

el art. 544 da de la propiedad (1). "¡Nada tiene de contrario!" Ahora bien, el art. 544, después de haber dicho que la propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas del modo más absoluto, agrega: con tal que no se haga de ellos un uso prohibido por las leyes ó por los reglamentos. En el caso de que se trata, no hay ni ley ni reglamento: luego no hay ninguna limitación á la propiedad, y por consiguiente, el propietario tiene el derecho de cavar una zanja en el límite exacto de su predio.

Esto es inadmisibile, se dice. El que abriere una zanja á término de heredad expondría el predio de su vecino á derrumbamientos, lesionaría su derecho, y estaría, en consecuencia, obligado á reparar el daño que causase. Nosotros estamos de acuerdo; esta es la aplicación de los principios que rigen la propiedad. ¿Debe inferirse de aquí que de pleno derecho, en virtud de los antiguos usos, el propietario debe dejar la distancia fijada por los usos entre su predio y el de su vecino? El juez puede sentenciarlo á daños y perjuicios; y hasta puede, para prevenir el daño en lo sucesivo, obligarlo á que retire más allá su zanja; pero una cosa es resolver en materia de hechos, y otra hacer revivir los antiguos usos abolidos por la ley del mes ventoso. Demolombe mismo es el que ha hecho esta observación.

34. Estando abelidos los antiguos usos, y pudiendo el propietario en rigor, cavar una zanja en el límite preciso de su predio, no puede haber cuestión respecto á una presunción legal de propiedad concerniente al espacio de reparaciones. Sin duda que el juez puede decidir de hecho que existe ese espacio y que pertenece al dueño de la zanja; y hasta es probable que el propietario haya dejado un

1 Sentencia de denegada apelación, 11 de Abril de 1848, (Daloz, 1848, 1, 82). Compárense sentencias de denegada apelación, 3 de Julio de 1849 (Daloz, 1849, 1, 316), y de 3 de Enero de 1854 (Daloz, 1854, 1, 61); y Caen, 5 de Noviembre de 1859 (Daloz, 1860, 2, 59).

espacio de terreno más allá de su zanja para ponerse al abrigo de la acción de daños y perjuicios de su vecino; esta es una de esas presunciones del hombre que el juez puede invocar cuando se acepta la prueba testimonial, art. 1353. No puede irse más lejos sin crear una presunción legal sin ley, lo que es una herejía jurídica (1).

§ V.—DE LAS VISTAS Y LUCES HACIA LA PROPIEDAD DEL VECINO.

*Núm. 1. ¿Es esta una servidumbre y á cargo de qué predio?*

35. La sección III comienza por decir (art. 675) que uno de los vecinos no puede, sin el consentimiento del otro, practicar en la pared medianera ninguna ventana ó abertura, de cualquiera manera que sea, ni aun de bastidor fijo. En seguida los arts. 676-697 determinan qué abertura puede practicar el que es propietario de la pared.

Si la pared se une inmediatamente con la heredad agena, el propietario puede practicar en esa pared luces con enverjados de fierro ó con bastidor fijo. El código reglamenta la construcción de estas aberturas y la distancia del suelo á la que pueden practicarse. Ellas tienen por objeto único, como lo expresa el art. 677, iluminar el aposento en dónde se establecen; ellas no deben procurar vista hacia la heredad del vecino, y menos aun permitir que el propietario arroje por ellas cualquiera cosa que sea á dicha heredad. Por esto es que las luces deben estar enverjadas y con bastidor inmóvil, es decir, construidas de manera que no puedan abrirse y que no proporcionen el medio de ver hacia la finca contigua. Por la misma razón

1 La sentencia de la corte de casación de 11 de Abril de 1848 mantiene implícitamente esta presunción (Daloz, 1848, 1, 82).

no pueden establecerse sino á seis ú ocho piés encima del piso.

Si la pared no se une inmediatamente con la heredad agena, el propietario puede practicar ventanas propiamente dichas, con tal que haya una distancia de seis piés entre la pared y la heredad del vecino, si se trata de una vista recta ó ventana de aspecto, y de dos piés si se trata de una vista oblicua. Entiéndese por vistas rectas las que están practicadas en una pared paralela á la línea divisoria de las dos heredades, y por vistas de costado ú oblicuas las que se hallan en una pared perpendicular á aquélla línea y formando con ella un ángulo recta. Esto explica la diferencia de distancia que la ley exige para las vistas rectas y las vistas oblicuas; las primeras son mucho más embarazosas para el vecino; la ley las llama ventanas de aspecto, para marcar que sirven esencialmente para mirar hacia la heredad contigua; y el vecino tiene que temer más de las miradas indiscretas del que ve en línea recta que las de aquél que sólo puede mirar al sesgo. Si no hay una distancia de seis ó de dos piés entre la pared y el predio del vecino, el propietario no puede practicar vistas y sólo puede abrir luces.

Ordinariamente se da el nombre de *luces* á las aberturas construidas con las condiciones determinadas por los artículos 676 y 677; y se llaman "vistas" las ventanas que se abren. La terminología del código civil no es tan precisa. En el rubro de la sección III, el legislador habla de las *vistas* hacia la propiedad del vecino; en ellas incluye, pues, las *luces*, de las que trata en la misma sección. En seguida, el art. 676 califica las *luces* de *ventanas*, siendo así que la construcción prescrita por la ley para las luces prueba que no son ventanas, supuesto que las luces no se abren y no permiten que se vea hacia la heredad contigua. A pesar de la inexactitud de las expresiones de que se sir-

ve el legislador, no hay duda alguna acerca del fondo de su pensamiento, con toda claridad lo da á conocer al decir que las "luces" tienen por objeto "iluminar" los aposentos, art. 677, y que las "vistas" son "ventanas de aspecto," ventanas por las cuales se recibe el aire, y que sirven para ver, con más ó menos comodidad, según que son rectas ú oblicuas, arts. 678 y 679.

36. Las luces y las vistas que el propietario puede practicar en la pared de su pertenencia con las condiciones determinadas por la ley ¿son servidumbres? ¿y á cargo de qué predio? Esta cuestión es muy debatida, y divide tanto á los autores como á los tribunales. Casi es un conflicto entre el derecho romano y el derecho francés; los que se ciñen al derecho romano tratan de introducir las ideas romanas en el código civil, mientras que los otros, sacudiendo el yugo de la tradición, interpretan el código según las ideas más justas de nuestras costumbres sobre la propiedad y los derechos que ella confiere. Trátase de saber si la propiedad es un derecho absoluto, en cuya virtud el propietario puede hacer en su finca lo que apetezca, practicar éstas ó las otras aberturas, sin preguntarse si tales vistas incomodan ó nó al vecino. Casi todos los intérpretes del derecho romano contestan afirmativamente; Cujas y Duarein son los únicos que no habiendo aceptado ese poder ilimitado del propietario, sin apercibirse de ello, se han inspirado en la equidad del derecho consuetudinario más bien que en el rigor romano. La idea de poder, y de un poder absoluto, es la que domina en el derecho romano; tal idea conduce lógicamente á reconocer al propietario el derecho de practicar vistas en su pared, por más que esté en contacto inmediato con la heredad agena. El vecino, por su parte, tiene el mismo poder; él no puede impedir que su vecino practique en su pared tantas aberturas como quiera; pero él puede edificar en su

predio, contra las ventanas, y obstruirlas consecuentemente. Tal es el derecho de propiedad. Desde luego se perciben las consecuencias que de esto resultan en cuanto á la interpretación de los arts. 676-679. Estas disposiciones imponen ciertas restricciones al derecho del propietario, luego son servidumbres que pesan sobre su finca creadas por interés de la heredad del vecino. El propietario del predio gravado con la servidumbre de no poder practicar aberturas sino con las condiciones determinadas por la ley, puede librarse de esas restricciones por una posesión contraria. Si en una pared en contacto inmediato con la heredad agena practica *vistas* en lugar de *lucos*, si las posee durante treinta años, él habrá recobrado la libertad de su heredad y quedará extinguida la servidumbre legal del art. 676. Pero él no habrá adquirido ningún derecho en la heredad del vecino; éste, por su lado, conserva la libertad de su fundo y aun puede construir contra las ventanas de su vecino, sin estar obligado á respetar un pretendido derecho de vista que no existe (1).

37. ¿Los autores del código Napoleón han consagrado esta doctrina? Aquí comienza la duda. Es claro que las servidumbres legales están tomadas no de las leyes romanas sino del derecho consuetudinario, notoriamente las disposiciones de los arts. 676 y siguientes que casi textualmente se han sacado de la costumbre de París. Así, pues, lo que debe consultarse es la tradición francesa y no la romana. Pero es mucha la dificultad de precisar el sentido y la extensión de los principios del derecho consuetudinario. En él no brilla el rigor sino la equidad germánica. Abramos el comentario de Ferrière sobre la costum-

1 Para no multiplicar las citas, nos limitaremos á remitir á Voet (lib. VIII, tit. II, c. 9); en cuanto al principio, y respecto á la aplicación de la servidumbre de vista, á Cœpella (*De servit.*, tract. 1º, c. 72). En una nota de la *Pasicrisia* (1854, 2, 258) se cita un buen número de intérpretes que sostienen la doctrina romana.

bre de París, que nos pondrá en la vía de un principio nuevo que ha venido á substituir el poder absoluto de los romanos. Ferrière propone netamente la cuestión: "¿Aquél á quien pertenece por completo una pared en contacto inmediato con la heredad agena, puede tener y practicar *vistas*?" El contesta que algunos intérpretes opinaban por que se permitiera esto, invocaban la máxima romana conforme á la cual cada uno puede hacer en su predio lo que quiera, con tal que no emprenda sobre la propiedad de otro: "*dummoda nihil immitatur in alienum.*" Esto es lo que literalmente dicen en nuestros días los partidarios de la teoría romana. ¿Y es esa la doctrina consagrada por la costumbre de París? Había otra opinión sostenida por Cujas y Duarein: "Nadie, según ellos, puede tener vistas en una pared de su exclusiva pertenencia, en contacto inmediato con la heredad agena; no debe permitirse que se tengan vistas, porque esto es una ocasión próxima de que-rellas y de diferencias, que es de interés público evitar" (1). Hé aquí las dos opiniones extrañas en presencia, la una permitiendo al propietario que abra toda suerte de vistas hacia la heredad vecina, la otra prohibiéndole que no practique ninguna. ¿Qué es lo que hace la costumbre de París? Nuestra costumbre, responde Ferrière, ha tomado un temperamento que es ventajoso para el uno y que no es incómodo para el otro, porque debe permitirse hacer *in suo* lo que se quiera, por esto es que permite á aquél á quien pertenece una pared que en ella abra vistas; pero impide que por éstas se vea hacia la heredad del vecino y únicamente las permite para obtener la luz de arriba, y limitando, como lo hace, las vistas; siendo esto así el vecino no tiene ningún derecho para quejarse" (2).

1 Cujas, "Observat, lib. I, c. 31; Duarein, "Anniversar diputat," lib. II, c. 13.

2 Ferrière, "Cuerpo y compilación de todos los comentarios sobre la costumbre de París," t. 2º, p. 1661, núms. 1 y 2.

Así es que la costumbre de París rechaza el absolutismo romano á la vez que la doctrina que nada permite al propietario, adopta un "temperamento" que concilia los diversos intereses nacidos del conflicto de los derechos. Este temperamento es nada menos que una nueva teoría sobre la propiedad. ¿Por qué la costumbre no apetecía el poder absoluto que los jurisconsultos romanos reconocen al propietario? Porque es una molestia para el vecino. Ferrière cita, á este respecto, una frase de Xenócrates que decía "que tener ventana abierta y recta hacia la propiedad del vecino, es tanto como embargar á éste los piés" (p. 1670, núm. 23). La costumbre tampoco apetecía la teoría contraria que era igualmente excesiva; no permitir á un propietario que abra luces en su edificio, es volver éste inhabitable. Es, pues, preciso transigir, concediendo á uno de ellos lo que no haga daño á otro. ¿No equivale esto á decir que los derechos del propietario nada tienen de absoluto? Uno de los vecinos no puede hacer en su pared tantas y cuantas aberturas le parezcan, y el otro no puede impedirle que practique ningún género de vista. Luego el derecho de uno de ellos modifica el derecho del otro. Y esto debe ser así, porque de lo contrario la co-existencia de los hombres en la sociedad civil sería impracticable. En definitiva, la propiedad es un derecho que sufre restricciones necesarias para la vida común. Esta doctrina no tiene ya el rigor romano, pero le es superior por su espíritu de equidad y de humanidad.

¿Al repudiar el poder absoluto del propietario, la costumbre de París ha repelido también las consecuencias que los intérpretes del derecho romano deducían? Aquí surgen nuevas dudas, acerca de las cuales insistiremos más adelante. Antes que todo, debemos ver si los autores del código civil han mantenido el principio del derecho consuetudinario, ó si han vuelto á la teoría romana. Y de-

cimos vuelto porque la doctrina del poder absoluto del propietario estaba decididamente abandonada por la costumbre de París.

38. La corte de Gante ha sancionado la teoría romana, é invoca en apoyo de su opinión la Exposición de motivos del título de las "Servidumbres." Berlier declara en ella que el código no hace más que reproducir "todo lo que un uso constante y ajustado á las reglas de la justicia ha consagrado desde hace siglos." Muy cierto es esto, pero ¿quiere decir que el legislador francés ha adoptado los principios romanos? Hay una razón decisiva para negarlo. Lo que el código llama servidumbres legales es extraño al derecho romano; las disposiciones de los arts. 676 y 679 están sacadas textualmente de la costumbre de París; luego lo que se tiene que interrogar es la tradición consuetudinaria, y ésta es la que debe servir para interpretar el código civil. Ahora bien, acabamos de hacer constar que la costumbre había repudiado la doctrina de un poder absoluto perteneciente al propietario, y que la había sustituido por la teoría del derecho de propiedad moderado por la equidad y las necesidades sociales. Esto es ya decisivo, ¿por qué es concebible que el legislador francés haya reproducido textualmente las disposiciones de la costumbre de París y que, no obstante, haya sancionado la doctrina contraria del derecho romano? Esto sería de tal suerte contradictorio que se necesitaría una manifestación de voluntad bien expresa para que pudiera admitirse una anomalía tan chocante.

Se invoca, además, otro pasaje de la Exposición de motivos. Después de haber dicho que uno de los co-propietarios de una pared medianera no puede abrir luces ó vistas hacia la finca contigua de otra manera que no sea por convenio expreso. Berlier agrega: "pero de lo que aquí se trata con más especialidad es de determinar

hasta qué punto el ejercicio de la propiedad puede verse incomodado aun en *pared propia*, y bajo este respecto es como la incapacidad de abrir vistas ó luces puede y debe considerarse como una servidumbre establecida por la ley. Así es que no se puede, ni aun en pared propia, si es inmediatamente contigua á la heredad agena, practicar aberturas ó luces hacia la propiedad vecina, aun con las condiciones que la ley impone. Esta *modificación del derecho de propiedad* no necesita justificarse, el orden público no permite que al usar de su propiedad se puedan infundir á las demás alarmas respecto á las suyas" (1). Esto supone que por sí mismo el derecho de propiedad habría conferido al propietario de la pared el poder ilimitado de practicar en ella vistas; ¿no es esta la teoría romana? Nosotros contestamos que el objeto del orador del gobierno no era establecer una teoría de la propiedad, sino únicamente justificar la calificación de *servidumbre* que el código da á las disposiciones de los arts. 676-679. ¿Y qué es lo que él dice? Lo que ya Ferrière había dicho. Es claro que el código restringe la propiedad de aquél á quien la pared pertenece, en el sentido de que no puede hacer *in suo* lo que quiera. ¿Pero acaso la ley no impone también una restricción á la propiedad del otro vecino? Esto es igualmente cierto. El texto mismo del código lo prueba. En primer lugar el rubro dice: "de las vistas hacia la propiedad de su vecino." ¿No equivale esto á decir que la propiedad del vecino está gravada con un derecho de vista, es decir, con una servidumbre! En efecto, el dueño del suelo tenía el derecho de excluir la mirada del vecino, como tiene derecho para excluir su planta, para servirnos de la expresión enérgica de Ferrière. Pues bien, él ten-

1 Berlier, Exposición de motivos, núm. 2 (Loché, t. 4º, p. 179) y núm. 14, p. 181. Sentencia de Gante, 11 de Mayo de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 263).

drá que sufrir la mirada curiosa del vecino, porque por su propiedad recibirá éste la luz y el aire. Así es que la gran preocupación del legislador es, no poner á salvo el pretendido derecho absoluto del propietario de la pared, sino garantizar al vecino contra la curiosidad indiscreta del primero. Por mejor decir, á la vez que impone una carga, la ley la circunscribe, la atenúa, lo mismo que ella limita el derecho absoluto, si es que lo hay, de aquél á quien la pared pertenece. ¿Qué cosa es, en definitiva, una servidumbre legal, para los autores del código? Berlier lo dice más adelante: "el uso de su cosa, limitada por el interés de la de otro" (1). En una sola palabra el "temperamento" de Ferrière, que excluye la doctrina romana.

39. Ahora si nos será fácil contestar á la pregunta que hemos formulado: ¿Cuál es la verdadera teoría del código? Merlin (2) dice, y después de él la corte de casación de Bélgica (3), que por derecho natural, cada cual tiene derecho de hacer en su predio lo que le plazca, aun cuando dañe á su vecino, con tal que no usurpe la heredad de éste, y que no arroje ni envíe nada hacia ella. Esta es la teoría de los intérpretes del derecho romano, y no la del código civil. Después de haber dicho que la propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, el art. 544 agrega: "con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y por los reglamentos." Entre las restricciones á que está sometida la propiedad se hallan las servidumbres llamadas legales. ¿Son éstas verdaderas servidumbres, es decir, excepciones á la pretendida libertad natural, invocada por Merlin y

1 Exposición de motivos, núm. 15 (Loché, t. 4º, p. 181).

2 Merlin, "Cuestiones de derecho", en la palabra *Servidumbre*, pfo. 3º (t. 14, p. 244).

3 Sentencia de casación, de 19 de Mayo de 1853 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 326).

nuestra corte de casación? La excepción, á decir verdad, es la regla, porque todos los predios están gravados con estas servidumbres, que resultan de la naturaleza misma de la propiedad tal como el código la define. Así, pues, no es la libertad absoluta la que constituye el estado normal, natural de la propiedad, sino la libertad restringida por las necesidades sociales. Estas restricciones son de la esencia de la propiedad civil, y nosotros no conocemos otra clase de propiedad. La propiedad natural, absolutamente libre, tal como se la imaginan los intérpretes del derecho romano, conduciría á esta consecuencia absurda, que todas las propiedades serían sirvientes, en derecho francés, supuesto que todas están sujetas á las servidumbres establecidas por la ley. Nó, las propiedades son libres así como los hombres. En el estado de sociedad, no conocemos la libertad absoluta, ni respecto á las cosas ni respecto á las personas; la coexistencia de los hombres restringe necesariamente la libertad de cada uno por la libertad igual de los demás; del mismo modo, la coexistencia de las propiedades impone á cada uno restricciones que exige el derecho igual de los otros propietarios. Esto es lo que ha reconocido nuestra corte de casación en la cuestión de las indemnizaciones que reclaman los propietarios gravados con una servidumbre legal: la corte rechazó sus pretensiones resolviendo que esa sujeción era en realidad la condición general, es decir, natural de la propiedad. La corte ha consagrado también la misma doctrina en materia de plantación (1). Berlier, cuya autoridad se invoca en nuestra contra, es en el fondo de nuestra opinión; á propósito de plantaciones, él dice: "El derecho de todo propietario cesa en el punto en donde empieza un perjuicio para su vecino" (2). Tal es el principio en el cual se basan las

1 Véase el t. 7º de mis *Principios*, núm. 474, y este t. núm. 13.

2 Exposición de motivos, núm. 12 (Loché, t. 4º, p. 181).

servidumbres legales; si todas las heredades están sometidas á él, ya no puede ser cuestión de servidumbre, sino que, al contrario, hay que decir que las servidumbres legales son el estado natural de la propiedad (1).

Precisamente en materia de luces y de vistas es en donde se ve la necesidad de las restricciones que recibe la propiedad en la sociedad civil. ¿El propietario de una pared puede tener el derecho absoluto de practicar en ella aberturas, con la sola condición de no arrojar ni enviar nada á la heredad de su vecino? Así se dice: esto no es más que la aplicación de una regla de derecho natural, dice la corte de Gante (2). Muy bien. Pero el vecino puede también invocar el poder absoluto del propietario que se proclama como un derecho natural. Ahora bien, la propiedad es un derecho exclusivo, cada propietario puede excluir de su predio á todos los que quieran penetrar; luego en virtud de su derecho de exclusión, el vecino de aquél que quiere practicar vistas en su pared dirá que él se opone á que la mirada de su vecino penetre á su predio, como tiene derecho á oponerse á que sus piés penetren. Hé aquí nuestros dos derechos absolutos en conflicto; el uno tiene tan perfectamente bien en jaque al otro que ambos están neutralizados. La coexistencia de los hombres viene á ser una lucha permanente: usted abre una vista en su pared, en virtud de su derecho absoluto; yo la tapo en virtud de un derecho de exclusión, que es tan absoluto como el de usted. ¿En qué vendrá á parar esta guerra civil de todos contra todos? En hacer imposible la vida común lo mismo que si cada uno reclamara la libertad absoluta que existía, á lo que se dice, antes de la formación de las sociedades humanas. Este estado

1 Durantón, t. 5º, ps. 428 y siguientes, núm. 391; Marcadé, t. 2º, p. 596, art. 679, núm. 111 y p. 585, art. 672, núm. 2º.

2 Gante, 11 de Mayo de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 261).