

es más usada en Francia para espresar el derecho del propietario sobre el espacio aéreo.

Según hace presente Gabba, Gesterding tan solo se ocupó de la condicion jurídica del espacio aéreo, pero en cuanto a los resultados prácticos, no modificó la teoría vulgarizada del «*usque ad sidera*». Se limitó a negar que el espacio aéreo sea objeto de verdadera propiedad, sustituyendo este concepto por el de señorío o facultad de disponer. Esta innovacion, ántes formal que sustancial, puesto que en el fondo ella deja subsistente la idea de que el espacio aéreo es cosa de que puede disponer el dueño de la superficie de un modo absoluto, esta innovacion del romanista Gesterding fué en realidad, observa el mismo Gabba, el fermento de toda la crítica ulterior de la doctrina *usque ad sidera et inferos*.

Con posterioridad a Gesterding, Voigt, adoptando la teoría del primero en orden al espacio aéreo, dió un paso adelante diciendo que el sub-suelo tampoco es susceptible de dominio, sino que es tan solo una cosa reservada al goce esclusivo del propietario de la superficie.

Böcking reprodujo el mismo concepto de Voigt, pero lo aplicó tambien al espacio aéreo.

Mas adelante, Wehrenberg, partiendo en sustancia del mismo punto de vista de aquellos escritores, fué el primero en afirmar que tanto el espacio aéreo como el subsuelo, ocupados por ocasion i como consecuencia del dominio sobre la superficie, *no son poseedores sino en tanto cuanto el predio los necesite para una regular i normal manera de gozarlo*. Este autor no tuvo el propósito de negar, en cuanto al efecto práctico, la doctrina considerada como tradicional; pero, atendida la posibilidad de cambios en el modo de gozar de los predios, advirtió que no se le puede poner límites a la ocupacion del espacio aéreo i del subsuelo, por parte del propietario.

Hace notar Gabba, asimismo, que ninguno de estos autores introdujo propiamente una innovacion en la doctrina vulgarizada sobre la estension de la propiedad en sentido

vertical, sino en los motivos i en la construccion de dicha doctrina; mas nó en sus consecuencias. Para ellos, la ilimitacion «*usque ad sidera et inferos*» continuaba siendo un cánon cierto, efectivo, e incuestionable, cuyo orijen se encontraría en el derecho Romano.

Vino despues el eminente romanista Rodolfo von Ihering, quién sometió a mas severo i prolijo exámen el principio tenido como tradicional; i apoyándose en la lei 6.^a, §2, título VII, libro 47 del Digesto (*de arborum furtum coesarum*) i en el Derecho bizantino referente a las minas, sostuvo que en el derecho Romano la propiedad del espacio aéreo i del subsuelo *se estiende solo hasta el punto en que llegue el interes práctico del propietario.*

La lei del Digesto especialmente considerada por Ihering i a la cual acabamos de hacer referencia dice así: «*Si el árbol echase raices en el predio del vecino, a éste no le es permitido cortarlas; pero podrá pedir que se le prohíba al dueño del árbol que tenga las raices en él; i, del mismo modo, que tenga vigas o cobertizos*» (que se proyecten sobre dicho predio).

La fórmula de Ihering tuvo éxito inmenso no solo en Alemania, sino tambien en Italia i en Francia. Acaso las atenuaciones de la doctrina del dominio del espacio insinuadas por Aubry i Rau i por Huc no sean otra cosa sino la repercusion de aquel nuevo principio proclamado por el jurisconsulto aleman.

Mas adelante, Pampaloni, en Italia, dió todavía un nuevo aspecto a la doctrina de Ihering. Sostiene ese jurisconsulto que en Derecho Romano el espacio aéreo es *res communis omnium*, i el subsuelo *res-nullius*; cosas de las cuales, sin embargo, la disponibilidad por parte de los terceros se encuentra limitada en favor del propietario de la superficie. Agrega que de las fuentes históricas no puede extraerse una fórmula que permita determinar a cuánto o hasta dónde llega exactamente esta limitacion del derecho de los terceros. No tiene inconveniente, sin embargo, para que al derecho del dueño de la superficie se le dé el nombre de domi-

nio. Pero los límites de esa extensión i de aquel derecho, que no aparecen indicados en los textos, en concepto de Pampaloni pueden ser determinados por la ciencia. Con tal fin propone una fórmula algo distinta de la de Ihering, cual es: «*La propiedad del espacio aéreo i del subsuelo se extiende hasta donde lo requiera el interes del propietario, en relacion con el uso que sea posible hacer del predio de que se trate, en las actuales condiciones del arte i de la industria humanas*».

6.—*Crítica i doctrina del profesor Gabba*.—Mas, apesar de la grande influencia que ejercieron las doctrinas que se dejan espuestas en el sentido de modificar el concepto admitido en órden a la propiedad del espacio, ha sido en nuestro entender el profesor Gabba, quién, fuera de Francia, i sirviéndose en mucha parte de las bases establecidas por sus predecesores en la crítica, ha dado la mas enérgica sacudida a aquel principio por medio de la exhibición de los absurdos a que nos llevaria su aplicación literal i estricta.

Aunque emitidos tambien sin contemplar los problemas, que solo despues aparecieron, relativos a la navegacion aérea, los conceptos de Gabba constituyen una brillante muestra de la reaccion que se habia venido produciendo en el mundo jurídico.

Para esplicarnos mejor el alcance de la crítica de este autor, tengamos de nuevo a la vista el artículo 440 del Código italiano, que es aquél que mas directamente se relaciona con el artículo 552 del Código frances. Dice así: «*El propietario del suelo tambien lo es DEL ESPACIO que lo domina i de todo lo que que está debajo i encima de la superficie*».

Se trata de saber, dice Gabba, si, a pesar de ser perfectamente claro i categórico el texto del artículo citado, no será lícito considerar subentendido en él algo mediante lo cual su significación literal deba ser o corregida o limitada. El motivo de esta necesidad de darle alguna interpretación distinta de la que fluye de su tenor literal, es el de que al buen sentido repugna tener que admitir un dominio ilimitado del due-

ño de la superficie, «*usque ad sidera et inferos*». Repugnancia es ésta, en verdad mui bien fundada, siendo manifiesto el absurdo, por ejemplo, de que el propietario del suelo pretenda ser víctima de una violacion de su dominio i de su posesion por el hecho de que un globo cautivo se haya detenido a centenares o millares de metros sobre su casa o su campo; o porque se ha abierto una galería subterránea a centenares o milláres de metros debajo de aquella casa o de aquel campo. No es extraño—agrega—que, a propósito de ésto, se susciten ahora cuestiones que ántes eran desconocidas, puesto que en los siglos pasados los conocimientos i las aplicaciones técnicas no daban oportunidad para que—se advirtieran los inconvenientes prácticos de un principio jurídico tan indeterminado, como es el que consagra el artículo 440 del Código Civil. Los conflictos entre propietarios del suelo i ocupantes del espacio aéreo o del subsuelo, a grandes distancias de la superficie, no parecian posibles entónces, como hoi lo son, salvo en lo tocante a la propiedad minera, respecto de la cual siempre han estado en vijencia principios de verdadero *jus singulare*, que es extraño no se hayan tenido presentes al meditar sobre el alcance del adajo: «*usque ad sidera et inferos*».

Repitiendo el aserto de los maestros romanistas alemanes, Gabba sostiene tambien que aquella doctrina de la propiedad del espacio no se encuentra ni formulada en parte alguna del texto romano, ní autorizada por él mismo, *sino en el sentido de que se dejan indeterminados los confines hasta los cuales se puede estender el derecho del propietario de la superficie en elevacion i profundidad*.

En concepto de Gabba, la fórmula del artículo 440 no es sino la doctrina tradicional elaborada i difundida por los romanistas en virtud de una errónea interpretacion de las fuentes, que consiste en confundir *la indeterminacion* del confin a que se puede llegar en el sentido vertical—o sea hácia las estrellas o hácia el centro de la tierra—con la *ilimitacion* de la propiedad en uno u otro sentido; interpretacion errónea que tambien consiste en confundir el derecho *actual*

del dueño de la superficie sobre aquella parte del espacio aéreo i del subsuelo que es inseparable de la misma superficie, tal como ésta se encuentra poseida i se está gozando, con la simple posibilidad de que aquel propietario ántes que otro, dilate o amplie la ocupacion en algun sentido vertical. Si esto es así, la fórmula del artículo 440 no puede ser interpretada literalmente por cuanto no puede tener mas valor que el que autorizan las fuentes romanas, de las cuales emana; las cuales, en el sentir jeneral de los hombres de ciencia, atribuyen al propietario de la superficie un derecho, ciertamente *indeterminado*, pero en modo alguno *ilimitado* respecto del espacio aéreo i del subsuelo.

Son precisamente las consecuencias absurdas de la aplicacion literal del artículo 440 las que imponen el deber de restringir la, señalando fronteras mas allá de las cuales el derecho del dueño de la superficie no puede extenderse. No pensaron en dichas consecuencias los que inventaron el *usque ad sidera et inferos*, aforismo que no ha hecho sino reproducir el artículo 440 del Código Civil. Este artículo es una lei dictada sin meditacion alguna; i no es discreto cojer por la palabra a un lejislador que ha obrado impensadamente.

La cuestion—dice Gabba—tambien consiste en establecer un criterio con arreglo al cual se fije un límite a la propiedad de la superficie, en el sentido vertical.

Segun el mismo profesor, es necesario considerar por separado i con toda independenciam la cuestion relativa al límite de la propiedad en el sentido de la elevacion, de la cuestion relativa al mismo límite en el sentido de la profundidad. El problema i la solucion son distintos en uno i otro caso.

En el sentido de la altura, o hácia las estrellas—como dice Gabba—el propietario del suelo ó de un edificio, tiene necesidad de espacio libre, con el doble fin de gozar del aire i de poder mirar hácia arriba. Respecto del goce del aire, el dueño tiene incuestionablemente derecho para que nadie i en ninguna forma se lo intercepte o se lo impida a cualquiera altu-

ra vertical de su predio; i esto es porque todas las capas o estratas atmosféricas, desde la mas baja hasta la mas alta, se encuentran coligadas en el sentido de que se mueven conjuntamente. No puede, sin embargo, decirse que se tiene dominio sobre el aire circundante. Nunca ha habido ni podrá haber jamas ocupacion permanente del aire, puesto que este es *res omnium communis*, i la ocupacion de estas cosas es material i, por tanto, jurídicamente imposible. Mas, para que el aire circule libremente sobre i en contorno de un terreno o edificio, no es indispensable que se impida la existencia de cualquier objeto en la atmósfera superior, atendida la estension de lo que está debajo i la elevacion a que dicho objeto se encuentra colocado. De aquí es que, en último análisis, el interes del propietario en tener el aire de la rejion superior libre de la perturbacion de terceros se confunde con el de tener la vista franca hácia arriba, en forma que, atendida la naturaleza i la elevacion del objeto superior no pueda decirse que se encuentre embarazada la vision de abajo hácia arriba.

Ahora bien, prescindiendo del caso en que los objetos suspendidos en el aire no sean visibles a ojo desnudo, o en que dichos objetos semejen solo puntos en el espacio, todo el mundo tendrá que convenir en que pueden presentarse otras situaciones de objetos de tal naturaleza, ó colocados a tan grande altura, que resulte ridícula la pretension del dueño de la superficie para que se le consideren molestado en el goce de su derecho de mirar hácia arriba. Ihering pone el ejemplo de una montaña cortada a pique, i de dos propietarios, uno situado en el vértice de la montaña i el otro en el límite de la llanura que coincida con la base de la montaña. ¿Quién—se pregunta Ihering—negará al primero el derecho de colocar un balcon sobre el predio del segundo? ¿Qué Juez—agrega—aceptará semejante pretension? En este ejemplo supone Ihering que el vértice de la montaña se encuentra a cierta altura sobre la base de la misma. ¿Pero, cuál será esta altura? Se trata, de consiguiente, de una cuestion que debe

ser resuelta segun las circunstancias, en cada caso especial, esto es, segun que exista o nó una lesion del derecho del propietario para gozar del aire i de la vista sin cortapisa alguna.

No existe, pues, propiedad «*usque ad sidera*», sino tan solo derecho del dueño para elevar cuanto le plazca su edificio en el sentido de la altura, en tanto que las leyes o las autoridades administrativas no le pongan un límite; i existe tambien derecho del mismo dueño para exigir que nadie coloque sobre su superficie o sobre su edificio una construccion cualquiera a tal altura que, habida cuenta de las dimensiones de la obra o del objeto, pueda razonablemente considerarse impedida la libre vista i perturbada la libre circulacion del aire. Mas aun, si la ocupacion del espacio aéreo constituyera un péligro para el propietario subyacente, el derecho de éste no se encontraria circunscrito por límites de altura; i su accion no tenderia propiamente a hacer valer un derecho de propiedad, sino mas bien a defender ésta contra el peligro proviniente del daño de un tercero, siendo el artículo 699 del Código Civil la lei aplicable.

Seria estraño, por lo demas,—termina Gabba—que se debiera respetar una indefinida intolerancia de obstáculos aéreos para la vision de abajo hacia arriba en una legislacion como la italiana, o como todas las modernas, en las cuales el poseedor privado de un inmueble está obligado a soportar limitaciones hasta una altura indefinida de su vision lateral por obra de vecinos que elevan sus propios muros i pueden eludir los gravámenes de la comunidad por poco que se sitúen a corta distancia de la línea divisoria.

7.—*Doctrina del profesor Ricci*.—El jurisconsulto Francisco Ricci en su obra intitulada: «*Diritto Civile teorico e pratico*», tambien se ha ocupado de esta materia, si bien en forma mui breve.

¿En qué sentido—se pregunta Ricci—debe entenderse el principio de que el dueño del suelo tambien lo es de cuanto

está encima o debajo del mismo? Sean las que fueren las estratas inferiores de la tierra ¿puede considerarse que al propietario de ellas le corresponda el mismo derecho que tiene en relacion con la superficie?

Si tomamos, contesta el mismo Ricci, la espresion del Código a la letra, debemos responder de un modo afirmativo; pero interpretándola segun su espíritu, tenemos que dar una contestacion negativa. El derecho de propiedad no se concibe, en efecto, sino en cuanto la cosa sobre la cual se ejercita es apta para producir algun beneficio, comodidad o utilidad. Cuando nada de esto puede obtenerse de una cosa, el derecho de propiedad sobre la misma no tiene razon de ser i no puede, por tanto, concebirse.

Segun esto, dada la propiedad sobre el suelo, en tanto se concibe el dominio de lo que esté encima o debajo de él, en cuanto el aire i la luz que están encima, así como las estratas inferiores del fondo sirven para el uso a que está destinada la cosa. Sin aire, en efecto, i sin luz, el suelo no seria habitable i en el subsuelo el edificio no se podria levantar i ni siquiera seria posible la vejetacion. Pero si llegamos a una profundidad tal del subsuelo que no ejerza influjo alguno sobre el uso que el propietario hace o puede hacer de la superficie llegamos tambien a un punto en que es necesario que el derecho de propiedad se detenga por faltar el fin i la razon del derecho mismo.

8.—*Teoría de Mr. Naquet.*—En Francia, por cierto, tampoco hicieron falta algunas críticas en contra de la teoría de la propiedad del espacio, atribuida al artículo 552 del Código Civil i difundida, como hemos visto, por los comentadores. Si el movimiento de reaccion partió de Alemania i se desarrolló en Italia, repercutió asimismo en Francia, en donde mui pronto encauzó las ideas en el sentido de considerar sumamente limitado el alcance de aquel precepto.

Por vía de glosa o comentario de una sentencia sobre medianería dictada por la Corte de Casacion el 15 de Julio

de 1901, el magistrado M. Naquet publicó un estudio acerca de la genuina interpretación que debe darse al tantas veces citado artículo 552; estudio que si bien contiene ideas en mucha parte análogas a las de los publicistas italianos o alemanes, presenta al mismo tiempo caracteres de verdadera originalidad.

Se pregunta, ante todo, Naquet: ¿en qué consiste aquello *que está encima de la superficie*, i a lo cual se extiende la propiedad del suelo? ¿Se trata solamente de las construcciones i plantaciones inherentes al suelo, o es necesario comprender igualmente el espacio aéreo que se encuentra encima del suelo i de las construcciones que lo cubren?

En su concepto, el Código, en el artículo 552, hace alusión a algo material, como edificios, o plantaciones, i no se refiere al espacio aéreo. Esto es lo que resulta cuando se considera el lugar que ocupa en el texto. El capítulo 2 del título 2, libro 2 del Código Civil se intitula: «*Del derecho de accesion sobre lo que se une i se incorpora a las cosas*», i la seccion primera tiene por epígrafe: «*Del derecho de accesion relativamente a las cosas inmuebles*». El artículo 552 es el primero de esta seccion. ¿Es posible sostener seriamente que el espacio aéreo se une i se incorpora al suelo? *Unirse*, es llegar a ser *uno*. *Incorporarse*, es entrar en un cuerpo, pasar a ser parte integrante del mismo. Estas expresiones implican por sí mismas un vínculo corporal, que no puede existir sino respecto de cosas que se fijan sobre el suelo. Por lo demas, el segundo inciso del artículo 552 explica mui claramente el primero. Dice que el propietario puede hacer sobre el suelo todas las *plantaciones* i *construcciones* que tenga a bien, salvo las excepciones establecidas en el título de las servidumbres. De este modo define el sentido del principio i limita su aplicación a los elementos materiales. Hai paridad absoluta entre los derechos del propietario del suelo sobre *lo superior* i *lo inferior*. Puede hacer debajo todas las construcciones i escavaciones que quiera i retirar de sus escavaciones los productos que ellas

le suministren; puede hacer *encima* todas las plantaciones que desee. Se trate de lo *de abajo* o de lo *de arriba*, siempre son cosas propiamente dichas, cosas susceptibles de apropiacion i que forman un solo cuerpo con el suelo, aquellas que está previendo el legislador frances.

El espacio aéreo no se encuentra, pues, comprendido en el artículo 552, i no podía estarlo. La propiedad supone, en efecto, la posibilidad de hacerse dueño de una cosa, de captarla, de disponer de ella a su arbitrio. Cuando una cosa está destituida de la posibilidad de que sea apropiada, no puede haber jamas dominio sobre ella. Es lo que ocurre, por ejemplo,—dice Naquet, con el agua corriente. Los propietarios riberanos de un rio tienen derecho de hacer desviar el agua en su provecho, de regar con ella su predio, i de conservar la parte que puedan retener. Pero el agua que sigue corriendo es *res nullius* o *communis*, pertenece a todos i no pertenece a nadie aisladamente. Mucho mas cierto es esto, aun, tratándose del espacio aéreo que se encuentra encima del suelo. Se trata del aire, de la atmósfera, de una sustancia, sin duda; pero fluida, casi incoercible. No se posee, no es posible poseer el aire en movimiento, las ondas aéreas que con rapidez mayor o menor se suceden incesantemente. Solo existe un medio de apropiarse una parte del espacio, i es el de ocuparlo por medio de construcciones i plantaciones. Cuando se construye un edificio sobre un terreno, se pasa a ser propietario de ese edificio i del espacio que ocupa. Pero fuera de este caso, i en tanto que el espacio está libre i se confunde con la atmósfera, ninguna apropiacion es posible, sino es en la medida infinitesimal en que hombres, animales i plantas respiran i fijan ciertos elementos del aire.

Se ha dicho—agrega Naquet—que este razonamiento descansa en una confusion entre el aire, considerado en conjunto i que entra evidentemente en la categoría de las cosas comunes, i por consiguiente escapa a toda posesion exclusiva; i el espacio aéreo situado encima del suelo, el cual cons-

tituye aquella propiedad *de arriba*, definida por el artículo 552 del Código Civil i *que pertenece* al propietario del suelo en la medida en que es susceptible de apropiacion privada. Es difícil comprender esto. El espacio, en el sentido en que aquí se toma esta palabra, es la estension de la atmósfera limitada por los linderos de la propiedad. Sin entrar a investigar si este espacio puede ser considerado como indefinido en el sentido de la altura sobre la propiedad—lo que seria difícil admitir—no se divisa de qué manera su limitacion ideal lo pueda hacer objeto de un derecho de propiedad. La posesion efectiva, aquella que pone de manifesto el dominio, no puede realizarse en el espacio sino por trabajos inherentes al suelo i que ocupen realmente una parte del espacio. Aceptamos—dice siempre Naquet—que en esta forma el espacio sea susceptible de apropiacion futura; pero miéntras los trabajos para llegar a obtenerlos no se verifiquen, la misma apropiacion no está realizada. Del mismo modo que el derecho que tiene el riberano para servirse del agua corriente para la irrigacion de sus propiedades no constituye un derecho de dominio sobre dicha agua, así tambien la facultad de plantar i de construir sobre un predio no hace que se tenga un derecho de propiedad sobre el espacio en que habrá de hacerse la plantacion o la construccion. Tan pronto como se haya hecho tal construccion será dueño de ella, i, por via de consecuencia, del espacio que absorbe, que se confunde en cierto sentido con el edificio i que ha llegado a ser un espacio superficial i material. Pero, en tanto que no se haya construido, el espacio continúa siendo espacio atmosférico, así como el agua de un rio queda en el estado de agua corriente miéntras no se haga uso de ella; i en esta situacion no es sino una parte de la misma atmósfera, es decir de una cosa constantemente en movimiento e inaprehensible en su conjunto, que no puede ser objeto de un derecho de propiedad.

Pero el hecho de que el espacio aéreo no sea objeto del derecho de propiedad no quiere decir que el propietario del

suelo sea impotente para hacer respetar las ventajas que dicho espacio proporciona. Estas ventajas son preciosas i seria realmente injusto que estuvieran destituidas de garantías legales. El Código, por lo demas, suministra la prueba textual de que dichas ventajas están garantidas por la lei, puesto que da a todo propietario el derecho de exigir que las ramas de los árboles vecinos que se estiende súbre su predio, es decir, sobre el espacio que esta encima del mismo, sean cortadas a costa del propietario de los árboles. Así como en materia de agua corriente, la facultad del riberano para servirse del agua se encuentra protegida por la lei, aunque ello no importe un derecho de propiedad sobre el caudal o curso de las aguas, así tambien la facultad de utilizar el espacio aéreo se encuentra protegida, aunque esta proteccion no implique derecho de propiedad sobre el espacio.

Existe, pues, una facultad legal, mas no un derecho de propiedad sobre el espacio.

Podrá objetarse talvez—agrega Naquet—que esta es una simple cuestion de palabras, sin interes práctico, puesto que derecho o facultad se encuentran igualmente reconocidos i sancionados por la lei. Hai que convenir en que a menudo, i por el motivo indicado, la distincion carece de interes; pero nunca está de mas evitar confusiones, ya que éstas llevan a consecuencia no previstas al principio i que son contrarias a la equidad. Ciertamente es que, sea facultad legal o derecho de propiedad, deberá siempre proscribirse aquello que menoscaba las ventajas que el espacio aéreo procura lejitimamente al propietario del suelo. Especialmente no se permitiria a terceros invadir o avanzar sobre dicho espacio por medio de obras en proyeccion, tales como balcones, cornisas, etc. En todos estos casos el propietario lesionado tiene derecho de exigir la demolicion de las obras que usurpan el espacio que está sobre su propiedad; i los tribunales no podrán dejar de ordenar dicha demolicion, aunque la usurpacion sea mínima i se turbe de una manera apacible el goce de la propie-

dad i aun cuando exista un verdadero abuso en el ejercicio del derecho.

Pero, si esto es así en jeneral, puede presentarse la hipótesis de que la distincion tenga una real utilidad práctica. Se ha preguntado si una persona comete el delito de cazar en terreno ajeno al disparar sobre una ave que vuela en esos momentos sobre la propiedad ajena. Hai fallos que admiten la afirmativa fundándose en el principio de que el espacio constituye una propiedad. Es manifiesto—dice Naquet—que una solución contraria se impondrá si se admite que este espacio no tiene los caractéres de la propiedad. Seria necesario, entónces, hacer la distincion a que se deja hecha referencia, puesto que ese delito supone el acto de cazar sobre el terreno o propiedad ajena, i que en materia penal no se deben estender los preceptos a hipótesis no previstas.

Tal es la doctrina formulada por Mr. Naquet, la cual ha tenido en Francia una influencia realmente trascendental, pues merced a su divulgacion, pocos son los que persisten en la primitiva teoría del dominio absoluto del espacio.

9. *Influencia ejercida por la crítica doctrinal en la legislación de algunos países.*—La influencia ejercida por las críticas de los jurisconsultos a la teoría de la propiedad del espacio segun como se le entendia primitivamente, ha sido considerable.

Aquellas críticas han repercutido primeramente en la legislación civil de dos países comprendidos en la zona de influencia mas inmediata de los romanistas alemanes, como son el Imperio Aleman i la Confederacion Helvética; i, en seguida, han determinado un cambio en la jurisprudencia jeneral de todos los países europeos.

El artículo 905 del Código Civil aleman, promulgado el 18 de Agosto de 1906, dice así: «*El derecho del propietario de un predio se estiende a todo lo que existe sobre la superficie, i al subsuelo. No podrá oponerse, sin embargo, a aquello que se haga*

a tal altura, o a tal profundidad en forma que no tenga interes alguno en impedirlo. El artículo 667 del Código suizo dice: «La propiedad del lleva consigo la de lo que está arriba i de lo que está debafo en toda la altura l en toda la profundidad útiles para su ejercicio.

Como se ve, ámbos Códigos se asemejan en cuanto derogán el principio antiguo de la propiedad absoluta del espacio, «*usque ad sidera*» o «*usque ad coelum*»; pero se diferencian en que en el primero, o sea en el alemán, se reconoce todavía de un modo implícito dicha propiedad, si bien limitándola a la utilidad del dueño; al paso que en el Código suizo se establece con toda precision que aquel dominio no existe, ni aun en teoría, mas allá de la altura i de la profundidad que sean útiles para el ejercicio del propio i verdadero derecho de dominio, que es el de la superficie solamente.

El Dr. Armando Koch en su artículo publicado en la *Revue Juridique de Locomotion aérienne*—1911—intitulado: «*Le droit de l'air d'après le nouveau Code Civil suisse*», puntualiza las diferencias que resultan de los citados preceptos legales.

(Continuará)

