



LA NAVEGACION AEREA I LA NATURALEZA JURIDICA DEL ESPACIO

POR

RICARDO CABIESES

(Conclusion)

En el Código alemán —dice— el propietario territorial, como dueño que es, en principio, de toda la altura aérea, no tiene sino que declarar su derecho de propiedad; el tercero deberá probar que su tránsito ha tenido lugar a tal altura, que no ha podido lesionar el interés del propietario subyacente. En el Código suizo, por el contrario, no siendo el dueño de la superficie propietario del espacio aéreo sino hasta la altura en que dicho Espacio puede ser útil al predio, es a él a quien le incumbe probar que la penetración del tercero ha tenido lugar en la zona del Espacio sometida a su propiedad.

10. *El invento de la navegación aérea i la nueva faz de los estudios relativos al concepto jurídico del Espacio.*—Todas las críticas doctrinales, así como todas los precedentes judiciales de que nos hemos ocupado hasta aquí, se refieren—como se ha visto—al período que antecede al invento de la

navegacion aérea. Ninguno de los autores que hemos citado tenia fija la mente en los problemas de la aeronavegacion, que todavía no se presentaban; i los tribunales por su parte no eran llamados a resolver sino sobre casos en que solo por via de incidencia tenian que referirse al concepto de Espacio.

Lo dicho i transcrito hasta aquí es de importancia, por tanto, para el efecto de saber cuál era el estado de las doctrinas jurídicas relativas a esta materia en el momento en que la navegacion aérea hizo su entrada en el campo de la actividad humana, junto con su largo séquito de esfuerzos gloriosos, de cruentos sacrificios i de anhelos de grandes mejoramientos en la vida.

I lo que en síntesis se desprende de todo aquello es que existia mui jeneralizada la doctrina de que el Espacio es susceptible de dominio, al principio; que esta regla jurídica esplicitamente consagrada en algunas lejislaciones, i considerada como subentendida en la francesa, fué materia de repetidas críticas, algunas de carácter transcendental, en seguida; i, finalmente, que, si bien esas críticas tenian reducida la antigua doctrina a su mínima expresion, sin embargo, la variedad i dispersion de aquellas no habian permitido aun la unificacion del pensamiento en forma que pudiera apreciarse con la debida nitidez la nueva doctrina que debería sustituir a la que se consideraba tradicional.

No vamos a hacer una historia del orijen de la navegacion aérea, ni de sus precursores, pues ello no tendria interes alguno dentro de los fines esclusivamente jurídicos de este trabajo. Con todo, para el efecto de la relacion cronológica que pueda existir entre las ideas emitidas i los descubrimientos realizados, conviene que consignemos aquí los hechos capitales, es decir, aquellos que marcan las etapas que ha debido recorrer la navegacion aérea hasta llegar a su relativo perfeccionamiento actual.

Recuerda Bonnefoy que desde 1852 quedó demostrada la

posibilidad de la aeronavegacion por medio del aerostato a vapor de Giffard.

En 1872 el ingeniero Dupuy-de-Lôme hizo tambien una tentativa, con éxito.

Las experiencias mas concluyentes principiaron con el aerostato eléctrico de los hermanos Tissandier, en 1882 i 1884; i con el globo «*La France*», del Coronel Renard, quien el 6 de octubre de 1884 se elevó en el aire, siguiendo una ruta minuciosamente fijada de antemano, i regresó para aterrizar al mismo punto de partida. Los franceses consideran que es al Coronel Renard a quien corresponde con toda justicia el título de creador de la navegacion aérea.

Por fin, el 19 de octubre de 1901, Santos Dumont ganaba el premio «*Henry Deutsch*», partiendo de St. Cloud i regresando al mismo lugar despues de haber circulado por la torre de Eiffel.

Desde este momento el desarrollo de la navegacion aérea ha sido asombroso, i con él se inicia la éra de los grandes dirigibles, de los aeroplanos, i de los inmensos *raids*, verificados éstos cada vez con mayor seguridad, con mayor rapidez, i a mayor altura. Sociedades de transporte principian tambien a formarse en los mas importantes paises europeos, sin contar con las nuevas instituciones deportivas, con las Escuelas particulares i fiscales, i con los Establecimientos militares i navales que consagran sus esfuerzos al desarrollo del nuevo elemento de progreso i, por desgracia, de combate i de destruccion.

Principia, pues, a implantarse un nuevo réjimen de locomocion i de transporte que necesariamente tendrá que trascender a todas las esferas de la vida social i, por tanto, de la vida jurídica.

A nuevas necesidades tienen que corresponder normas legales tambien nuevas, sea que se dicten éstas espresa i directamente, sea que selas elabore por la via subrepticia de dar elasticidad a las viejas fórmulas jurídicas.

En virtud de todas estas circunstancias la cuestion del

dominio del Espacio ha pasado a ser estudiada por los jurisconsultos bajo la presión del especialísimo i trascendental interés que ofrece para la aeronavegación.

Ya no se trata, como ántes, de aplicaciones o, mas bien, de referencias incidentales a aquel principio que en los Códigos Civiles concede de un modo mas o ménos claro derecho de dominio sobre el Espacio: Ya no se trata de lucubraciones un tanto abstractas sobre el alcance que deba atribuirse a dichos preceptos. Se trata ahora de saber con toda precisión qué es lo que la navegación aérea tiene derecho de exigir; de saber, por tanto, si la lei actual satisface, o es capaz de satisfacer mediante razonables interpretaciones extensivas, las nuevas necesidades a que ha dado origen aquella. Bajo la influencia de circunstancias i de hechos ántes ignorados, en una palabra, la doctrina discute hoy lo mismo que ayer, pero de un modo mas atento, mas prolijo, mas severo.

Las críticas de Gesterding, Voigt, Böcking, Ihering, Gabbá, Ricci, Naquet i tantos otros, emitidas sin referencia a la navegación aérea, que entónces se desconocía o a la cual no se le atribuía importancia, han pasado a la categoría de simples bosquejos ó anuncios de una doctrina nueva; i aunque esas críticas tengan siempre un gran valor intrínseco, no alcanzan a satisfacer el reciente orden de necesidades.

11. *Un paréntesis relativo al concepto moderno sobre la interpretación de las leyes.*—Ha llegado, sin duda, el momento en que nos cumplirá no sólo esponer las últimas ideas vertidas por los jurisconsultos acerca de la extensión del derecho del propietario del suelo sobre el Espacio aéreo, sino también pronunciarnos respecto de la teoría que nos parezca satisfacer mejor las condiciones de ventaja social requeridas por la nueva situación que se ha producido espontáneamente.

Se ha negado por algunos críticos, como hemos visto, entre otros por Mr. Naquet, que el Código frances haya querido consagrar el derecho de dominio sobre el Espacio. Tenemos

en cambio, que la opinion corriente de los comentadores cree ver en el artículo 552 la expresion de la tésis contraria; sin perjuicio de que, segun tambien hemos visto, existan otras lejislaciones, en cuya elaboracion han influido grandemente las ideas francesas, en las cuales inequívocamente se consagra el principio impugnado por Naquet con tanto acopio de sensatos razonamientos.

Vemos, pues, que se trata de una gran cuestion de hermenéutica jurídica que debe ser resuelta no solo por el razonamiento abstracto, sino principalmente por medio del estudio de las fuentes i de la pezquisa si se puede aplicar esta voz, delo que en la realidad entendieron establecer los lejisladores.

Pero ántes de entrar a ocuparnos de esta faz tan interesante de nuestro estudio, creemos oportuno abrir un breve paréntesis con el objeto de hacer algo como una profesion de fe respecto de las atribuciones del intérprete jurídico en casos de la entidad del actual, que ofrecen graves dudas, en que concurren poderosos argumentos en pró i en contra, i, por último, en que de la buena o errónea interpretacion pueden resultar ventajas o daños, respectivamente, para el funcionamiento de la vida social.

Supóngase por un momento que el Código Civil frances, modelo del Código Chileno i de tantos otros, hubiera querido efectivamente decir que el dueño de la superficie tambien lo es, i de una manera absoluta, del Espacio aéreo que lo baña: ¿significará esto que al presentarse casos nuevos, como son los relativos a la navegacion aérea, deben los tribunales sentenciarlos con estricta sujecion a las normas jurídicas dictadas hace justamente ciento diez años, en una época en que si se pensaba en la navegación aérea seria tan solo para considerarla ensueño de ilusos o desvarío de mentecatos?

Mr. Paul Deschanel, en una breve alocucion pronunciada el 17 de Enero de 1910 al inaugurar en el *Colejio libre de Ciencias Jurídicas* una serie de Conferencias sobre los *Métodos Jurídicos*, expresa que el sistema de interpretacion literal del Código Civil, que ántes era tarea tan fácil i sencilla, no

puede ya ser considerado suficiente. Una muchedumbre de cuestiones se presentan ante los tribunales, que el Código no habia previsto. Es preciso, pues, agrega Deschanel con toda valentía, resolverlas FUERA del texto.

Este concepto, que no contiene sino en esbozo la verdadera doctrina, ha sido desarrollado en la misma serie de conferencias por el eminente jurisconsulto Mr. Saleilles, por el civilista Mr. Géry, por el criminalista Mr. Garçon, por el constitucionalista, de fama tan difundida, Mr. Larnaude i por muchísimos otros publicistas.

Advierten ellos que para aplicar la lei, no se necesitaba ántes sino leerla; i si se presentaban algunos vacíos o algunos puntos dudosos era fácil explicarlo todo con el auxilio de la lójica i de la gramática. Pero ahora no es así. Los Códigos son ya mui antiguos, datan de mas de un siglo, el siglo, recuerda Saleilles, que ha visto producirse la mas grande transformacion económica e industrial que registra la historia. Todo se ha modificado, tanto en la base de las fortunas, como en las concepciones sociales.

Cuando un Código es nuevo, se le interpreta de un modo estricto i literal, pues todo lo ha previsto, i en un plazo breve es difícil que surja ninguna cuestion nueva. Pero despues de un siglo de distancia, sucede lo contrario: casi todo es nuevo. Los Tribunales, recuerda siempre Saleilles, han visto aparecer cuestiones de seguros, de organizacion del trabajo, de accidentes del mismo, de transformaciones de la fortuna mobiliaria, etc., etc., que los redactores de la lei ignoraban en absoluto. Estas cuestiones ha habido que resolverlas, i para eso ha sido necesario que la jurisprudencia asumiera de hecho la facultad lejislativa.

En virtud de estas causas, advierte Gény, ha ido desapareciendo lentamente aquella adoracion o fetiquismo de la lei escrita que constituia la base de la concepcion antigua del Derecho Civil. Segun ella era necesario separar completamente dos dominios de la actividad jurídica: el lejislativo, por una parte, i el interpretativo i de aplicacion del dere-

cho, por la otra. La legislación sería libre en el sentido de que depende de una soberanía sin límites, que constituiría a su antojo las reglas de Derecho i les daría por medio de una fórmula revestida del sello oficial el carácter de preceptos obligatorios para todos, súbditos, funcionarios i jueces. En cuanto a la interpretación, estaría ella estrictamente sojuzgada a la ley, de la cual no resultaría ser sino una forma de aplicación. Necesitaria, pues, encontrar en el texto legal todas las reglas indispensables para la dirección de la vida jurídica. No estaría facultado para buscar dichas reglas en otra parte. No podría sobre todo pretender descubrirla por su propia iniciativa, ni aun ante el apremio de las más urgentes necesidades.

Pero estas ideas no son las que hoy prevalecen i dominan. Merced a los esfuerzos de la doctrina i de la jurisprudencia, ya se encuentra casi aniquilada la fé ciega en el poder de las fórmulas legales. Hoy día—agrega Géný—nadie se atreve a sostener que el jurisconsulto pueda desempeñar su misión con el solo auxilio de la ley escrita, i si bien es cierto que se discute aun acerca del modo cómo debe llenar los vacíos, se está al ménos de acuerdo en que el empleo de sus instrumentos o medios de solución, cualesquiera que sean, le hacen participar, poco o mucho, en la creación jurídica. Sin dejar de mantener intangible la fuerza estrictamente obligatoria de la ley escrita, se puede afirmar que entre los jurisconsultos que piensan i que reflexionan sobre el objeto de sus investigaciones, existe una resuelta inclinación a relacionar i aproximar, en su esencia fundamental, la interpretación del derecho positivo con su constitución legislativa, considerándolas como dos aspectos del mismo fenómeno social, cual es la formación de las reglas jurídicas, emprendida i proseguida en vista de realizar el ideal.

Apliquemos ahora esta doctrina a la materia del presente estudio.

Supongamos que fuera un hecho incuestionable que la mente del legislador francés hubiera sido sentar el principio

de la propiedad del Espacio. ¿Querria decir eso que, al suscitarse conflictos relativos a la navegacion aérea, debieran los tribunales resolverlos por medio de la aplicacion de aquel principio?

Si Gabba (refiriéndose al Código de su nacion), que establece inequívocamente el principio del dominio del Espacio, sostiene valientemente que un tribunal no debe tomar en cuenta un precepto que es producto del error i de la irreflexion; nosotros, a nuestro turno, pensamos que mucho ménos podría aplicar la regla del dominio del Espacio, sobre todo en asuntos de aero-navigacion, el tribunal que tiene ante sí una disposicion legal que no es esplicita, a la cual se le atribuye, solamente, cierto alcance, por razones que si hacen fuerza a unos, no hacen fuerza a todo el mundo.

Pensamos de este modo, en primer lugar, porque los problemas a que da márjen la navegacion aérea no fueron tomados en cuenta al redactarse el artículo 552 del Código Civil; i si fuera efectivo que ese precepto consagra el derecho de dominio sobre el Espacio, el lejislador francés de 1804 no lo habria dictado en 1914.

Pensamos de tal manera, en segundo lugar, porque el reconocimiento del dominio sobre el Espacio importaría la imposibilidad de que la aeronavigacion se desarrolle; i es de evidente conveniencia para la humanidad entera que la navegacion por el Espacio prospere, sin que a la misma le interese un ápice la subsistencia de una fórmula jurídica dictada para otros objetos i en otros tiempos.

Estas dos únicas razones bastarian en nuestro concepto para lejitimar la obra de un tribunal que, a pesar de reconocer la existencia legal del principio de la propiedad del Espacio, lo pretiriera en absoluto al tener que resolver dificultades relativas a la navegacion aérea.

Vamos a demostrar mui pronto, sin embargo, que si siquiera es necesario recurrir a un procedimiento interpretativo tan extremo para reducir la lei escrita a términos que permitan negar al dueño de un predio el derecho de dominio sobre

el Espacio que lo circunda. Vamos a demostrar, con el auxilio de las luces de otros autores, naturalmente, que el legislador frances no ha podido establecer un principio semejante al de la propiedad del Espacio; i esto lo demostraremos por el doble procedimiento de la investigacion histórica, i del racionio sobre el concepto filosófico de lo que se llama *Espacio*.

12. *Razones que se aducen para sostener que el legislador frances ha consagrado el principio de la propiedad del Espacio.* — Se ha negado por Mr. Naquet, como lo hemos visto, que el Código frances haya establecido el principio de la propiedad del Espacio; i nosotros estamos de acuerdo con él, tanto por las razones que aduce, como por las que mas adelante espondremos.

Para los fines de nuestra demostracion conviene, sin embargo, puntualizar en este momento las razones que se invocan en favor de la vijencia de aquel principio, puesto que de ese modo será mas fácil la tarea de refutacion, i, sobre todo, se podrá aquilatar mejor la importancia de los argumentos en contrario.

El inciso 1.º del artículo 552 del Código Civil frances, dice así:

«*La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous*».

¿Querria decir entónces la lei francesa que el dueño de la superficie lo es tambien del Espacio aéreo que baña dicha superficie?

Sí, contestan los partidarios de la doctrina del Espacio, por cuanto la palabra *dessus* comprende todo: plantaciones, construcciones i Espacio.

Por otra parte, agregan, Portalis, en la Exposicion de Motivos, dijo literalmente lo que sigue:

«*La propriété serait imparfaite si le propriétaire n'était libre de mettre à profit pour son usage toutes les parties extérieures ou intérieures du sol ou du fonds qui lui appar-*

tient, *ets'il n'était le maître de tout l'espace que son domaine enferme*».

Pero hai mas todavía. El tribuno relator, Faure, en su relacion al Tribunado, dijo respecto del mismo artículo:

«Le texte adopté ne fait d'ailleurs que reproduire une règle trop ancienne et trop constante pour n'être pas bien connue».

La regla o mas bien el aforismo a que se referia el tribuno Faure, es el siguiente:

«*Quiconque a le sol, peut et doit avoir le dessus et le dessous de son sol*».

Adajio que existia escrito en la casi totalidad de las Costumbres del antiguo Derecho frances, i que era citado en latin en esta forma: *Cujus est solum, ejus debet esse usque ad coelum*.

Este aforismo, se afirma por último, difundido en toda la Europa, tiene su orijen en el Derecho Romano; i, aun, se encuentra consignado en el Dijesto.

Es, por consiguiente, un hecho incuestionable—se deduce—el de que el artículo 552 del Código Civil reprodujo el aforismo citado, así como tambien lo es el de que tiene orijen romano; i, sobre todo, significa la consagracion del derecho de dominio sobre el Espacio.

Para corroborar su tesis, aducen tambien los partidarios de la doctrina que vamos a rofutar, el ejemplo de aquellas legislaciones civiles posteriores a la francesa, como la italiana i la austriaca, que de un modo mucho mas categórico que la francesa establecieron el principio tantas veces citado.

Tales son en breve síntesis, las razones que se han aducido en favor i que nos cumple ahora pasar a rebatir.

13. *Orijen del adajio: CUJUS SOLUM, EJUS COELUM*.—Mr. Henry Guibé, en un interesantísimo estudio intitulado: *Essai sur la navigation aérienne en Droit interne et en Droit international*—1912—ha hecho el trabajo de investigacion mas convincente i mas claro que conocemos acerca del verdadero

sentido del artículo 552 del Código Civil, en consecucion del propósito de llegar a una solucion razonable del problema fundamental de la navegacion aérea. Séanos permitido seguir de cerca el raciocinio de este autor, del cual apénas nos separaremos, sino es para el efecto de ampliar en uno que otro punto su demostracion.

Los comentadores de los Códigos Civiles, i especialmente los del Código frances, se han venido trasmitiendo unos a otros el aserto, directa o implícitamente contenido en sus obras, de que el principio de la propiedad del Espacio tiene oríjen en el Derecho Romano.

Ihering, como ya lo hemos dicho, sostiene que tal principio no se encuentra ni en el Dijesto, ni en parte alguna del *Corpus Juris*; i que, por el contrario, existen algunos textos que contradicen el cánon del dominio sobre el Espacio, por lo ménos en la forma absoluta en que parece espresarlo el adajo latino vulgarizado en toda la Europa.

Cita Guibé en este sentido los párrafos 7 i 8, lei 1.^a, título XXVII, Libro XLIII del Dijesto. Por nuestra parte los reproduciremos para que pueda el lector formarse una idea clara de lo que ellos rezan:

Párrafo 7.^o—Tambien dice el Pretor: Si existe un árbol que desde tu heredad se estiende sobre la heredad ajena, i de tí depende que no estén sus ramas a ménos de 15 piés de altura sobre la tierra, en tal caso te prohibo que le impidas al vecino que lo deje hasta esa altura i que se lleve la leña.

Párrafo 8.^o—Lo que dice el Pretor, i lo que la lei de las 12 Tablas quiso que se hiciera, es que se corten las ramas del árbol hasta que queden a 15 piés de altura. Esto se determinó para que la sombra del árbol no se proyecte sobre el predio vecino.

Si el Derecho Romano hubiera consagrado el derecho de dominio del dueño del suelo sobre el Espacio, si, en una palabra, hubiera aceptado el principio del *Cujus solum, ejus coelum*, no habría, sin duda, consignado algo tan contrario a este aforismo como es la obligacion de tolerar la prolongacion

de las ramas de un árbol, MAS ARRIBA de los 15 piés, sobre el Espacio aéreo de que se fuere dueño.

En el Derecho Romano—piensa Guibé, con Yhering, con Gabba i tantos otros—no se encuentra el oríjen de la regla: *Cujus solum, ejus coelum*.

Es, en cambio, otro hecho no ménos cierto—agrega el mismo autor—que la mayoría de las Costumbres que rejian en mucha parte del territorio frances hasta los albores de la revolucion del 89 consignaban el principio equivalente al aforismo latino: *Quiconque a le sol, il peut et doit avoir le dessus et le dessous de son sol*, (art. 187 de la Costumbre de Paris. Art. 173 de la de Calais. Art. 98 de la de Nantes. Arts. 74 i 76 de la de Montfort. Art. 366 i 367 de la de Reims. Artículo 146 de la de Vermandois.—Art. 143 de la de Châlons. Artículo 609 de la de Normandía. Citados por H. Guibé, páj. 24).

Corresponde entónces averiguar de dónde las Costumbres francesas estraerian aquel principio que no se encontraba en el Derecho Romano.

Se decia desde mui antiguo que fueron los glosadores del Dijesto quienes en la Edad Media difundieron la máxima del *ejus coelum*, aseverando al mismo tiempo que ellos la derivaban de aquel cuerpo de leyes.

Guibé afirma que es un hecho que no ofrece duda lo primero, o sea que fueron los glosadores quienes divulgaron la máxima, si bien niega que ella tenga el alcance de consagrar el dominio sobre el Espacio, que se le atribuye por la voz jeneral.

Dice Guibé que ha encontrado la prueba de ésto en una edicion del Dijesto impresa en Paris junto con la glosa, en 1519. Al márjen de la lei I, título II, del libro VIII, reza la glosa de este modo: «*Cujus est solum, ejus debet esse usque ad coelum*», con la anotacion *Acc*, que corresponde al glosador Acurcio (*Accursius*). I agrega tambien que la glosa indica que la regla está fundada en el § 4, lei última, título 24, libro 43 del Dijesto.

Para comprender mejor la demostracion de Guibé veamos

nosotros desde luego qué es lo que disponen los referidos preceptos del Digesto, real o supuestamente glosados por Acurcio.

La lei I, libro II, título 8.º, en cuyo márjen aparece escrito el adajio *ejus coelum* con la referencia a la lei última § 4, título 24, lib. 43, dice así:

«La intermediacion de un terreno o de una via pública no
« impide las servidumbres de senda o de camino ni el poder
« de levantar construcciones a mayor altura; pero impide,
« sí, prelongarlas vigas, construir cobertizos, prohibir el paso
« de las aguas del edificio vecino, como tambien arrojar las
« aguas sobre el vecino i vaciar las aguas de los tejados i ca-
« nales; PUES DEBE ESTAR DESPEJADO EL CIELO QUE SE HALLE
« SOBRE EL TERRENO INTERMEDIARIO... etc., etc.

El § 4 de la lei última (22) título 26 del libro 43 del Digesto, dice así:

«Si alguien hiciere alguna obra que cargue (o avance, o se
« proyecte) sobre el sepulcro, aunque no cargue en él, se po-
« drá usar del interdicto que compete con relacion a aque-
« llo que se haga violenta o clandestinamente, porque es del
« sepulcro no solo el terreno donde se entierra el cadáver,
« sino todo el Espacio que hai sobre él *hasta el cielo*. En este
« caso compete asimismo la accion de sepulcro violado».

Lo que dice en otros términos la lei es esto: la tierra, que ha recibido los despojos mortales, i todo el Espacio superior, no forma sino una sola i misma cosa: la tumba.

¿Qué conclusion se deriva aparentemente de esto—dice Guibé—sino es la de que el derecho sobre el suelo se extiende asimismo sobre el Espacio que está encima?

Relaciónese esta deducccion con la lei *si intercedat* (lei I, tít. II, lib. 8) en cuyo márjen aparece la glosa del «*Cujus solum, ejus coelum*», i resulta que Acurcio hizo la observacion de que el derecho que tiene el propietario del suelo para exigir de los demas que le dejen libre el Espacio que tiene encima es una característica de la propiedad. Ambos textos, por consiguiente, descansan sobre la misma base, emanan del

mismo principio, que es éste: el derecho del propietario se estiende en el Espacio hasta el infinito, hasta el cielo. De aquí, fué que Acurcio diera espresion a su idea por medio del aforismo tantas veces citado.

Pero obsérvese bien—continúa diciendo Guibé—que la fórmula empleada por Acurcio no consigna ni la espresion ni el concepto de propiedad del Espacio. Reza ella esto solo: *quien tiene el suelo, debe tenerlo hasta el cielo*; pero no afirma Acurcio el derecho de propiedad sobre *el espacio inmaterial, o coelum*. Para él, sin cuestion, el derecho de propiedad se aplica al suelo, al predio, i esta propiedad, completamente material, es la que se continúa i proyecta su fuerza indefinidamente en el sentido de la altura.

Mas tarde, difundida ya la máxima de Acurcio, sin duda bajo el imperio de esa tendencia que inducia a poner todos los pensamientos en forma de proverbios, i a resumir todas las reglas en fórmulas concisas i en símiles destinados a herir profundamente los espíritus i a grabarse en la memoria, se modificó la fórmula de la glosa, i se dijo: «*cujus coelum, ejus coelum*».

Surjió, entónces, por lo ménos verbalmente, la nocion de propiedad del Espacio, tal como la recibieron ciegamente i la desarrollaron los jurisconsultos modernos.

Pero en el sentir de Guibé, jamas los jurisconsultos anteriores al Código de Napoleon acogieron en su espíritu la nocion que despues se les ha atribuido. Nunca pensaron ellos crear una teoría nueva, nunca creyeron dar vida a una doctrina distinta de la que se aceptaba desde el tiempo de los romanos. Para ellos, la regla formulada en el adajio latino no significaba sino que para obtener de su terreno toda la utilidad que entraña, el propietario debe ser libre para hacer lo que le plazca, como es cavarlo para buscar agua o minerales, plantarlo, edificarlo; i es, aun, conveniente que nada limite en altura o profundidad el ejercicio de esas facultades.

Libre es de cavar, si puede, hasta el centro de la tierra.

Libre es, tambien, de levantar edificios—si puede tambien—cuya cima se pierda en las nubes. En este caso, si pudiera realizarlo, sería propietario de todo lo que hubiera construido. I, para asegurar completamente esta libertad del dueño del suelo, tanto hácia abajo como hácia arriba, es indispensable prohibir a los terceros toda obra sobre el Espacio que a aquel le está reservado: el subsuelo i la atmósfera deben quedar completamente libres para sus empresas.

Es siempre, dice tambien Guibé, la doctrina romana la que subsiste, condensada sin modificacion efectiva bajo la nueva fórmula: «*cujus solum, ejus coelum*». La prueba de ello la suministran los escritos de los civilistas. Tomemos, por ejemplo, las ediciones del Dijesto publicadas por Denys Godefroy, mui difundidas en el siglo XVII. El autor comenta la lei *si quis projectum* (la misma a la cual hace referencia Acurcio en su glosa) reproduciendo literalmente este pasaje de la lei *si intercedat: coelum, quo suprá oedes nostras est, in infinitum nobi liberum est*; i como nota de esta última lei cita la glosa de Acurcio i la resume en esta fórmula lapidaria: *cujus solum, ejus coelum*. ¿No es esta la prueba decisiva de la sinonimia de ámbas espresiones, i la demostracion del mantenimiento de la distincion primitiva?—dice Guibé.

El texto de las antiguas costumbres francesas—agrega el mismo autor— ilustra tambien mucho la materia. Todas ellas, por lo jeneral, traducen la glosa, i la version nos indica que los antiguos no entendian el adajio en el sentido metafísico que se le dió mas adelante. No hablan de propiedad del Espacio. Con mucha mas sencillez dicen: *quiconque a le sol... doit avoir le dessus*», i por el resto de la frase precisan el sentido de ese principio, agregando: «*et peut edifier par dessus et par dessous, y faire puits et autre choses licites, s' il n'y a titre contraire*».

Concluye nuestro autor su demostracion diciendo que despues de todo lo espuesto es lícito establecer que la palabra *coe-*

lum en la máxima *cujus solum, ejus coelum*, debe ser tomada como siempre lo habia sido por los antiguos jurisconsultos, esto es, en un sentido figurado. «*A lui le ciel*», no significa el Espacio infinito. Quiere decir solamente: «a él todo lo que esté o sea plantado o edificado sobre su suelo; a él, hasta el cielo, el suelo i todas sus dependencias». La fórmula jurídica verdadera seria, de consiguiente, ésta: «*Ejus solum, usque ad coelum*».

Lo que por nuestra parte tenemos que observar es que, cierto o no el hecho de mero detalle de que haya sido Acurcio el autor de la fórmula: «*Cujus est solum, ejus debet esse usque ad coelum*», nos parece imposible dejar de aceptar como ajustados a la verdad histórica i a los principios de la lógica los hechos siguientes tan concisa i claramente desarrollados por Guibé:

Que ni el aforismo indicado ni el concepto del dominio del Espacio se encuentra en el *Corpus Juris civilis*;

Que el origen de dicho aforismo emana de los glosadores del Digeſto de los fines de la Edad Media i de los principios de la Edad Moderna;

Que ese aforismo se difundió en todos los países europeos, favorecido por la relativa comunidad en los estudios universitarios que entonces existía. Es muy sabido que las Universidades francesas e italianas principalmente, eran el centro de atracción de estudiantes de todas partes;

Que la referida fórmula fue incorporada en la jeneralidad de las *Costumbres* francesas, de la manera que ya se ha hecho mención;

Que el sentido verdadero así del principio latino como de la regla francesa de las *Costumbres*, es el que indica Guibé con toda exactitud, o sea el que se armoniza con la doctrina del Derecho Romano, conforme a la cual el dueño de la superficie tenía derecho de elevar sus construcciones hasta *el infinito*; pero en parte alguna establece que el Espacio fuera propiedad de aquél;

Que a dicho aforismo—cuya aplicación no tenía importancia, porque no suscitaba dificultades—pasó a dársele una

interpretacion literal, en vez de la figurada que le correspondia; llegando a admitirse involuntariamente que el dueño del suelo tambien lo es del Espacio, o sea, que este es susceptible *de dominio*;

Finalmente, que el Código Civil frances tradujo el adagio i el principio de las viejas Costumbres en la forma que indica el inciso 1.º del artículo 552. Motivos, es cierto, hai para suponer que los redactores del Código frances, o algunos de ellos por lo menos, imaginaban que *el espacio* es susceptible de *dominio*.

Las palabras de Portalis son sujerentes en este sentido. Pero es lo cierto que, segun mui bien lo demuestra Naquet, cualquiera que haya sido la idea fundamental del que redactó la fórmula del inciso 1.º del artículo 552, en dicho precepto no resulta establecido el dominio sobre el Espacio. Los términos empleados, la ubicacion del precepto i la especificacion contenida en el inciso 2.º, manifiestan que la interpretacion mas razonable que cabe dar a aquél es la de que consagra en el fondo un sistema idéntico al que rejia en el Derecho Romano.

Nos parece, en conclusion, que es inadmisibile la teoría de la propiedad del Espacio, si se considera la cuestion bajo el punto de vista histórico.

14. *El Espacio no es algo que sea susceptible de estar sometido al derecho real de dominio.*—Hasta aqui hemos discurrido partiendo implícitamente del supuesto de que el Espacio fuese *algo* susceptible de *dominio*, de que fuese una *cosa* capaz de ser *apropiada*, como son aquellas sobre los cuales puede ejercitarse el derecho real *de propiedad*.

No habíamos, de intento, formulado el argumento decisivo en toda esta cuestion, pues perseguimos el propósito de ir por grados exhibiendo las razones que sirven para rebatir la teoría del dominio del Espacio.

Mr. Naquet habia dicho—como ya lo hemos visto—que *el Espacio* no es susceptible de dominio, en razon de ser algo que se encuentra circunscrito solo por limites ideales.

Se ha hecho notar que este motivo que se aduce para negar la posibilidad del dominio del Espacio no es decisivo, i ni siquiera es el verdadero, puesto que la existencia de límites puramente *ideales* no está reñida con la nocion de dominio. Se puede presentar el caso de predios rústicos que solo estén deslindados por líneas trazadas imaginariamente entre los hitos demarcatorios.

La verdadera razon tiene, por consiguiente, que ser otra mui distinta de la indicada por Naquet. I esa razon fluye patentemente del análisis del concepto filosófico del Espacio.

¿Qué es el Espacio?

«El hombre—dice Spencer—solo piensa en relaciones, i éstas son de dos órdenes: de sucesion i *de coexistencia*; las unas son primitivas; las otras, derivadas, i la relacion de sucesion se verifica en todo cambio de estados de conciencia; la de *coexistencia*, que no puede hallarse orijinariamente en la conciencia, cuyos estados son seriales o sucesivos, no aparece sino cuando se nota que los términos de ciertas relaciones de sucesion se presentan a la conciencia tan fácilmente en un orden como en otro, miéntras que para *otras relaciones* los términos no se presentan sino en un orden determinado, en un solo i mismo orden. Las relaciones cuyos términos no se pueden invertir son llamadas sucesiones propiamente dichas, i aquellas cuyos términos se presentan indistintamente en un orden o en otro son llamadas *coexistencias*. Numerosas esperiencias que a cada momento nos ofrecen los órdenes de relaciones, definen perfectamente su distincion, i nos producen un concepto abstracto de cada uno de esos dos órdenes. El concepto abstracto de todas las sucesiones es el TIEMPO, i el de todas las coexistencias, EL ESPACIO.

.... Cuando tenemos conciencia del Espacio, es que la tenemos de posiciones coexistentes. No se puede concebir una porcion limitada del Espacio sino representándose sus límites como coexistentes en ciertas posiciones relativas, i cada

uno de estos límites imaginables, línea o plano, no puede ser concebido de otro modo que compuesto de posiciones coexistentes muy próximas. I como una posición no es una entidad, como los grupos de posiciones que constituyen una posesión cualquiera del Espacio i marcan sus límites no son existencias sensibles, resulta que las posiciones coexistentes que componen nuestra intuición del Espacio no son coexistencias en el verdadero sentido de la palabra (que implica la realidad de la coexistente), sino formas varias de coexistencia que permanecen abandonadas cuando las realidades están ausentes: es decir son abstracciones de coexistencias. Las experiencias que durante la evolución de la inteligencia han servido para formar ese concepto abstracto de todas las coexistencias, son experiencias de posiciones individuales dadas a conocer por el tacto; cada una implica la resistencia de un objeto tocado i la tensión muscular que la mide. Por medio de numerosas adaptaciones musculares de semejantes, que suponen diferentes tensiones musculares, se descubre la existencia de distintas posiciones resistentes, i cuando podemos sentir esas distintas posiciones tan fácilmente en un orden como en otro, las consideramos como COEXISTENTES. Mas, también sucede que, como en otras circunstancias las mismas adaptaciones musculares no producen el contacto con posiciones resistentes, resultan los mismos estados de conciencia, menos las resistencias; es decir, las formas vacías de las coexistencias, de donde los objetos coexistentes, ya revelados por la experiencia, están ausentes. De la elaboración de esas formas resulta el concepto abstracto de todas las relaciones de coexistencia, al cual concepto llamamos *Espacio*. Queda por indicar una cosa que no se debe olvidar, i es que las experiencias de que se origina la idea de Espacio son experiencias de fuerza. Cierta correlación de las fuerzas musculares que ejercemos, es el indicio de cada una de las posiciones que descubrimos, i la resistencia que nos hace conocer que hai alguna cosa en esa posición, es un equivalente de la presión que ejercemos

conscientemente. Por tanto, las esperiencias de fuerza, en sus variadas relaciones, son los materiales de donde saca la abstraccion la idea de *Espacio*».

Tenemos, pues, que filosóficamente considerado, el Espacio es un abstraccion de nuestra mente, un mero concepto intelectual que nos sirve para espresar la idea de *coexistencia* i de *estension* de los cuerpos. El Espacio *no tiene existencia real*. Es una *idea*. Las que existen son sustancias corporales que tienen tres dimensiones, largo, ancho i profundidad. Mediante de la jeneralizacion de este fenómeno que observamos por virtud del exámen aislado de cada cuerpo, llegamos a concebir la idea abstracta *del Espacio*.

Así como en la Naturaleza no existe ningun cuerpo que se llame *color blanco*, siendo este una mera abstraccion, i como si dijéramos la síntesis de ciertas impresiones que nos producen algunos cuerpos sobre el sentido de la vista; así tambien, lo repetimos, el Espacio no es sino la síntesis de impresiones de un jénero distinto.

El Espacio, abstraccion hecha del aire, es el vacío, es LA NADA—dice Guibé; i la *nada* no puede ser objeto de dominio, porque ámbos términos son escluyentes uno de otro.

No existiría, pues, la propiedad del Espacio, aun cuando el lejislador la hubiera querido establecer.

Hai cosas que la lei no puede declarar, como son aquellas que son contrarias al órden natural i al órden intelectual. I si las declarara, pasarian a la categoría de letra muerta.

Guibé aduce todavía otra observacion digna de ser tomada en cuenta, i es la siguiente:

La propiedad no es otra cosa sino una posesion protegida por la lei: no hai propiedad posible sin una *ocupacion* inicial efectuada por el titular actual del derecho o por sus predecesores. Ahora bien: ¿quién posee el Espacio; quién lo domina, lo ocupa, i lo rije como dueño? Si nada de ésto es posible ¿cómo se atribuiria a alguien el dominio del mismo? No puede haber propiedad si aquél que invoca ese de-

recho no tiene la cosa por sí mismo, o por intermedio de un tercero. Tanto es cierto ésto, que el poseedor de un animal bravío pierde su propiedad desde que sale de sus manos para recuperar su libertad, i que el dueño de un enjambre de abejas pierde tambien su derecho sobre éllas si su posesion no continua manifestándose por medio de la persecucion del enjambre prófugo. Siendo esto así, es imposible atribuir al dueño del suelo la propiedad de *un Espacio* del cual ni él ni sus antecesores han tenido jamas la posesión.

Creemos, pues, dejar demostrado que la teoría de la propiedad del Espacio, aparte de ser inadmisibile bajo el punto de vista histórico, es de imposible aceptacion si se le considera bajo el punto de vista filosófico o intelectual.

15. *El concepto jurídico de propiedad se opone tambien a la teoría que estamos rebatiendo.*—Al decir la lei que la propiedad del suelo lleva consigo o se estiende a lo que está *encima* y a lo que está *debajo* ¿en qué sentido, se pregunta Guibé, ha sido empleada la voz propiedad?

Ha sido empleada la palabra, contesta en el acto, en el sentido preciso de la misma, y no en el sentido figurado que se le suele dar, cuando se habla, por ejemplo, de la propiedad de un crédito.

Refiriéndonos a la terminolojía i al sistema de nuestro Código Civil, diríamos nosotros que la palabra propiedad que usa el Código frances en el artículo 552, está tomada en el sentido de *derecho real en una COSA CORPORAL para gozar i disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la lei o contra derecho ajeno*, tal como reza el artículo 582 del Código chileno.

No está tomada esa palabra, por consiguiente, en el sentido del artículo 583 conforme al cual: *«Sobre las cosas incorporales hai tambien una especie propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo»*.

Se está refiriendo, pues, el Código frances al dominio de una persona sobre una *cosa*, sobre una *cosa corporal*, y mas

claramente aun, sobre una *cosa inmueble*. Basta leer con atencion otra vez el referido artículo 552 en sus dos incisos, para convencerse de lo que decimos. El legislador frances, ha usado la palabra *propiedad* en el sentido *de derecho real sobre una COSA CORPORAL*.

Pero lo que en el fondo importa más tener presente, es que el *derecho de dominio* solo puede ejercerse sobre *cosas*, sean *corporales* o *incorporales* i que el *Espacio* no es *cosa* ni de una ni de otra condicion, puesto que, segun ya lo hemos demostrado, el *Espacio* es una *idea*, es una simple abstraccion de la mente humana, mediante la cual se espresan, en forma jeneralizada, cierto órden de sensaciones que nos producen los cuerpos físicos.

Es imposible, por lo tanto, sostener jurídicamente que el *Espacio* sea objeto posible del *derecho de dominio*.

Hemos llegado, por tanto, al término que apetecíamos, cual era demostrar que ni bajo el punto de vista histórico, ni bajo el punto de vista filosófico, ni bajo el punto de vista jurídico, puede sostenerse la teoría de la propiedad del *Espacio*.

Hemos rebatido, segun nuestro parecer, los argumentos invocados en favor de esa doctrina, i a los cuales hacíamos referencia en el párrafo 12.

16. *Doctrinas que últimamente se han emitido acerca de la cuestion que nos ocupa.*—Habiendo llegado a este punto de nuestro estudio, procederia en estricta lójica cerrar este trabajo determinando ya cuáles son los derechos exactos que tiene el dueño de la superficie frente al ejercicio de la navegacion aérea, i cuáles, de consiguiente, los derechos que el navegante del *Espacio* puede ejercitar respecto del primero.

Para que nuestra obra no adolezca de vacíos mui notables en su parte espositiva, parécenos oportuno, no obstante, hacer un ligero resúmen de las doctrinas que se han emitido sobre este asunto con posterioridad al invento efectivo, o sea, llevado al terreno de la práctica, de la navegacion aérea.

Decíamos en el párrafo I que la controversia subsiste hasta el día en el mundo jurídico europeo, i esplicábamos la razón de ello, que en el fondo no es otra sino la de que no ha transcurrido el tiempo necesario para que el antiguo error desaparezca i la jurisprudencia difunda la verdadera inteligencia que corresponde dar al precepto legal del artículo 552, en presencia de las necesidades de la aero-navegacion.

La doctrina del derecho de dominio absoluto sobre el Espacio cuenta hasta el día con partidarios, como se comprueba con fallos mui recientes de la jurisprudencia francesa. En 1908, por ejemplo, la Corte de Burdeos dictó una resolución conforme a la cual el Espacio *está sometido de una manera exclusiva i absoluta a la accion i a la voluntad del dueño del suelo.*

Con todo, esta doctrina absoluta puede considerarse en decadencia. Ya casi nadie la admite, en razón de las consecuencias absurdas i aniquiladoras de la navegacion aérea que se derivarian de su puntual aplicacion.

Mas vaga que la doctrina primitiva o pura, tiende la teoría del dominio del Espacio limitado al solo interes del propietario.

Insinuada esta doctrina por Hue, como hemos visto, desarrollada por juriscultos de otras nacionalidades, i acogida por ciertos fallos de los tribunales, ha vuelto a ser netamente planteada recientemente por Gaston Bonnefoy en su obra intitulada: *Le Code de l'air.*

La solución del problema—dice Bonnefoy—se encuentra contenida en este adajo, del cual los tribunales hacen uso frecuente: *Sin interes, no hai accion, ni daño, ni perjuicio, ni hai, tampoco, de consiguiente, demanda posible.*

Esta doctrina, agrega el mismo autor, guarda conformidad con la tendencia actual de la legislación i de la jurisprudencia, que tratan de restringir el alcance del artículo 552 del Código Civil. Se manifiesta especialmente en la lei de 15 de Junio de 1906 sobre la distribución de la energía eléctrica; i, de un modo mas especial todavía, en el párrafo 2 del ar-

título 12 de esa lei, conforme al cual la declaracion de ser de utilidad pública una distribucion de enerjía confiere al concesionario el derecho de hacer pasar los conductos de electricidad **POR ENCIMA DE LAS PROPIEDADES PARTICULARES.**

Si se exige una declaracion de utilidad pública, es porque tendrá que existir una utilizacion durable, un inconveniente permanente, una lesion incesante del derecho del propietario.

Notemos—dice tambien Bonnefoy—que, como lo espresa el Comandante Renard en una importante Conferencia, los aviadores tienen el mayor interes en volar a grande altura, por el doble motivo de que así se esponen ménos a encontrar violentas ráfagas de aire, i de que así tambien tienen mas facilidades para buscar un lugar de aterrizaje favorable en caso de des censo forzado.

Segun esta teoría, siendo así que el propietario no tiene ningun interes en impedir el paso inofensivo de una nave aérea a cientos o miles de metros sobre la superficie o sobre la cima de sus edificios, *no tiene tampoco derecho de impedirselo.*

Es la doctrina implícitamente aceptada por los Códigos suizo i aleman, a los cuales hemos hecho referencia mas arriba.

El inconveniente de esta teoría consiste en que es contradictoria con el principio sobre el cual se la quiere basar. Si se acepta i se sostiene el principio de la propiedad del Espacio, si se pretende que dicho principio se encuentra establecido en el artículo 552 del Código Civil. es obvio que la limitacion relativa a la utilidad del propietario significa ni mas ni ménos el desconocimiento del carácter absoluto que es peculiar del derecho de dominio. Si se es dueño hasta el *coelum*, i hasta el centro de la tierra, el dueño de tal derecho de dominio no puede ser obligado por motivo alguno a tolerar la intervencion, siquiera sea accidental, de terceros. Sin que medie una lei espresa nadie puede ser obligado a tolerar actos que importen un menoscabo de su derecho. La circunstancia

de que el dueño de la superficie no tenga interes en impedir el tránsito de las naves aéreas no es razon jurídica que autorice la limitacion de su derecho. Aparte de esto, puede mui bien sostenerse que todo propietario tiene aquel interes que le niega la doctrina que examinamos, puesto que a pesar de la altura a que se remonte el aviador i de la rapidez con que marche, siempre existirá un peligro de caida i de daños a las construcciones o personas de la superficie.

La doctrina del interes del propietario es, por otra parte, como lo dice Guibé, sumamente incierta i susceptible de resoluciones arbitrarias. Miéntras no se dicte una lei—lei que seria imprecisa tambien—que determine cuáles son los intereses del propietario dignos de ser respetados, no habrá manera de dar solucion acertada a los variadísimos i complejos casos que pueden ocurrir en la práctica.

Despues de la teoría del dominio del Espacio, pero limitado por el interes del propietario, se ha emitido, con posterioridad al invento de la navegacion aérea, la doctrina de Mr. Julliot, cuyo fundamento consiste en distinguir entre las partes del Espacio aéreo DE LAS CUALES EL PROPIETARIO HA TOMADO POSESION, i las demas.

Veamos en qué consiste esta doctrina.

Dice testualmente Julliot:

«El error comun de todos los partidarios de la limitacion
» de los derechos del propietario sobre el Espacio vertical,
» proviene, en nuestro sentir, de una confusion entre la idea
» de propiedad i la idea de posesion. Estas dos cosas distintas
» que se denominan propiedad i posesion, pueden no co-
» existir. Se puede ser propietario i no tenerse ya o no tener-
» se todavía la posesion. Este es el caso del adquirente en
» el tiempo intermedio entre la venta i la entrega o entrada
» en el goce de la cosa. Es tambien el caso del nudo propieta-
» rio; i es tambien el caso de la Administracion pública cuan-
» do espropia por causa de utilidad jeneral, en el tiempo in-
» termedio entre el juicio de espropiacion i el pago de la in-
» demnizacion.

» Apliquemos estos principios al Espacio.

» El artículo 552 dice que la propiedad del suelo lleva consigo la *de lo que está arriba*. Por el solo hecho de adquirir el suelo, se adquiere la propiedad del Espacio, i esto, por voluntad de la lei, i hasta el infinito, en el sentido de la altura.

» Por lo que concierne al Espacio en el cual se bañan vuestras construcciones i plantaciones, es incuestionable que teneis la posesion del mismo. Pero mas arriba, hasta el infinito, jamas, vosotros ni vuestros antecesores, habeis hecho acto de posesion en ese dominio teórico. Es vuestro, en toda propiedad, puesto que la lei os lo ha dado, pero no teneis la posesion de él. Tan solo tendreis dicha posesion el dia en que la aprehendais, con intencion de apropiáosla, i hasta la altura hasta la cual hayais podido alzar vuestra pretension.

» Esta toma de posesion se manifestará por medio de construcciones nuevas, tales como cuatro mástiles de mucha altura, o globos cautivos, sujetos en los límites del predio, o, aun, tambien, por una o muchas ascensiones en globos libres, o en aeroplanos, con tal, en este último caso, que la posesion se manifieste por hechos exteriores.

» Si se trata de una parte del dominio aéreo del cual teneis la posesion i goce podreis siempre por la via petitoria o posesoria, hacer cesar el goce de los demas, i oponeros a la circulacion de dirigibles o aeroplanos.

» Respecto de la zona que es nuestra propiedad, pero de la cual no tenemos la posesion actual, podremos impedir toda invasion que lesione nuestro derecho de propiedad, pero no podremos formular ningun reclamo por un uso ni aun por una ocupacion de hecho.»

La teoría de Mr. Julliot adolece, como se vé, del error fundamental de considerar al Espacio como *susceptible de dominio*. Por esto solo, ya es inadmisibile como las anteriores.

Ademas, como dice Guibé, es un error manifiesto esto de reconocer derecho de propiedad sobre una cosa de la cua-

nadie ha tomado posesion. Es efectivo, sin duda, que la propiedad puede estar separada de la posesion i corresponder una i otra a distintas personas; pero es preciso no olvidar que esto es a condicion de que exista posesion i de que en el pasado alguien haya aprehendido la cosa i llegado a ser dueño de ella. Es imposible tener propiedad sobre una cosa, sin que se haya tomado posesion material de la misma.

Se ha formulado una última doctrina que consiste en considerar la propiedad del Espacio gravada por una servidumbre natural de tránsito. No sabemos quien sea el autor de esta teoría, i la conocemos solo por la referencia que hace de ella Mr. Guibé en su obra tantas veces citada.

Consiste en la aplicacion en la esfera de la aviacion de los principios admitidos por la lejislacion francesa respecto de una materia completamente análoga, cual es el tránsito flotante (canotage) por las pequeñas corrientes de agua.

La lei francesa de 8 de abril de 1898 ha reconocido a los propietarios riberanos derecho de propiedad sobre el lecho de las pequeñas corrientes de agua. Suscitóse la cuestion de saber si los terceros pueden transitar en pequeñas embarcaciones sobre esos riachuelos, de igual modo que se plantea hoy la cuestion del tránsito por la atmósfera. Se ha resuelto por la jurisprudencia que, a pesar de pertenecer el lecho del agua a los riberanos, esta propiedad está gravada por una suerte de servidumbre natural de pasaje por la corriente.

El propietario debe, pues, sufrir el hecho material del tránsito por el agua i todas las consecuencias que fluyan de la calidad jurídica reconocida a esta agua corriente. I como esta es una cosa comun, la servidumbre que la concierne debería, por consiguiente, reunir todas las facultades constitutivas de este derecho de comunidad, especialmente el tránsito en bote que importa, en hecho o en derecho, una de las facultades legales comprendidas en el uso comun del agua de la corriente. El propietario del lecho del arroyo no puede obstruir esta circulacion.

Aplicando estos principios al problema de la atmósfera resulta lo siguiente:

El Espacio, *propiedad* del dueño de la superficie, se encuentra gravado por la naturaleza con una servidumbre de tránsito por el aire atmosférico: este aire es esencialmente una cosa comun: el derecho de utilizar la fuerza de este elemento es una de las facultades que entraña el uso comun de la atmósfera. Por consiguiente, el dueño del suelo i del Espacio no puede impedir la circulacion aérea.

En concepto de Guibé, tiene esta doctrina sobre las precedentes la ventaja de no segregar artificialmente la atmósfera en dos elementos distintos, el Aire i el Espacio, continente i contenido, sin parar mientes en las relaciones estrechas que la Naturaleza ha establecido entre ellos. Ambos son inseparables, i el valor de esta doctrina consiste en reconocerlo así. El Espacio, dice ella, es susceptible de apropiacion privada, mas no así el Aire, que es una cosa *comun*. Ahora bien, la union estrecha que la Naturaleza ha establecido entre ambos elementos hace que el derecho del dueño de la superficie sobre el Espacio esté limitado por el uso atribuido a la comunidad de los hombres sobre el elemento gaseoso. Estos dos principios, propiedad i servidumbre, se combinan del modo mas feliz para esplicar los derechos reconocidos por la lejislacion en favor del propietario.

Es dueño del Espacio. Tiene, por consiguiente sobre este: 1.º El *usus*; 2.º el *fructus*, o sea el derecho de construir o de plantar; 3.º el *abusus*, o sea el derecho de disponer de su derecho en todo o parte, estableciendo una propiedad superficial, gravándola con cuantas servidumbres quiera, etc., etc. Como dueño, su derecho es esclusivo, i puede, por tanto, rechazar a todos cuantos intenten establecerse en este dominio.

Pero si todo esto es cierto segun la doctrina que examinamos, empero, la propiedad se encuentra gravada por la Naturaleza con una servidumbre de tránsito en favor del aire i de los que usan de él. No puede, por tanto, hacer, a pe-

sar de ser dueño, ninguno de los actos que pudieran impedir dicha servidumbre. El dueño del Espacio podrá construir cuando quiera i hasta la altura que quiera, bajo condicion, se entiende, de que no impida ni el paso del aire, del calor o de la luz, ni el ejercicio del derecho de uso que los terceros tienen sobre los bienes comunes.

Despues de la demostracion que hemos hecho de la imposibilidad filosófica i jurídica de admitir que el Espacio sea susceptible de dominio, es evidente que la teoría que dejamos espuesta, aunque por sus resultados favorables al ejercicio de la navegacion aérea sea superior a las demas, no es posible admitirla, puesto que tiene por fundamento un error insubsanable. Adolece tambien del defecto de atribuir al concepto jurídico de servidumbre un significado distinto del que técnicamente la comprende. Servidumbre predial, o simplemente servidumbre—dice nuestro Código Civil—es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño. ¿Es jurídica i razonablemente posible dar al Espacio aéreo, que es una simple abstraccion de la mente, el carácter de predio, o sea, de *cosa corporal inmueble*?

17. *Derechos efectivos del propietario del suelo, conforme a la verdadera intelijencia que debe darse a la lei.*—Terminada la digresion i cerrado el paréntesis que importa el párrafo que antecede, pasamos ahora a determinar cuáles son los derechos relacionados con el ejercicio de la navegacion aérea que puede ejercitar el dueño de la superficie de conformidad con los principios de la legislacion positiva.

Probando, como creemos haberlo hecho, que la lei no autoriza la doctrina del dominio del Espacio, implícitamente hemos demostrado por eso solo que, en tésis jeneral, no podría tolerarse la oposicion que el dueño de la superficie hiciera para impedir la navegacion aérea sobre su predio, fundándose en aquel imaginario derecho.

Pero, a fin de tener una norma de criterio bien segura que

permita dar solución a los múltiples casos que tendrán que presentarse en la práctica, es necesario que nos ocupemos ahora en explicar qué es lo que la lei ha querido o *debido querer* establecer en orden a la estension de los derechos del dueño de la superficie. Solamente así llegaremos a tener, en seguida, un concepto preciso sobre las facultades de que a su vez pueda hacer uso el aviador.

Si el dueño del suelo no lo es ni del *aire*, que todos aceptan que es *res-communis*, ni del *Espacio*, que no es *cosa*, es manifiesto que, como dicen Naquet, Guibé, i otros, solo puede la lei haberle otorgado dominio sobre la superficie i sobre las cosas materiales complementarias del suelo; como son aquellas a que se refiere el inciso 2.º del art. 552 del Código Civil, que en sustancia son las mismas, que se indican en los arts. 668 i 669 del Código de Chile, ubicados en el párrafo que trata de la accesion de cosas muebles a inmuebles. Por la eliminacion de los conceptos del aire i del Espacio, tenemos que llegar fatalmente a ese resultado. No podemos ménos, por eso, de estar en esta parte en el mas perfecto acuerdo con la teoría de Mr. Naquet.

Esos derechos sobre cosas exclusivamente materiales, a las cuáles únicamente ha podido o debido referirse la lei, no son jurídicamente nada más que el propio ejercicio del derecho de dominio sobre el suelo, en virtud de la indubitable razon de que sin esos derechos no podría el dueño de la superficie sacar de ésta la utilidad que le corresponde.

El dominio sobre la superficie seria letra muerta si el señor de la tierra no pudiera ejercitar el derecho de sembrar, de plantar, de levantar construcciones, de dilatar, en una palabra, sus facultades en el sentido de la altura, del mismo modo que puede hacerlo en el sentido de la profundidad.

Ahora bien, si tiene derecho de dominio sobre las cosas corporales que adhieren al suelo i se proyectan hácia arriba, es fuerza que exista una obligacion correlativa, que afecte a los terceros, i en cuya virtud estos no puedan lesionar aquel derecho. La facultad de plantar, de construir, de go-

zar de luz i de aire seria ilusoria, evidentemente, si el dueño de la superficie no tuviera medios legales de impedir que un vecino de mala voluntad, por ejemplo, le cortase sus árboles, le techase su patio, construyese balcones u otras obras que se proyectasen sobre su predio. La definicion del derecho real de dominio deberia considerarse, de lo contrario, como una simple ironía del lejislador, pues lo que en realidad habria implantado seria en tal caso la servidumbre mas esplicitamente aniquiladora del dominio.

Tiene, segun esto, el propietario, la facultad de hacer tantas construcciones cuantas le plazcan, i de tanta elevacion como lo desee, sin mas cortapisa que las que las leyes o los reglamentos le impongan *expresamente* por motivos de esguridad, de salubridad u otros análogos.

Esta facultad de construir no es, como se observa, sino el ejercicio del derecho *de usar i de abusar* del predio, i, por consiguiente, reúne todos los caractéres del derecho de dominio. Es, como advierte Guibé, perpetua, i no se pierde por la falta de ejercicio de la misma; es transferible con el predio, o separadamente del mismo; puede ser desmembrada, ó gravada con servidumbre, como, por ejemplo, con la de no edificar; puede ser limitada en altura por la de *non altius tollendi*; puede ser limitada en al sentido del largo, por la *de projiciendi*, etc.

Estos, i solamente éstos (i no son escasos, por cierto) son los derechos que el dueño de la superficie tiene en el sentido de *la altura*. Estos son los derechos que efectivamente ha podido, o *debido querer* otorgarle el art. 552 del Código Civil frances, bien así como eran los que reconocia sustancialmente el Derecho Romano i se reconocian tambien durante la Edad Media por medio del aforismo «*Cujus est solum, ejus debet esse usque ad coelum*».

No tiene otros derechos el propietario—volvemos a decirlo.

I si no tiene otros derechos, queda dicho con esto que no está facultado para impedir el tránsito de los aeronautas

por la atmósfera que esté encima de su predio. Podrá impedir—i esto es cosa mui distinta, de la cual nos ocuparemos mas adelante—que se le irroguen daños con motivo del tránsito; pero el hecho mismo de que se pase sin causarle perjuicios, sobre su propiedad, ese hecho, no tiene nadie facultad de impedirlo. Ni hai precepto que lo proliba, ni hai ventajas sociales que aconsejen dar a las reglas legales vijentes una interpretacion distinta de la que en verdad les corresponde.

I, aparte de todas las pruebas que hemos aducido en los párrafos anteriores acerca de lo que en realidad quiso establecer el legislador frances, al argumento basado en las palabras de Portalis, opone Guibé el concepto íntegro del tribuno Faure, que es el siguiente: «*Una regla mui antigua i mui constante para que se le suponga ignorada, es la de que el propietario del suelo puede plantar i edificar encima de él, escavar i edificar debajo, en una palabra, levantar o cavar a la altura o a la profundidad que le plazca*».

Las atinadísimas reflexiones de Naquet relativas a la ubicacion que tiene en el Código Civil el art. 552 (párrafo de la accesion de las cosas inmuebles); sus mismas observaciones sobre el alcance jurídico de la voz *accesion* i sobre el concepto de *unirse e incorporarse* lo accesorio a lo principal; i, por último, el significado esplicativo del inciso 1.º que entraña el inciso 2.º de aquel artículo, son pruebas ya rendidas, pero que conviene recordar otra vez en este lugar con el objeto de dejar bien firme e inconvencible estas ideas que son las fundamentales en nuestro estudio, como lo decíamos en el párrafo 1.º:

El dueño de la superficie no es dueño del Espacio.

El dueño de la superficie no tiene, en principio, derecho de impedir el ejercicio de la aero-navegacion.

18. *Derechos del aviador en relacion con los del propietario.*
—Para poner término a este trabajo solo nos falta de terminar la estension de los derechos de la navegacion

aérea relativamente al tránsito sobre las propiedades particulares.

Aunque sea lícito en principio pasar por encima de la propiedad ajena, o sea por la atmósfera que baña dicha propiedad, es manifiesto que la verificación de ese acto, que el ejercicio de ese derecho, no puede hacerse de una manera arbitraria, ya que es susceptible de ser estralimitado i que la estralimitacion puede producir daño al propietario del suelo. En una palabra, como todo derecho, el que tienen los aviadores para transitar por el aire debe considerarse limitado por el que corresponde a los propietarios para gozar de sus bienes.

Las reglas jenerales de la lejislacion civil referentes a la responsabilidad por dolo o culpa tienen perfecta aplicacion en esta materia.

Es oportuno que insinuemos aquí, algunas de las principales restricciones a que de conformidad con los principios jenerales del Derecho Civil debe considerarse sometida la práctica de la aeronavegacion.

En primer lugar, están obligados los aviadores a no producir el menor daño a las propiedades subyacentes, i a evitar todo aquello que pueda disminuir o hacer mas incómodo el goce de dichas propiedades. No podrá, segun esto, pasar un aviador a tanta proximidad de una superficie sembrada o plantada que llegue a dañar las plantaciones o las siembras. Tampoco podrá pasar tantas veces o a tan poca altura sobre una casa que llegue a turbar la tranquilidad de los moradores con el ruido, o a imponerse de los secretos o intimidades domésticas habitualmente reservados de la vista pública.

Los aeronautas, enfín, deberán usar de su libertad de circulacion de modo que se disminuya lo ménos posible la utilidad i los agrados que los propietarios obtenían ántes del invento de la navegacion aérea. Los reglamentos i la jurisprudencia, por último, inspirándose en estas ideas jenerales, deberán fijar el número i la estension de las obligacio-

nes nacidas de la contigüidad de ámbos dominios, terrestre i aéreo.

Terminado ya este trabajo, ha llegado a nuestro conocimiento un fallo dictado en el primer semestre del presente año por la primera Sala del Tribunal Civil de Paris en un juicio sobre indemnizacion de perjuicios causados por el ejercicio de la aeronavegacion. Dice así, en su parte pertinente:

«Considerando que, aun cuando segun los preceptos legales invocados, la propiedad del suelo comprende efectivamente la de lo que está ENCIMA del mismo, este principio debe razonablemente considerarse limitado en provecho del dueño a la sola altura de atmósfera utilizable, sea bajo el punto de vista de construcciones i de accesorios de construcciones tales como pueda concebirlos i realizarlos la arquitectura i la ciencia de los ingenieros, o sea bajo el punto de vista de plantaciones de todo jénero;

«Considerando que, pasada dicha altura, *fijada i apreciada segun las bases i las prácticas señaladas por el uso, el buen sentido, las reglas científicas i las circunstancias peculiares de cada caso*, la libertad del aire es completa, i la circulacion aérea permanece, en el actual estado de la jurisprudencia, destituida de toda traba, i no seria susceptible de autorizar otras reclamaciones de parte de los propietarios de inmuebles sobre los cuales se hubieren practicado ejercicios de aeronavegacion.»

Termina esta sentencia condenando a los demandados «Esnault-Pelterie, Farman i Borel», dueños de una Empresa industrial de aeroplanos, a pagar una indemnizacion a un propietario colindante a quien habian dañado en sus intereses agrícolas con vuelos constantes a baja elevacion.

Si se compara este fallo con algunos de los que hemos

reproducido en el cuerpo de este trabajo, se notará al punto la evolucion de la jurisprudencia francesa en el sentido del abandono absoluto del concepto del Espacio i de fijar un alcance bien distinto al art. 552 del Código Civil.

Julio de 1914.

