

TITULUS II.

DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.

Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales.

I. Corporales hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliæ res innumerabiles.

II. Incorporales autem sunt quæ tangi non possunt: qualia sunt ea quæ in jure consistunt, sicut hereditas, usufructus, usus, obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet quod in hereditate *res corporales continentur*; nam et fructus qui ex fundo percipiuntur corporalia sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum jus hereditatis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis, incorporalis est.

Ya en nuestra *Generalizacion del derecho romano*, números 36 y 38, y más adelante, p.465, hemos expuesto la division de las cosas, que son corpóreas é incorpóreas, de pura creacion jurídica; y ahora bastará referirnos á lo que sobre esto hemos dicho.

Res corporales continentur. No hay ninguna cosa incorpórea, ningun derecho, que en definitiva no recaiga sobre un objeto corpóreo. Así el derecho de usufructo recae sobre el fundo, sobre el esclavo ó sobre el ganado, cuyos frutos se perciben. El derecho de crédito, el derecho de accion, recae tambien sobre la cosa que se nos debe, que reclamamos en justicia. Del mismo modo el derecho de herencia recae igualmente sobre los bienes que tenía el difunto. Es verdad que frecuentemente se tiene un derecho incorpóreo sobre otro derecho incorpóreo; por ejemplo, un derecho delegado sobre un crédito, un derecho de accion sobre un usufructo; pero

TÍTULO II.

DE LAS COSAS CORPÓREAS Ó INCORPÓREAS.

Ciertas cosas, además, son corpóreas ó incorpóreas.

1. Son corpóreas las que por su naturaleza afectan nuestros sentidos, como un fundo, un esclavo, un vestido, el oro, la plata y otras innumerables cosas.

2. Son incorpóreas las que no afectan nuestros sentidos; cuales son las que consisten en un derecho, como la herencia, el usufructo, el uso y las obligaciones, de cualquier modo que se hayan adquirido. Nada importa que la herencia contenga *cosas corpóreas*; pues tambien son corpóreas los frutos que el usufructuario percibe del fundo; y del mismo modo lo que se nos debe en virtud de una obligacion es las más veces un objeto corpóreo, como un fundo, un esclavo ó dinero; y sin embargo, el derecho de herencia, y el derecho mismo de usufructo y de obligacion, son incorpóreas.

siempre en último análisis se llega á una cosa corpórea que es objeto del último derecho.

Recordaremos en este lugar lo que ya hemos dicho acerca de que las cosas incorpóreas no son capaces de ser poseidas, pero que para muchas de ellas se ha admitido una cuasi posesion (*quasi possessio*), que consiste en dos elementos: el hecho de tener á su libre disposicion el ejercicio del derecho, y la intencion de ejercer este derecho como dueño, de donde se sigue que no son capaces de *tradicion*; pero que hay para ellos en ciertos casos una especie de *tradicion*, que consiste en permitir ó tolerar el ejercicio del derecho, y que se llama generalmente *cuasi tradicion*.

En cuanto á los medios de adquirir los diversos derechos son muy varios, y los examinaremos estudiando cada uno de dichos derechos. Bastan para dar origen á derechos, ya simples hechos sin concurso de la voluntad, ó aun sin ninguna voluntad del hombre, como un delito, ó un daño causado; ya una sola convencion, como en los casos de venta ó de arrendamiento. Pero las cosas incorpóreas que son desmembraciones de la propiedad, pueden adquirirse por la sola convencion, ó se necesita forzosamente, respecto de ellas, como sucede con las cosas corpóreas, que haya además una *cuasi tradicion*? Esta importante cuestion la trataremos cuando examinemos dichas cosas.

III. Eodem numero sunt jura prædiorum urbanorum et rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur.

3. En el número de estas cosas están los derechos de los predios urbanos y rústicos, que tambien se llaman *servidumbres*.

Hemos visto que muchos de los derechos que componen el dominio son capaces de ser segregados unos de otros, y de pertenecer aun en fragmentos á diferentes personas, entre las cuales se considera siempre como *propietario* el que conserva el elemento esencial del dominio, el derecho de disponer de la cosa. De aquí se derivan las *servidumbres* que se llaman *jura*, porque consisten en ciertos derechos concedidos sobre la cosa de otro; y *servitutes*, porque estos derechos forman una especie de servicio respecto de la cosa á él sujeta.

Estas diversas desmembraciones del dominio pueden hacerse, ó en provecho especial de una persona, á la que pertenezca únicamente el derecho que se ha separado de la propiedad, como cuando yo doy á alguno la facultad de percibir los frutos de mi campo

po; ó para aumentar la utilidad ó el placer que proporciona la propiedad de una cosa, á la que en cierto modo se halla unido el derecho como una cualidad, de tal manera que pase con la misma cosa á poder de cualquier poseedor; como cuando yo concedo en beneficio del predio inmediato un derecho de pasaje sobre el mio. Estas últimas servidumbres no pueden tener lugar sino de inmueble á inmueble, siendo indispensables para su existencia la estabilidad y la relacion de vecindad ó de situacion. Las primeras servidumbres se llaman personales (*personarum; personales*) (1); las segundas, reales ó prediales (*rerum prædiorum*): «*Servitutes aut personarum sunt..... aut rerum*» (2).

Hay muchos principios que son comunes á las servidumbres tanto prediales cuanto personales.

Todas las servidumbres, como ya hemos dicho en nuestra *Generalizacion del derecho romano*, se hallan en el número de los derechos que se han llamado *derechos reales*, pues todos no son más que ciertas porciones de la propiedad. Son derechos que, como el mismo de propiedad, nos pertenecen como cosa propia, con abstraccion de toda persona y de toda obligacion individual. Es imposible que un propietario tenga una servidumbre sobre su propia casa; porque si tiene reunidos todos los derechos de propiedad, es imposible que tenga de la misma porciones ó fragmentos separados. De aquí ha tomado el origen el adagio de *Nulli res sua servit* (3). Así, en toda servidumbre concurren la cosa, el propietario y el que goza de la servidumbre. Cada uno de ellos puede ejercer todos los derechos que le correspondan, respetando los del otro.

Ninguna servidumbre puede obligar al propietario de la cosa á que haga, porque sólo son desmembraciones del derecho de propiedad, y perderian esta naturaleza, convirtiéndose en obligaciones. Pero imponen al propietario la carga de sufrir (4), ó de no hacer: «*Servitutum non ea est natura ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiat, vel non faciat*» (5).

(1) Dig. 34. 3. 8. § 3. f. Pomp.

(2) Dig. 8. 1. 1. f. Marcian.

(3) Dig. 8. 2. 26. f. Paul.—8. 4. 10. Ulp.

(4) El original dice *de souffrir ou de ne pas souffrir*, y esto conocidamente es una errata de imprenta, porque no hace sentido. (N. del T.)

(5) D. 8. 1. 15. § 1. f. Pomp. Algunos autores dan para todas las servidumbres en general la siguiente definicion, que por lo demas no se halla en los textos, y que no parece exenta de toda incorreccion. «Un derecho establecido sobre la cosa de otro en beneficio de una persona ó de otra cosa, por el cual el propietario está obligado á sufrir ó no hacer.»

Es un principio general, dictado por la razon, que no puede establecerse servidumbre sobre una servidumbre: «*servitus servitutis esse non potest*»; porque las servidumbres son porciones separadas inmediatamente del mismo derecho de propiedad. El que tiene esta porcion de la propiedad no podría gravarla por su parte sin alterar los derechos del propietario. Sin embargo, convenciones ó legados de este género podrían dar origen á obligaciones, que aunque no fuesen servidumbres, no quedarían sin ejecucion (1).

En fin, ya sabemos que las servidumbres siendo incorpóreas no pueden ser poseídas; pero que respecto de la mayor parte de ellas, habia admitido la jurisprudencia romana una *cuasi posesion* que resultaba del ejercicio del derecho, añadida á la intencion de ejercerlo como dueño de este derecho. Las servidumbres capaces de esta cuasi posesion son las que consisten en sufrir. En cuanto á las que consisten en abstenerse, en no hacer, es decir, en una pura negacion, no admiten la idea de posesion ni de cuasi posesion.

Las nociones históricas que tenemos acerca de las servidumbres son muy limitadas. No ha llegado hasta nosotros ningun fragmento de las Doce Tablas que tenga la menor relacion con las servidumbres personales; algunos escritores creen que lo mismo sucede respecto de las servidumbres prediales, por manera que considera dudosa la existencia en aquella época de semejante especie de derechos. Sin embargo, la naturaleza de las cosas y algunos pasajes de autores antiguos hacen por lo ménos probable la existencia de las servidumbres prediales (2). Sea como quiera, esta materia se hallaba completamente aclarada en tiempo de Ciceron. Explicáremos, respecto de las diversas especies de servidumbres, las modificaciones sucesivas que fueron introducidas en la legislacion.

TITULUS III.

DE SERVITUTIBUS PRÆDIORUM.

TÍTULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES.

El texto habla aquí de las servidumbres reales. Se llaman prediales, *servitutes prædiorum*, porque sólo se aplican á los inmue-

(1) D. 33. 2. 1. f. Paul.—8. 3. 33. § 1. f. African.

(2) Un fragmento de Gayo (D. 8. 3. 8.) dice que la anchura del camino se hallaba fijada por la ley de las Doce Tablas; Varron dice lo mismo (*De lingua*, 6. 2.); pero ¿era el camino público ó el privado? Véase á Cic. *Pro Clodia*, 19 y 26.—Festo en la palabra *Amsegetes*.

bles. Respecto de éstos forman un cierto modo de ser, y son en alguna manera como cualidades particulares, que siguen á aquellos en las diversas manos por donde pasan (1).

Estas especies de servidumbres pueden consistir, ya en sufrir, ya en no hacer. Obsérvese que la desmembracion que las constituye puede recaer sobre uno ó sobre otro de los elementos que componen el derecho de propiedad; sobre el derecho de usar, de servirse de la cosa (*jus utendi*), como en la servidumbre de pasaje; sobre el de percibir frutos (*jus fruendi*), como en las servidumbres de pastos; sobre el de percibir productos que no son frutos, ni partes de la cosa, como sucede en la servidumbre de extraer arena, piedra, arcilla y cal; y en fin, sobre el de disponer de la cosa (incompletamente designado con la expresion de *jus abutendi*) embarazando principalmente este derecho, paralizándolo más ó ménos en manos del propietario, como en la servidumbre de no plantar, de no edificar, y de no elevar nada sobre determinados límites. Esta última alteracion del dominio es el origen principal de las servidumbres negativas; es decir, de las que consisten en no hacer. Por lo demas, toda servidumbre, sea de la clase que quiera, quita necesariamente al propietario el derecho de consumir, de destruir ó modificar su cosa de un modo perjudicial á la servidumbre; así es que altera siempre el *jus abutendi*. En suma, el dominio da sobre la cosa un entero poder (*plenam in re potestatem*); la servidumbre puede ser una fraccion, una desmembracion, una alteracion de uno cualquiera de sus poderes.

Las servidumbres prediales son consideradas como indivisibles; así es que no pueden adquirirse, ejercerse, vindicarse ni perderse en parte solamente: si muchas personas son propietarias del fundo á que se debe la servidumbre, cada una de ellas tiene íntegramente el derecho de servidumbre (2).—Esta indivisibilidad no impide que el derecho no pueda ser limitado en su uso, ya en cuanto al tiempo, ya en cuanto al lugar, ó ya en cuanto al modo (3); y aun cuando los fundos se hallan separados en diversas regiones, las

(1) *Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, utilitas?* D. 50. 16. 86. f. Cels.

(2) D. 8. 1. 11. f. Modest., 17. f. Pomp.—S. 5. 4. §§ 3 y 4. f. Ulp.—7. 4. 6. § 1.

(3) Dig. 8. 1. 4. §§ 1 y 2. f. Papin., y 5. § 1. f. Gayo.—D. 10. 3. 19. § 1. f. Paul.

servidumbres pueden adquirirse ó extinguirse separadamente en una ó algunas de dichas regiones (1).

Se dividen en servidumbres de fundos rurales ó rústicos, y servidumbres de fundos urbanos.

Es difícil y muy importante determinar bien en qué consiste esta distincion, la única que hacen las leyes romanas entre las servidumbres reales. Y desde luégo es preciso fijarse en lo que se entiende por fundo rural y fundo urbano. Cuando sólo se trata de conocer la naturaleza del inmueble, no admite duda que se llaman propiedades rurales no sólo los campos, sino tambien los edificios en ellos construidos para el cultivo de los mismos. Del mismo modo que se llaman propiedades urbanas no sólo los edificios de la ciudad, sino tambien los corrales y jardines que son parte accesoria de ellos. Esta regla se halla positivamente expresada en los textos (2), y debe aplicarse á todas las cuestiones de derecho que dependan de la naturaleza del inmueble considerado en sí mismo, como cuando se trata de los privilegios concedidos al propietario en seguridad de la renta, privilegios que se diferencian segun que se trata de fundos urbanos ó rústicos (3).

Pero otra cosa sucede cuando se trata de apreciar la naturaleza de las servidumbres. Entónces es preciso en todas partes distinguir el suelo de la superficie; es decir, el terreno de los edificios, y en general de cuanto puede edificarse sobre él. Por manera que á la superficie, es decir, á todo lo que se ha construido ó edificado sobre el suelo, en cualquier parte que sea, en la ciudad ó en el campo, se diese el carácter de servidumbres urbanas, y al suelo el de las servidumbres rurales. Esta regla se halla positivamente expresada en los textos (4). Diferentes intérpretes han incurrido, al tratar esta materia, en graves errores por haberla desconocido.

Esto supuesto, ¿es preciso decir con algunos autores que el fundo dominante, es decir, aquel por el cual existe la servidumbre, es el que debe dar su calidad rural ó urbana á dicha servidumbre? No; porque vemos que el derecho de pasaje por un prado, para

(1) Dig. 8. 3. 28. § 3. f. Paul., y 25. f. Pomp. 8. 6. 6. § 1. f. Cels.—Pueden tambien en ciertos casos ser en parte retenidas. Dig. 8. 1. 8. § 1. f. Paul.

(2) D. 50. 16. 198. f. Ulp., y 211. f. Florentin.

(3) D. 20. 2. 4 y 7. § 1.—27. 9. 1.

(4) ...Ceterum etsi in villa aedificia sint, aeque servitutes urbanorum praediorum constitui possunt (D. 8. 4. 1. f. Ulp.).

llegar á una casa inmediata, es una servidumbre de fundo rural (1). ¿Se deducirá de aquí que el fundo sirviente es el que presta su calidad? Mucho ménos; porque vemos también que el derecho de hacer caer las canales de una casa en un campo inmediato es una servidumbre de fundo urbano.

¿Cómo, pues, se determinará si la servidumbre es urbana ó rústica? Por la misma servidumbre, por la naturaleza que le es propia; naturaleza invariable, y que no depende, como sería forzoso decidirlo admitiendo las interpretaciones precedentes, de que los propietarios edifiquen ó derriben en uno ú otro fundo. La solución más clara que puede desearse en esta cuestión nos la suministra este fragmento de Paulo que se halla en el Digesto: «*Servitutes prædiorum alie in solo, alie in superficie consistunt*» (2). Es decir, que hay servidumbres que reciben su existencia, su elemento esencial y constitutivo, su consistencia, para valerme de una expresión romana, de la idea de suelo (*in solo consistunt*), con independencia de toda construcción, plantación, edificación ó superposición, cosas todas accesorias, que pueden hallarse ó no en los fundos sin alterar la naturaleza de esta servidumbre: tales son las de pasaje, las de sacar agua ó pastar, etc. Hay otras, por el contrario, que reciben su elemento esencial y constitutivo, su consistencia, de la idea de superficie, es decir, de una superposición cualquiera encima del suelo; idea indispensable para que existan (*in superficie consistunt*): tales son las servidumbres de luces, de vistas, de canales, etc. Las primeras son servidumbres rurales, y las segundas urbanas.—Nótese que estas últimas pueden existir sin que haya siquiera ningún edificio en uno ni en otro fundo, como, por ejemplo, en la servidumbre constituida en beneficio de mi campo, de que no edificaréis en el vuestro, no hay edificio en ninguna parte; pero la idea negativa de edificio, de superficie, forma el elemento constitutivo, la consistencia de la servidumbre (3).

(1) Una equivocación semejante ha introducido en el código civil francés el artículo 637 con su distinción de servidumbres urbanas ó rurales, que tal como ha sido entendida ha quedado en ninguna especie de utilidad posible, mientras que tenía tanta en la legislación romana.

(2) D. 8. 1. 3. f. Paul.—Véase á Vinnio en su comentario de la Instituta, en el párrafo 1.º que va á seguir; este autor establece muy bien que la misma servidumbre no puede cambiar así de naturaleza, según que se edifique ó no sobre el fundo dominante; que, por consiguiente, es preciso entender por servidumbres rurales las que consisten *in solo*, y por servidumbres urbanas las que consisten *in superficie*.

(3) Así el derecho de conducir el agua por el suelo sería rural, pero por un edificio sería urbano. Esto es lo que se ha decidido por las leyes (D. 6. 2. 11. § 1. f. Ulp.) La lectura de la ley 20. Dig.

¿Cuál es en derecho la utilidad de esta distinción entre las servidumbres? Esta utilidad procede también de su naturaleza. Las servidumbres urbanas ó que consisten en superficie, ofrecen por su misma naturaleza un carácter de continuidad que no tiene la mayor parte de las servidumbres rurales que consisten en el suelo. Así mi viga que se apoya en vuestra pared, mi canal que desagua en terreno vuestro, y mi ventana que domina vuestro patio, siempre son permanentes: mientras que los derechos de pasaje, de sacar agua ó de pastar, sólo se ejercen por derecho del hombre, y por consiguiente por intervalos discontinuos: «*Servitutes prædiorum rusticorum..... tales sunt ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.*» De aquí proceden diferencias legales de la mayor importancia entre la cuasi posesión de estas servidumbres, y la manera de perder por el no uso (1).

Otra diferencia igualmente importante existía también en el antiguo derecho: las servidumbres rurales, aunque cosas incorpóreas, por una excepción particular, habían sido colocadas entre las *res mancipii*, y podían por consiguiente adquirirse por la mancipación; mientras que las servidumbres urbanas eran *res nec mancipii* é incapaces de mancipación (2). Pero esto quedó totalmente suprimido en tiempo de Justiniano. †

No habían hecho los romanos las distinciones más racionales y más útiles que se hallan en la legislación moderna, entre las servidumbres aparentes y no aparentes, continuas ó discontinuas. Sin embargo, por lo que acabamos de decir, se ve que la división de las servidumbres en urbanas ó rurales casi se asemejaba á la de las servidumbres continuas ó discontinuas, aunque esto no se expresa terminantemente.

Rusticorum prædiorum jura sunt hæc: iter, actus, via, aquæductus. Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi vel vehiculum. Actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum: itaque

Las servidumbres de fundos rurales son éstas: el pasaje, la conducción, el camino y el acueducto. El pasaje es el derecho de ir y de pasar un hombre, pero no de conducir ganados ó carruajes. Así, el que tiene

lib. 8. tit. 2, acabará de demostrar que las expresiones *servitutes que in superficie consistunt*, y *servitutes prædiorum urbanorum* son sinónimas.

(1) Dig. 8. 1. 14. pr. f. Ulp.—8. 2. 6. f. Gay.—8. 2. 20. pr. f. Paul. «*Servitutes que in superficie consistunt possessione retinentur.*»

(2) Ulp. Reg. 19. 1.—Gay. 2. 17.

quia habet iter, actum non habet; qui actum habet et iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi; nam et iter et actum in se continent via. Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum.

Iter, actus, via. La diferencia entre estas tres servidumbres debe determinarse bien.

En *iter*, el objeto esencial es pasar (*eundi gratia*); por lo demás, puede verificarse ya á pié, ya en litera, ó ya á caballo (1).

En *actus*, el objeto esencial es conducir (*agendi gratia*). Según la ley también se comprende el derecho de pasar. Pero fuera de esto, no contiene ningún otro derecho. Así, no se podría ni arrastrar piedras, ni maderos, ni transportar picas elevadas (*hasta rotam*); porque tales actos no podrían hacerse, ni con objeto de pasar, ni con objeto de conducir (*neque eundi, neque agendi gratia*) (2). El derecho de conducir se extiende, según la ley, tanto á las bestias, cuanto á los carruajes. Pero puede convenirse, por ejemplo, en que estos últimos no pasen (3). De la misma manera el *actus* legal comprende siempre el *iter*; pero puede convenirse que no sea permitido pasar sino sólo para conducir (4).

En *via*, el objeto esencial es pasar, conducir y servirse del camino para todos los usos, sin hacer daño ni á las plantas ni á los frutos (5). Si faltase uno de estos derechos no había ya *jus viae*, sino otra servidumbre.

El ancho del camino se ha fijado por la ley, y es de ocho pies.

(1) *Iter est qua quis pedes, vel eques commearere potest.* (Dig. 8. 3. 12. f. Mod.)

(2) D. 8. 3. 7. f. Ulp.

(3) D. 8. 1. 13. f. Pomp.

(4) «*Qui... actum sine itinere habet, actione de servitute utetur.*» (D. 8. 5. 4. § 1. f. Ulp.) — Si se trata, sin embargo, de oponer á esta última proposición el fragmento siguiente: «*Nunquam actus sine itinere esse potest.*» (D. 34. 4. 1. f. Paul.) Y quizá podría deducirse de aquí que, según ciertos jurisconsultos, en *actus* debían esencialmente hallarse reunidos el derecho de pasar y el de conducir. Pero menester es que si sólo se estipulase el derecho de conducir se establecería una servidumbre, pero particular, que no sería ya el *actus* de la ley.

(5) La ley siguiente reúne las explicaciones esenciales que acabamos de dar: «*Qui sella aut litica vehitur, ire non agere dicitur.... Qui actum habet el plaustrum ducere, et jumenta agere potest. Sed trahendi lapidem aut lignum neutri eorum jus est. Quidam, nec hastam rectam el ferre licet, quia neque eundi, neque agendi gratia itfaceret.... Qui etiam habent eundi agendique jus habent plerique, et trahendi quoque, et rectam hastam referendi, si modo fructus non ladat.*» (D. 8. 3. 7. f. Ulpiano.)

y en las vueltas de diez y seis (1). Se puede convenir en una anchura mayor ó menor, con tal que baste para ejercer todos los derechos que forman la esencia de la *via* (2). Pero si el camino, bastante ancho para el paso de los ganados, es demasiado estrecho para el de carruajes, no habría derecho de *via*, sino de *actus*.

La anchura para el paso ó para la conducción no está fijada por la ley. Las partes deben determinarla en el título, y si no, debe ser determinada por medio de un árbitro (3). Si bajo cualquier nombre, ya de *via*, ya de *actus*, se hubiese establecido un camino tan estrecho que no pudiese servir ni á los ganados, ni á los carruajes, éste sería *iter*, no *actus* (4).

La servidumbre *navigandi*, que da el derecho de atravesar el lago, el estanque ó aguas de otro para llegar á su fundo, es también una servidumbre rural, que tiene alguna analogía en su objeto con las anteriores (5).

I. Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæc quæ ædificiis inhærent; ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia, urbana prædia appellamus, et si in villa ædificata sint. Item, urbanorum prædiorum servitutes sunt hæc: ut vicinus onera vicini sustineat; ut in parietem ejus liceat vicino lignum immittere; ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat; et ne altius tollat aedes suas, ne luminibus vicini officiat.

1. Las servidumbres de predios urbanos son las que corresponden á los edificios, de donde toman su nombre de servidumbres de predios urbanos; porque todos los edificios, aún los construidos en el campo, se llaman predios urbanos; en el número de estas servidumbres están las siguientes: que el vecino sufrirá la carga de la casa inmediata; que sobre su pared tendrá derecho el vecino para apoyar sus vigas; que cualquiera recibirá el agua de un tejado ó de una canal sobre su edificio, en su sumidero ó en su patio, ó que no la recibirá; que no se podrá construir más alto ó quitar las luces del vecino.

Todas las servidumbres que enumera el texto toman su existencia en la idea indispensable de edificios, de construcciones ó de

(1) «*Vix latitudo ex lege Duodecim Tabularum in porrectum octo pedes habet; in fractum, id est, in æream est, sedecim.*» (D. 8. 3. 8. f. Gay.) Esta anchura se llama comunmente *legítima*. Sin embargo, los autores que disputan sobre la existencia de las servidumbres en la época de las Doce Tablas, dan que en estas leyes la disposición de que habla Gayo fuese relativa á los derechos de *via* de los particulares.

(2) Dig. 8. 3. 23. f. Paul.

(3) Dig. 8. 3. 13 § 2. f. Javol.

(4) «*Si tam angusti loci demonstratione facta via concessa fuerit, ut neque vehiculum, neque jumentum ea itinere possit, iter magis quam via aut actus acquisitus videbitur. Sed si jumentum ea duci poterit, non etiam vehiculum, actus videbitur acquisitus.*» (D. 8. 1. 13. f. Pomp.)

(5) Dig. 8. 3. 23. § 1. f. Paul.

superposiciones cualesquiera sobre el suelo, y por consiguiente, *in superficie consistunt*. Puede notarse también que todas son continuas.

Onera vicini sustineat. Esta servidumbre consiste en que la columna del vecino ó su pared (*columna vel paries*) sostenga el peso del edificio que los domina. Es notable en que el propietario de la columna ó de la pared de apoyo está precisado á sostenerlas; lo que es contrario á la regla de que las servidumbres no consisten nunca en hacer. Esta excepcion procede, al parecer, como puede verse en un fragmento de Paulo, de que estaba en uso establecer la servidumbre *oneris ferendi*, añadiendo esta ley: *Paries oneris ferendo, uti nunc est, ita sit* (que la pared de apoyo esté siempre en el mismo estado), lo que no podia significar otra cosa, añade el juriconsulto, sino que el muro debía mantenerse en su actual estado (1). Sin embargo, la cuestion no habia dejado de ser controvertida. Gayo no creia que pudiera insertarse una cláusula que produjese este efecto. Pero el parecer de Servio, en la especie particular de la servidumbre *oneris ferendi*, habia prevalecido. Por lo demas, segun lo notaba Labeon, la carga de las reparaciones pesaba sobre la cosa, y no sobre la persona; de esta suerte, el propietario podia eximirse de ella abandonando la herencia que le estaba afecta (2).

Tingnum immittere. Esta servidumbre se distingue de la anterior en que no da el derecho de obligar á las reparaciones al vecino que está sólo obligado á sobrellevar la carga (3).

Vel non recipiat. Entiéndese por *stillicidium* el agua que naturalmente se desprende de un tejado: por *flumen* la que se recoge y derrama por un canal. Se distinguen las servidumbres *stillicidii recipiendi* y *stillicidii non recipiendi*. La primera es fácil de comprender, pero la segunda ha dado margen á muchas interpretaciones. La más generalmente admitida consiste en decir que habiéndose establecido los estatutos locales como derecho comun la obligacion de recibir el derrame de los tejados superiores, se adquiria del vecino el derecho de no recibirlo. Por lo demas, parece que esta servidumbre, tal como fuese, no estaba muy en uso, porque sólo

(1) D. 8. 2. 33. f. Paul.

(2) D. 8. 5. 6. § 3.

(3) D. 8. 5. 8. § 2. f. Ulp.

se habla de ella en este pasaje de la Instituta, aunque muchos fragmentos del Digesto eran relativos á la servidumbre *stillicidii recipiendi* (1).

Ne altius tollat. Se distinguen aquí también las servidumbres *altius non tollendi* y *altius tollendi*. Esta última, de que se habla en algunos fragmentos del Digesto y en el último libro de la Instituta (2), ha dado ocasion, lo mismo que la servidumbre *stillicidii non recipiendi*, á muchas interpretaciones, de las cuales, la más generalmente adoptada se funda sobre la diferencia de los estatutos locales. En efecto, cada cual, por regla general, puede levantar su edificio tan alto como le parezca, aun cuando molestase al vecino: este principio se halla en los textos (3); sin embargo, alguna ley especial ó algun estatuto local podria, en intereses de los vecinos, prescribir límites á la altura de los edificios: para exceder estos límites sería preciso adquirir de los vecinos la servidumbre *altius tollendi* (4).

Por lo demas, la prohibicion de alzar una obra (*altius non tollendi*) podria aplicarse, no sólo á un edificio, sino á una construccion ó superposicion que se hiciese sobre el suelo: no ménos constituiria una servidumbre urbana.

Ne luminibus officiat. Respecto de las luces puede haber dos servidumbres: *Jus luminum*, y *ne luminibus officiat*. La servidumbre *luminum* sólo tiene lugar, segun ciertos comentadores, cuando obligamos al vecino á que nos deje abrir ventanas en su

(1) Véase la explicacion de Teófilo (hoc §): «O bien tenias tú sobre mi propiedad semejante derecho, y yo te obligaba á no verter sobre mi casa ó en terreno mio el agua de un tejado ó de tus canales.»—En fin, algunos autores entienden por servidumbre *stillicidii non recipiendi* el derecho por el cual queriendo aprovechar aguas llovedizas, obligase yo al vecino á no retener las de sus tejados y enviármelas.

(2) D. 8. 2. 2. f. Gayo.—Inst. Just. 4. 6. § 2.

(3) D. 8. 2. 9. f. Ulp.—Cod. 3. 34. const. 8 y 9. Diocl. y Maxim.

(4) Es cierto que muchas constituciones se han dado por los emperadores acerca del modo de construir y de la altura de los edificios. Los historiadores y los juriconsultos así lo acreditan. Estrabon (cap. 5) y Suetonio (*in Augusto*, § 89) nos lo dicen respecto de Augusto; Tácito (Anal. lib. 15, § 43, respecto de Neron; un fragmento de Ulpiano (Dig. 39. 1. 1. § 17) nos habla de constituciones imperiales relativas á este punto. En fin, el Código contiene rescriptos de Severo y Antonino (Cod. 8. 10. 1.), y de Zenon (ibid. 12 §§ 1 y 2). Sin duda las reglas de estos estatutos, que tenían por objeto la seguridad pública, no podian infringirse en virtud de convenciones privadas; pero no debia suceder lo mismo respecto de las que sólo tenían por objeto la utilidad de los vecinos.—Algunos comentadores hacen consistir las servidumbres *altius tollendi* en el derecho de obligar al vecino á levantar más alto, ya para asegurarnos del viento, ya por cualquier motivo de utilidad; y otros en el derecho de levantar construcciones superiores á la casa del vecino. Pero la primera explicacion, contraria á la naturaleza de las servidumbres, se halla desmentida por la ley 15, § 1. (Dig. 8. 1.); la segunda, más ingeniosa, se halla también desmentida por la ley 1. Dig. 8. 2, y por el § 2. Inst. lib. 4, tit. 6.

pared ó en la medianería; segun otros, existe siempre que se obliga al vecino á sufrir nuestras ventanas, ya se hallen en su pared ó ya en la nuestra. La servidumbre *ne luminibus officiatur* impide al vecino que haga todo aquello que pueda perjudicar á las luces. Por manera que la una es más extensa que la otra; en la servidumbre *luminum*, basta que el vecino deje subsistir las luces; en la servidumbre *ne luminibus officiatur*, no puede disminuirlas en nada, ni por plantíos, ni por obras de ningun género (1).

No hablaremos de otras muchas servidumbres urbanas, que las Institutas omiten: *Jus prospectus; ne prospectui officiatur; projiciendi, protegendi; fumi immittendi*, etc.

II. In rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant aquæ haustum; pecoris ad aquam adpulsum; jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.

2. Entre las servidumbres de predios rústicos, cuenta con razon el derecho de sacar agua, de abrevadero, de hacer pastar al ganado, de cocer cal, y de sacar arena.

III. Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium.

3. Estas servidumbres se llaman de predios, porque sin éstos no pueden constituirse. Ninguno puede adquirir una servidumbre de predio urbano ó rústico, sino el que tiene un predio.

Despues de haber hablado de la naturaleza de las servidumbres prediales y de sus diferentes especies, veamos lo que es indispensable para su existencia.

Son precisos dos fundos, el uno sobre el cual y el otro para el cual se halle constituida la servidumbre. Pero estos fundos ¿deben estar inmediatos? En general sí; lo que sin embargo debe entenderse de una intermediacion suficiente para que pueda ejercerse la servidumbre. Así las servidumbres *immittendi, protegendi*, etc., exigen que los dos fundos se hallen contiguos, miéntras que no sucede lo mismo respecto de las servidumbres *itineris, aquæ ductus, altius non tollendi*, etc. (2).

La servidumbre debe ser de alguna utilidad ó recreo para el fundo dominante. Así, pues, mi fundo no puede tener sobre el vuestro una servidumbre de pasaje, si está separado de él por un terreno intermedio que no puede atravesarse (3). Del mismo modo,

(1) Dig. 8. 2. leyes 4. 40. 15. 17. § 1, etc.

(2) D. 8. 3. 5. § 1. f. Ulp.—Dig. 8. 2. 1. f. Paul.

(3) D. 8. 1. 14. § 2. f. Ulp.—39. 3. 17. § 2 y sig. f. Paul.

si mi casa tiene sobre la vuestra una servidumbre *altius non tollendi*, y se levantan entre ellas construcciones que ocultan una y otra, estais en libertad de edificar (1). Por igual razon no sería posible imponer como servidumbre á un fundo que el propietario nunca fuese á él, que no recogiese sus frutos, porque esto de nada serviría al fundo dominante (2). Vemos tambien en el Digesto que si yo estipulo en beneficio mio el derecho de ir á pasearme, de ir á descansar á vuestra propiedad, esto sería un derecho personal, pero no una servidumbre predial (3).

En fin, es preciso que las servidumbres tengan una causa perpétua. De aquí se deducia que no podia establecerse, por ejemplo, una servidumbre de acueducto para tomar agua en una cisterna, en un estanque, ó en cualquiera otro lugar, no teniendo agua viva y perpétua (4), ni una servidumbre de pasaje sobre un fondo del que se estuviese separado por un rio no vadeable y sin puente, porque los barcos no son un medio permanente de transporte (5). Pero esta regla, algo sutil, habia recibido algunas excepciones (6).

IV. Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam in testamento quis heredem suum damnare ne altius tollat aedes suas, ne luminibus ædium vicini officiat; vel ut patiatum eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere; vel ut patiatum eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.

4. Si alguno quiere constituir un derecho de servidumbre en beneficio del vecino, debe hacerlo por medio de pactos y de estipulaciones. Puede tambien por medio de testamento condenarse á su heredero á no edificar más alto, á no quitar las luces del vecino, á sufrir la carga de sus vigas, á dejarle gozar de un derecho de arrojar las aguas, de pasaje, de conduccion, de acueducto.

Llegamos á los modos con que se establecen las servidumbres prediales. El texto nos indica, como medios de llegar á ellos, los pactos y las estipulaciones ó los testamentos; á éstos es preciso añadir otros dos modos que tienen lugar en ciertos casos: el uso y la adjudicacion.

Antes de examinar estos diferentes modos, importa mucho penetrarse de la diferencia que hay entre los casos en que se adquiere la servidumbre, y existe como derecho real, y aquel en que no

(1) D. 8. 2. leyes 88 y 89. f. Paul.—D. 8. 5. 5. f. Paul.

(2) D. 8. 1. 15. f. Pomp.

(3) D. 8. 1. 8. f. Paul.

(4) D. 8. 2. 28. f. Paul.—43. 22. 1. § 4. f. Ulp.

(5) D. 8. 3. 38. f. Paul.

(6) D. 8. 3. 9. f. Paul.

hay todavía más que un derecho de crédito, un derecho de accion contra el propietario, para obligarle á establecer la servidumbre, en cumplimiento de la obligacion que se le ha impuesto. En el primer caso, hay verdadera servidumbre, derecho real; en el segundo, sólo hay una obligacion. Los medios indicados en el texto ¿hacen adquirir la servidumbre, la establecen como derecho real, ó dan sólo el derecho de obligar á establecerla? Esto es lo que importa examinar en cada uno de ellos.

En nuestras explicaciones, nos colocaremos en la época y bajo el sistema legislativo de Justiniano, en que no existian los medios civiles de adquirir del antiguo derecho, la *mancipatio* y la *in jure cessio*, y en que la tradicion llegó á ser en todas las cosas corpóreas un medio de transferir la propiedad, y en que todo el suelo del imperio participaba del mismo derecho, sin distinguir el suelo itálico del provincial. En cuanto á la relativo al estado anterior del derecho civil, daremos nuestras explicaciones en notas.

Jus constituere. Cualquier dificultad podria quedar allanada con esta expresion, si designase forzosamente la constitucion, el establecimiento de la servidumbre como derecho real. Pero la veremos, aún bajo el antiguo derecho, empleada por Gayo indistintamente en un caso en el cual no existia más que una obligacion (1). Deja, pues, intacta la cuestion.

Pactionibus atque stipulationibus. Teófilo explica en su paráfrasis del modo siguiente el establecimiento de las servidumbres por pactos y estipulaciones: no hace de éstos dos medios distintos, de los cuales pudiera usarse uno ú otro; pero sí dos medios que concurren juntos (*pactionibus atque stipulationibus*, dice el texto, y no *pactionibus vel stipulationibus*). Supone que siendo propietario de fundos inmediatos, convenimos nosotros en establecer una servidumbre sobre uno en beneficio del otro, y que para sancionar este pacto ó esta convencion recurrimos á una estipulacion: «¿Prometes sufrir tal servidumbre?—Lo prometo.» Para mayor seguridad, añade Teófilo en su ejemplo una cláusula penal: «Y si tú me pones obstáculo, ¿prometes pagarme cien sueldos de oro en calidad de pena?» (2). Así el pacto y la estipulacion no salen aquí de los efectos naturales de los contratos, y producen una obliga-

(1) D. 7. 1. 3. pr. f. Gay.

(2) Teof. Paraf. hoc, §.

cion. La servidumbre se debe por el que la ha prometido, y está obligado bajo cláusula penal á establecer y á sufrir su ejercicio: para obligarle á ello hay la accion personal producida por la estipulacion. Pero la servidumbre no se halla establecida, ni existe como derecho real. El pacto y la estipulacion, impotentes para dar por sí mismos el derecho de propiedad, no pueden dar tampoco un fragmento ó una desmembracion de este derecho.

Mas ¿para qué acumular así el pacto (convencion por sí misma no obligatoria) con la estipulacion de una suma en calidad de pena? Porque esta expresion *pactis et stipulationibus*, tomada de la Instituta de Gayo, se aplicaba por este autor al suelo provincial, respecto del cual no podia existir realmente ni propiedad ni servidumbre. Se buscaba, pues, un medio ingenioso de conseguir el fin. La convencion, ó aún la estipulacion directa de la servidumbre, no producian en todo rigor vínculo jurídico, pues sólo servian para arreglar entre las partes la naturaleza y las condiciones del servicio que debia establecerse; y acerca de esto, estipulando una suma (objeto respecto del cual la estipulacion era completamente válida) para el caso en que se pusiese obstáculo al ejercicio de la servidumbre, se creaba el vínculo jurídico (véase un procedimiento análogo en la Institucion 3. 19. § 19). Por lo demas, bajo el imperio de Justiniano, suprimida la diferencia entre el suelo itálico y el provincial, no existió ya este interes en igual grado. La cláusula penal sólo intervino como una especie de sancion.

Ademas, hay textos que nos presentan servidumbres debidas en virtud de una simple convencion, cuando esta convencion forma una venta, como, por ejemplo, cuando os compro en beneficio de mi casa una servidumbre de pasaje ó de arrojar aguas. Pero muchos jurisconsultos aconsejaban que se exigiese en este caso del que vendia la servidumbre una satisfacion que no pusiese obstáculo á su ejercicio. En este caso, como en el anterior, la venta obliga, pero no establece derecho real; la satisfacion que los jurisconsultos aconsejan se exija al que vende es una garantía para asegurarse de que llenará su obligacion; es decir, que sufrirá el ejercicio de la servidumbre, que la establecerá como derecho real, como desmembracion de su propiedad (1).

(1) D. 8. 1. 20. f. Javol.—8. 5. 16. f. Julian.—19. 1. 3. § 2. Pomp.

En fin, se hallan también los pactos para el establecimiento de las servidumbres en los casos principales que siguen: si siendo yo propietario de dos cosas inmuebles os doy la una en propiedad por cualquiera causa, podemos convenir insertar en la tradición esta cláusula, este pacto; que el inmueble que os ha sido dado deberá *tal* servidumbre al que yo retengo en mi poder, ó recíprocamente, que este último deberá *tal* servidumbre al que os entrego (1). En el primer caso hay reserva de la servidumbre en beneficio mio (*servitutem excipere, recipere*); en el segundo os ha sido dada la servidumbre. Aquí, á lo ménos en la época de Justiniano, época en la cual la mancipación no era ya necesaria en ningún caso, existía la servidumbre, y se establecía como derecho real por efecto de la tradición, porque la misma propiedad ha sido transferida con aquella desmembración ó este aumento. — Habríamos podido poner el uno ó el otro de estos pactos en el contrato de venta; pero la servidumbre no hubiese entonces existido; y aun si se hubiese hecho la tradición sin renovación del pacto, aquella parte á quien fuese adherida la servidumbre sólo habría tenido la acción *venditi, empti*, ó la *condictio incerti*, para exigir el establecimiento de aquélla (2).

Testamento. Las servidumbres podían establecerse por testamento, ya, como dice el texto, condenando al heredero á sufrirlas, ya legando directamente la servidumbre al vecino (3). En tiempo de Justiniano no hubo ya diferencia entre estos dos modos; uno y otro establecen la servidumbre como derecho real. Si el legado transfiere la propiedad, transfiere también las fracciones ó desmembraciones de ella. En sentido inverso había un medio de reservar sobre un fundo legado ciertas servidumbres en beneficio de otros fundos hereditarios (4).

¿Podían las servidumbres adquirirse por el uso? La *usucapion* civil parece que en los primitivos tiempos había sido aplicada, no sabemos cómo, á las servidumbres, habiendo sido después suprimida por una ley *Scribonia*, cuya existencia dudan algunos

(1) D. 8. 2. 34. f. Julian.—8. 4. 3. f. Gayo.—Ib. f. 6. Ulp.

(2) D. 8. 2. 35. f. Marcian.

(3) D. 33. 3. *De servitute legata*.

(4) D. 7. 1. 19. f. Pomp., cuya inteligencia es muy difícil (se refiere al legado hecho *per venditionem*), porque en tiempo de este jurista, si se hubiese tratado un legado *per damnationem*, que no transfería la propiedad, la reserva de la servidumbre hubiese sido muy fácil; el heredero sólo hubiera tenido que hacerla mancipando el inmueble al legatario.

autores, y otros refieren al año de 720 bajo el triunvirato de Antonio, Octavio y Lépido (1). De cualquier modo que sea, todos los juristas posteriores nos repiten á menudo que las servidumbres, tanto urbanas cuanto rurales, no son en manera alguna capaces de *usucapion* (2) (*usucapionem non recipiunt*). Pero los pretores y presidentes intervinieron, y en ciertos casos dieron acciones útiles, interdictos (*utilem actionem, interdictum*), para proteger los derechos de los que disfrutaban desde mucho tiempo ántes ciertas servidumbres, y las constituciones imperiales confirmaron esta jurisdicción. En este caso se presenta la importancia que hemos señalado en la distinción de las servidumbres rurales y urbanas. Estas últimas, como el *jus immittendi, oneris ferendi, stillicidii, luminum*, etc. (*quæ in superficie consistunt*), ofrecen un carácter continuo, y son en lo general las que se pueden adquirir por un largo uso: «*Servitutes quæ in superficie consistunt possessione retinentur*» (3); mientras que no sucede lo mismo con las servidumbres rurales (*in solo*). Se encuentran, sin embargo, en el código de Teodosio, en el Digesto, y en el código de Justiniano muchos pasajes que prueban que se había tenido un particular esmero en confirmar los derechos de sacar agua; establecido por un largo uso (4). Algunos fragmentos dicen también que el pretor concedía el interdicto de *itinere actuque privato* para los derechos de pasaje, en que hubiese una larga posesión (5). Ningún texto exige, por otra parte, que la posesión se funde en justa causa; pues basta que no sea ni violenta, ni clandestina, ni precaria (*nec vi, nec clam, nec precario*). Nada hay tampoco que pruebe hallarse fijado el tiempo de la posesión, lo que debía depender de la apreciación de las circunstancias y de la naturaleza de las servidumbres; todos los textos que hemos citado se valen de las expresiones *longa consuetudo, longi temporis, consuetudo, longa quasi-possessio, usus, vetustas*; una ley, relativa al acueducto, habla de un uso *cujus origo memoriam excessit*. — Es una cuestión controvertida la de saber si este tiempo fué ántes de Justiniano, ó por él fija-

(1) *Eam usucapionem sustulit lex Scribonia quæ servitutem constituebat* (D. 41. 3. 4. § 29. f. Paul.) No se conoce otro pasaje relativo á esta ley.

(2) D. 8. 1. 14. § 1. f. Ulp.—41. 1. 43. f. Gayo.—41. 3. 10. § f. Ulp.

(3) Dig. 8. 2. 20. f. Paul.—C. 3. 34. 1. Anton.

(4) Cod. Teod. 15. 2. 6. Arcad. Honor.—D. 8. 5. 10. f. Ulp.—39. 3. 26. f. Scævola.—13. 20. 3. § 4. f. Pomp.—39. 3. 1. § 23. f. Ulp.—Cod. 3. 34. 2. const. Ant.

(5) D. 8. 6. 25. Paul.—43. 19. 5. § 3.

do en diez años contra presentes y veinte contra ausentes; lo mismo que para la prescripción de las cosas inmuebles (1). Si se admite que la prescripción por diez ó veinte años de uso se haya extendido de esta manera y la adquisición de las servidumbres prediales, á ejemplo de la de las cosas inmuebles, ya por Antonino (sobre la fe de la constitucion 2 del código, lib. 3, tít. 34), ya al ménos por Justiniano (si hemos de dar crédito á la constitucion 12 del código, lib. 7, tít. 33), es preciso decir que en este caso deben hallarse reunidas las condiciones necesarias para esta prescripción, y que entónces, además del uso y la buena fe, se necesita que esta buena fe se halle apoyada en una justa causa de adquisición (2).

En fin, la *adjudicacion* es tambien un medio de constituir las servidumbres. Se verifica cuando en la accion relativa á la particion de una herencia (*familiae eriscundæ*), ó de una cosa comun (*communi dividundo*), el juez, adjudicando á cada uno su parte, establece una servidumbre sobre un fundo, ó parte de un fundo, en beneficio de otro (3). La adjudicacion, que transfiere la propiedad, transfiere tambien las fracciones de ésta, y establece la servidumbre como derecho real.

Por último, en tiempo de Justiniano los pactos insertos en la tradicion de uno de los fundos, el *legado*, sin ninguna distincion de forma, el *largo uso* y la *adjudicacion*, establecian las servidumbres como derechos reales. Y véase cómo las servidumbres, tanto negativas cuanto positivas, podian existir inmediatamente ántes de todo ejercicio y sin ninguna cuasi-tradicion. En cuanto á los pactos y estipulaciones, y en general los contratos, es el único punto acerca del cual puede originarse alguna duda. Se dice, segun una opinion, que el simple pacto, áun independientemente de toda forma, de toda estipulacion y de toda cuasi-tradicion, establecia inmediatamente un derecho real de servidumbre, de la misma manera que establecia un derecho real de hipoteca. Adoptamos la opinion contraria, y creemos, áun bajo la legislacion de Justiniano, que siendo las servidumbres, tanto personales cuanto pre-

(1) La afirmativa se funda en una constitucion atribuida á Antonino (Cod. Just. 3. 34. 2.), y en otra de Justiniano (Cod. 7. 33. 12, *in fin.*). La primera, sobre todo, puede tener alguna autoridad.

(2) «*Ut bono initio possessionem tenentis*», dice la constitucion 12 de Justiniano.— Véase en adelante, tít. vi, § 10.

(3) D. 10. 2. 22. § 3.—10. 3. 7. § 1 f. Ulp.

diales, fracciones ó desmembraciones de la propiedad, deben someterse en su adquisicion á las mismas reglas que la misma propiedad. El contrato da origen á una obligacion; pero para que exista el derecho real de servidumbre es necesaria la cuasi-tradicion; hasta que ésta no se haya verificado, se debe la servidumbre, pero no existe (1).

(1) Las servidumbres personales ó prediales ¿se adquieren como la propiedad de que eran fracciones ó desmembraciones? ¿Bastaba la convencion de las partes para establecerla? La controversia acerca de esta cuestion ha sido muy animada, sobre todo en Alemania. El antiguo derecho comunica gran luz á la discusion; es preciso examinarlo: de este exámen resulta la consecuencia: 1.º, que bajo los principios del antiguo derecho no es posible ninguna duda fundada; la convencion no puede establecer un derecho real de servidumbre; 2.º, que la cuestion deberia, pues, fijarse unicamente despues de la desaparicion del verdadero derecho civil, principalmente bajo la legislacion de Justiniano.

Comencemos primero del antiguo derecho civil; y distingamos con cuidado el suelo itálico admitido á la participacion de este derecho, y el suelo provincial excluido de ella.

El suelo itálico era capaz de un verdadero dominio (*Dominium ex jure Quiritium*), y por consiguiente, de verdaderas servidumbres, ya personales ya prediales, pues las servidumbres no son más que fracciones ó desmembraciones del dominio.

Esto supuesto, encontramos en uno de los fragmentos del Vaticano, relativo al usufructo, una regla general que domina toda la materia, cual es que el usufructo, y por consiguiente las servidumbres en general, no pueden establecerse, áun respecto de las cosas que no son *mancipii*, de otro modo que por un medio de derecho civil: *In re nec mancipii per traditionem deducti usufructus non potest: nec in homine si peregrino tradatur. Civili enim actione constitui potest, non traditione que juris gentium* (*Vaticana Juris Rom. Fragmenta*, § 47; *Thémis*, t. 5, p. 14; y *BLONDEAU, Jus antejustinianum*, p. 337). Así respecto de las cosas *nec mancipii*, podia transferirse el dominio romano por un medio del derecho de gentes, la tradicion; pero respecto de las fracciones de este dominio, de las servidumbres tanto prediales cuanto personales, queda la legislacion civil más rigurosa: será preciso un modo civil de adquisicion. La tradicion, y con mayor motivo la cuasi-tradicion, serán impotentes. Ni el simple pacto, ni la convencion, ni áun los contratos bastaban para establecerlas como derechos reales.

Pero examinemos los medios civiles de adquirir el dominio; eran: la mancipacion, la cesion *in jure*, la usucapion, la adjudicacion y la ley.

La mancipacion se aplicaba á las servidumbres rurales, que eran *res mancipii*. (*Gay. 2. §§ 17 y 20*). Pues á ménos de trastornar todas las ideas sobre la materia no se adquirian por la sola convencion.

La cesion *in jure* reemplazaba á la mancipacion en las servidumbres urbanas y en el usufructo, que no podian manciparse. La lectura de los juriconsultos demuestra á cada momento que era el medio empleado para enajenar voluntariamente entre vivos aquellas desmembraciones de la propiedad. (*Gay. 2. §§ 29 y 30*). Véase un pasaje decisivo de los fragmentos del Vaticano: «*Tametsi usufructus fundi mancipii non sit, tamen sine tutoris auctoritate alienari eum mulier non potest, cum aliter quam in jure cedendo it facere non possit.... idemque est in servitutibus prædiorum urbanorum.*» (*Vaticana jur. rom. Fragmenta*, § 45.) Pues no se adquirian por la sola convencion.

La usucapion civil, al ménos desde la ley *Scribonia*, no tenia lugar en esta materia (*D. 41. 3. 4. § 29. f. Paul.*)

La adjudicacion se aplicaba á las servidumbres tanto prediales cuanto personales (*Vatican. Fragmenta*, § 47.)

En fin, les era igualmente aplicable la ley. Y volvemos á hallar aquí las diferencias entre los legados que transfieren un derecho real (*per vindicationem*) y los que sólo obligan al heredero (*per damnationem*). «*Usufructus*, dice Paulo (*Sen. 3. 6. § 17*), *legari potest, et aut ipso jure constituitur, aut per heredem præstabitur. Ex causa quidem damnationis, per heredem præstabitur; ipso autem jure per vindicationem.*» Véase en materia de legados la diferencia que existe entre la servidumbre debida y la servidumbre adquirida, bien establecida.

Los medios de adquirir eran, pues, por regla general, los mismos para el dominio que para las

Obsérvese, sin embargo, que esta opinion extendida á las servidumbres negativas, que consisten en no hacer, ocasionaba que su establecimiento fuese imposible por efecto de convenciones, pues respecto de ellas no puede absolutamente haber ninguna cuasi-posesion, ni cuasi-tradicion. La dificultad no existia bajo el antiguo derecho civil, porque la cesion *in jure* ofrecia el medio de estable-

servidumbres, aunque con mayor rigor, pues la tradicion, medio del derecho de gentes, bastaba para dar el dominio de las cosas *nec mancipii*, y nunca para las servidumbres.

En cuanto á estas últimas, habia ademas esta circunstancia: que se podia en la cesion *in jure*, ó en la mancipacion de un objeto, reservar sobre éste, ya el usufructo, ya una servidumbre, *usufructum deducere, detrahere, servitutem excipere*; y por esta reserva se hallaban constituidos el usufructo ó la servidumbre (Vat. Frag. § 47.—Gay 2 § 33.)

Pero si la reserva sólo se hubiese puesto en el acto de la venta y no en la cesion *in jure* ó en la mancipacion, no habria sido adquirida la servidumbre. Sólo habria habido la accion *venditi*, ó la *condictio incerti* para hacérsela dar (D. 8. 2. 35. f. Marcian.).

Y aun puesta la reserva en la simple tradicion de las cosas *nec mancipii*, no habria bastado para establecer la servidumbre, aunque esa tradicion hubiese transferido el dominio de la cosa. A este caso se refiere el fragmento del Vaticano, que hemos inserto más arriba. Éste, segun ya deciamos en nuestra edicion de 1828, es muy notable.

Segun esto, se ve que no sólo no bastaba la convencion para restablecer la servidumbre; sino que ni aun la misma cuasi-tradicion habria producido este resultado; era absolutamente preciso un modo civil de adquisicion. Así esta diferencia, que tanto embaraza á los comentadores, entre las servidumbres positivas que son susceptibles de cuasi-tradicion, y las servidumbres negativas que no lo son, no tenia aqui ninguna influencia, porque los medios civiles de adquirir la mancipacion, la cesion *in jure*, la adjudicacion, el legado y la reserva en la mancipacion, no exigen para producir su efecto ninguna tradicion ni cuasi-tradicion de la servidumbre.

Tales eran las reglas en Italia y respecto de los objetos que participaban del derecho itálico.

En cuanto al suelo provincial, colocado fuera del derecho civil, y no siendo susceptible de dominio, tampoco lo era de sus diversas desmembraciones. Así, segun el derecho estricto, no podian ya existir verdaderas servidumbres sobre fundos provinciales, porque no existia verdadera propiedad. Pero como el principio, por decirlo así, abstracto, de que la propiedad del suelo provincial corresponde al pueblo ó á César, tiene por principal objeto la obligacion de los tributos; que, por lo demas, en realidad, sin ser propiedad, las posesiones provinciales eran protegidas de un modo casi equivalente por las instituciones pretorianas, del mismo modo las servidumbres, sin existir en aquél en todo rigor, *jure civili*, fueron introducidas y protegidas *jure pretorio*, ya por medio de interdictos útiles posesorios (*interdicta veluti possessoria*) (Dig. 8. 1. 20. fr. Javol.—*Interdictum utile*. Vatican. Frag. §§ 90 y 91), ya por medio de la accion publiciana (Dig. 6. 2. 11. § 1. f. Ulp.).

Esto supuesto, la adjudicacion y legado, admitidos en las provincias, obraron en éstas respecto de las servidumbres como obran respecto de la propiedad.

Pero ¿cómo se la constituirá voluntariamente entre vivos, pues los fundos no son allí susceptibles, ni de mancipacion, ni de cesion *in jure*, y cuando las servidumbres, segun el derecho riguroso, no pueden recibir cuasi-tradicion, ni ser deducidas en una tradicion? Es preciso, dice á este propósito Gayo, recurrir á pactos y estipulaciones (Gay. 2. § 31), y en efecto, aqui no hay otro medio de conseguir el objeto.

¿Cuál era el efecto de estos pactos y estipulaciones usados en las provincias? ¿Establecerian por sí mismos las servidumbres, ó bien se recurría para suplir el rigor del derecho, que no suministraba ningun medio de constituir las voluntariamente entre vivos, casi como se recurre á las estipulaciones en el caso de los legatarios y fideicomisarios, que se encargan de una parte de las deudas hereditarias (Gay. 2. 254), y como lo indica Africano, especialmente para el caso en que sin duda ninguna es imposible que exista una verdadera servidumbre (D. 8. 3. 33. § 1. f. Afric.), sin alterar por esto la naturaleza de las estipulaciones y servidumbres, sin deducir un derecho real de un contrato? Tal es la cuestion.

Obsérvese que sólo en el punto adonde hemos llegado puede principiar á descubrirse alguna duda; es decir, fuera del derecho civil, sólo en el suelo provincial, y respecto de las servidumbres

cerlas como derechos reales. Pero en tiempo de Justiniano, cuando fué suprimida esta cesion, existia la imposibilidad. Esto es lo que ha decidido á muchos comentadores, aun de los que juzgan la cuasi-tradicion indispensable para las demas servidumbres, á admitir que no es necesaria para las servidumbres negativas, y que la simple convencion basta para establecer éstas, como derecho real.—Esta

que sólo deben su existencia á la proteccion pretoriana. Aun en esta situacion mi opinion es que el pacto y la estipulacion no establecen la servidumbre, porque, ¿cómo la ha de proteger el pretor? Por interdictos útiles posesorios, por la accion publiciana, es decir, por instituciones que suponen todas que hay posesion ó cuasi-posesion. Así la servidumbre no se establecerá por el pacto, que es una convencion no obligatoria, y que se aplica aqui á una cosa que en derecho estricto no puede existir; pero que aquel con quien se haya convenido su establecimiento se obligará por estipulacion, por cláusula penal, ó aun por satisfaccion, á no poner obstáculo á su ejercicio. Tal es el ejemplo de Teófilo (Inst. Par. hoc §); tal es el de Pomponio: «*Si iter, actum, viam, aqueductum per tuum fundum emerit, vacue possessionis traditio nulla est. Inque cavere debes, per te non fieri quominus utatur*» (19. 1. 3. § 2.) Esto es lo que dice tambien Javoleno, pero este jurisconsulto añade: «*Ego puto usum ejus juris pro traditione accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*» (Dig. 8. 1. 20.) Lo que nos da con claridad á conocer la última interpretacion benévola de la jurisprudencia y del derecho pretoriano. Segun el derecho estricto, las servidumbres en suelo provincial no podian establecerse voluntariamente entre vivos, pues la mancipacion y la *in jure cessio* no eran allí admitidas: se constituian por pactos y estipulaciones sólo en el sentido de que el que las prometia se obligaba á no poner obstáculo á su ejercicio. Pero por una interpretacion menos rigurosa se admitia la cuasi-tradicion, como dando el derecho real, al ménos en cuanto podia existir en provincia, es decir, por medio de interdictos útiles y de la publiciana. Á esto es preciso referir una constitucion de Alejandro concebida en los términos siguientes: «*Et in provinciali prelio constituta... servitutes possint, si ea prasserint que servitutes constituunt*»; es decir, la cuasi-tradicion; *tueri enim placita inter contrahentes debent*» (Cod. 3. 34. 3.); constitucion acerca de la cual se han buscado, y Cujacio ha dado explicaciones tan poco naturales. En cuanto á las servidumbres negativas, no siendo susceptibles de cuasi-tradicion, permanece en el rigor del derecho. Podian, sin embargo, existir como derechos reales por consecuencia de la adjudicacion y del legado.

No está distante de creer, ademas, que estas disposiciones del derecho pretoriano, que por medio de los interdictos *veluti possessoria* y de la publiciana protegian las servidumbres del suelo provincial, habian sido igualmente aplicadas al suelo itálico respecto de las servidumbres constituidas en aquel suelo, por la simple cuasi-tradicion, ó por la retencion en una tradicion; existiendo entonces la servidumbre no por derecho civil, sino por la proteccion pretoriana, como en los fundos estipendiarios (*officio pratoris; tuitioe pratoris*, dicen los textos. Véase Dig. 8. 3. 1. § 2. f. Ulp.—Vatican. frag. § 61.)

En tiempo de Justiniano la *usucapio*, la *adjudicacion* y el *legado* quedaron más ó ménos modificados como medios de adquirir: la *mancipatio* y la *in jure cessio* desaparecieron completamente. Lo que era en otro tiempo el derecho de las provincias, llegó á ser en cierto modo y bajo muchas relaciones el derecho general. Se sigue de aqui que la duda y las decisiones relativas al establecimiento de las servidumbres en las provincias se reproducen en la legislacion de Justiniano. Así los pactos y las estipulaciones son los únicos medios de establecerlas voluntariamente entre vivos. La cuasi-tradicion, para las que de ellas son susceptibles, da el derecho real. Ademas, habiendo en todas partes reemplazado la mancipacion á la tradicion, pueden las servidumbres ser deducidas de éstas, como en otro tiempo lo eran de la mancipacion.

Yo no encuentro autoridad bastante segura para esta discusion en los innumerables textos del Digesto y del Código, porque necesariamente han debido ser mutilados por consecuencia de los cambios introducidos en los modos de adquisicion. Sin embargo, véanse los principales en pro de la opinion que yo adopto: Dig. 44. 7. 3. f. Paul.—11. 1. 3. § 2. f. Pomp. y 8. 1. 20. f. Javol.—8. 6. 18. y 19. f. Marcian.—Y sobre todo D. 7. 1. 27. § 4. f. Ulp.—8. 1. 11. f. Modest.—15. 1. 136. § 1. f. Paul. donde se ve que una servidumbre estipulada no existe todavia como derecho real.—Reconozco que

decision, aunque parezca dictada por la fuerza de las cosas, no la creemos conforme á los principios de derecho romano.

Las servidumbres se extinguen :

1.º Por la pérdida ó destruccion de uno de los fundos, dominante ó sirviente; como, por ejemplo, si el edificio se arruina ó el terreno es inundado. Si el edificio se construye de nuevo, una interpetracion equitativa renueva las servidumbres (1).

2.º Por la confusion, si la misma persona se hace enteramente propietaria de los dos fundos (2).

3.º Por la aquiescencia, cuando el dueño del fundo dominante permite al del fundo sirviente hacer algo que impida el ejercicio de la servidumbre (3).

4.º Por el no uso, que al cabo de dos años era, segun el derecho civil, un modo de extincion para todas las servidumbres rurales ó urbanas. Sin embargo, aquí se presentaba de nuevo la importancia de la distincion establecida entre estas servidumbres. Respecto de las primeras, es decir, las servidumbres rurales, habia extincion por el no uso cuando habia transcurrido el tiempo fijado sin que el propietario ni el arrendatario ni nadie hubiese usado de la servidumbre en utilidad del fundo (4). Respecto de las segundas, esto es, las servidumbres urbanas, era ademas preciso que el propietario del fundo sirviente hubiese adquirido su libertad (*libertatem usucapere*); es decir, que hubiese hecho algun acto contrario á la servidumbre; por ejemplo, que hubiese construido más alto, tapado las luces, desviado las canales, quitado las vigas, cerrado

no se puede con seguridad argumentar acerca de las leyes, Dig. 8. 2. 35. f. Marc.—6. 2. 11. § 1. f. Ulp., relativas á la publiciana.

Por la opinion contraria : Dig. 43. 14. 3. §§ 13 y 14. f. Ulp., ley que no concluye nada, pues hay muchos casos en que las servidumbres existen de derecho sin ninguna casi-tradicion.—D. 7. 2. 25. § 7. f. Ulp.; Cod. 3. 33. 4, donde se trata siempre de la misma expresion *pactionibus constituntur servitutes*.—En fin, la ley Cód. 3. 34. 14, en la que se hablaba probablemente de un pacto inserto como ley, de la mancipacion de una servidumbre rural.—Por lo demas, si se adopta esta ultima opinion, que tiene á su favor buenas razones y autoridades respetables, es preciso no restringirla; es preciso decir que el simple pacto, sin ninguna estipulacion, puede establecer un derecho de servidumbre, como establecia un derecho de hipoteca.

(1) D. 8. 3. 13. princ.—8. 6. 14. f. Javol.—8. 2. 20. § f. Paul.

(2) D. 8. 6. 1. f. Gayo.—8. 2. 30. f. Paul.

(3) D. 8. 1. 14. § 1. f. Ulp.—8. 4. 17. f. Papin.—8. 6. 8. f. Paul.—La cesion *in jure* hecha al propietario del fundo sirviente debía, en la época en que todavía existía, servir para extinguir las servidumbres, sin que fuese preciso hacer nada contrario á su ejercicio. Por lo que toca al pacto, á la sola convencion por cuyo medio se entregaba la servidumbre, creo que sólo producía una excepcion. Pero desde aquel momento el propietario del fundo sirviente podia oponerse á la servidumbre, y si el del fundo dominante lo habia vindicado, éste habria hecho desochar su accion por la excepcion de pacto.

(4) D. 8. 6. Leyes 5. 6. 20 hasta 25.

la abertura en que éstas se apoyaban, etc. (1). Esta diferencia consiste siempre en que las servidumbres urbanas son continuas, y las servidumbres rurales, en su mayor parte, discontinuas.—Si se habia hecho algo que no permitia la servidumbre, por ejemplo, si se habia tomado agua de dia ó á ciertas horas, debiendo tomarse de noche ó á determinadas horas, ó bien si se habia tomado otra agua, se perdía enteramente la servidumbre al cabo de dos años de este uso irregular, sin haber adquirido nada en compensacion; porque realmente no se habia usado de su servidumbre, y aquella de que se habia usado sin tener ningun derecho, no habia sido adquirida, pues la usucapion de los años no se aplicaba á las servidumbres (2).—Si el no uso procedia de una fuerza mayor, la servidumbre, rigurosamente hablando, no por esto se extinguía ménos, pero podia uno hacerse restituir por medio del pretor (3). Tal era tambien el derecho expuesto en las Pandectas de Justiniano; no obstante, diferentes constituciones de este Emperador, publicadas algunos años ántes (en 530 y en 531 :—el Digesto y las Institutas son del año 533), habian ya introducido notables modificaciones en la pérdida de las servidumbres por el no uso. Así, pues, en primer lugar, lo que es incontestable y está reconocido por todos, es que Justiniano substituyó en esta materia, al trascurso de tiempo de la usucapion civil, el de la prescripcion pretoriana; de manera que las servidumbres prediales, en lugar de ser perdidas por dos años de no uso, no pudieron ya perderse sino por diez años contra presentes, y veinte contra ausentes (4). Pero un segundo punto no ménos importante y acerca del cual algunos intérpretes, especialmente los más modernos, están discordes, es que Justiniano habia establecido al mismo tiempo que las servidumbres no se extinguirían ya realmente por el no uso (*non utendo*), es decir, por el solo hecho de haber dejado de usar, sino que sería preciso ademas en todas las servidumbres, ya rurales, ya urbanas, que el propietario hubiese adquirido la libertad de ellas, haciendo algun acto contrario á su existencia. Dedúcese esta consecuencia de una constitucion relativa al usufructo, en la que dice Justiniano que

(1) D. 8. 2. 6. f. Gay.

(2) D. 8. 6. 10. § 1. f. Paul.; 17. f. Pomp.; 18. f. Paul.—39. 3. 17. pr. f. Paul. La aplicacion de esta regla á los diferentes casos no carecia de dificultades.—7. 4. 20. f. Paul.—8. 5. 9. § 1. f. Paul.

(3) D. 8. 2. 35. f. Paul.

(4) Cod. 3. 34. const. Justinian.