

# LA IDEA DE LA PROPIEDAD Y LAS LIMITACIONES LEGALES A SU EJERCICIO EN EL DERECHO ROMANO

GORKI GONZALES MANTILLA

**P**rivilegiando el estudio de las fuentes justinianas del Derecho Romano, como el Digesto, el Codex y las Instituciones, el autor se propone establecer el rol que cumplían las limitaciones legales en el contenido y ejercicio de la propiedad. Al final, la imagen de irrestricta con que suele presentarse el ejercicio de esta institución en el Derecho Romano, encuentra en el presente trabajo los elementos de juicio necesarios para cuestionarla.

## I. LA PROPIEDAD ANTIGUA

### 1. La Propiedad en los orígenes de Roma

El ejercicio de la propiedad entre los romanos proviene de tiempos remotos y desde sus atisbos constituye el eje que va a definir la vida política y económica en Roma.<sup>(1)</sup>

La propiedad se encuentra indisolublemente ligada a la familia y a la religión doméstica. Así, es el paterfamilias quien ejerce un poder real y efectivo sobre las cosas y el fundo que deben destinarse al uso de la familia, y el carácter religioso es su principal connotación<sup>2</sup>. De este modo, su sola idea implicaba la tenencia del hogar familiar y los antepasados, a los que se rendía culto para obtener protección.

Los límites o «términos» de cada fundo se entienden como sagrados y por lo tanto, inviolables e imprescriptibles por pertenecer a la religión. Lo mismo ocurre con el iter limitare o brecha divisoria entre dos propiedades<sup>3</sup>. Por ello, la garantía del derecho de propiedad se justifica en primer lugar por la religión.

Estamos, pues, ante un derecho que en su forma antigua se presenta en forma absoluta y exclusiva ya que se ejerce en su amplitud y sin más limitación que la propiedad ajena, un derecho que, además, rechaza cualquier limitación e influencia extraña<sup>4</sup>. Más aún, se asume como perpetuo ya que no es imaginable el traslado del hogar pues allí se encuentran sepultados los antepasados de la familia: «los dioses familiares»<sup>5</sup>. Todo esto prefiguraba a la propiedad como inalienable.

La Ley de las XII Tablas<sup>6</sup> expresa aún esa concepción aunque en algunos casos la atenúa, por ejemplo, cuando deja el carácter de inalienable el sepulcro pero libera de él al campo que lo comprende.

### 2. LAS FORMAS DE PROPIEDAD A TRAVÉS DE SU EVOLUCIÓN

Tal como lo advierte Gayo en sus Instituciones (II. 40)<sup>7</sup>, los romanos organizaron la propiedad siguiendo principios muy rigurosos del Derecho

Civil Quiritario<sup>8</sup>. La adquisición y transmisión de la propiedad estaba cuidadosamente regulada. Así en Gayo, II, 41 se expresa:

«En efecto, si yo no te he mancipado ni cedido ante magistrado una cosa mancipable, pero te la he entregado simplemente, esta cosa contará entre tus bienes, pero permanecerá mía de derecho quirritario, hasta que tú la usucapes por la posesión; solamente una vez cumplida la usucapión, la cosa empezará a ser tuya de pleno derecho, es decir, a encontrarse a la vez en tus bienes y a pertenecerte de derecho quirritario, como si ella te hubiera sido mancipada o cedida ante magistrado»

Mancipi y Nec Mancipi era la más antigua división de las cosas en Roma<sup>9</sup>. Así hasta el Derecho Clásico<sup>10</sup> una cosa era mancipable cuando estaba ubicada en la categoría de cosas Mancipi.

En Gayo II, 21 se establece que los fundos itálicos eran cosas mancipi y que los ciudadanos tenían sobre ellos la propiedad reconocida por el Derecho Civil; por lo tanto, para transferir la propiedad de esta cosa había que hacerlo mediante la Mancipatio.

La Mancipatio era la formalidad especial requerida por el Derecho Civil para la adquisición de la propiedad tal como resulta de Gayo I, 119. No obstante, como veremos más adelante, esta misma rigurosidad será posteriormente atenuada, llegando en algunos casos a desaparecer. Ahora bien, las formas de propiedad conocidas son:

a) La Propiedad Quiritaria: que proviene de la antigüedad y subsiste durante el llamado Derecho Clásico, es decir, hasta el siglo III d.C. aproximadamente. Corresponde a quienes además de ser romanos, poseen bienes en suelo itálico y han adquirido conforme a las normas del Derecho Civil. Así se desprende de Gayo I, 119 y II, 21.

En relación con la necesaria ubicación de los

Gorki Gonzales Mantilla  
• Abogado  
• Catedrático de Derecho Civil y de Investigación Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú

bienes, Gayo afirma:

«Naturalmente este procedimiento no es posible sino respecto a inmuebles italianos, porque estos inmuebles admiten la mancipación o la cesión ante magistrados» GAYO. II, 31.

Lo cual resulta terminante pero además coherente con los preceptos del Derecho Quiritario.

- b) La Propiedad Bonitaria o In Bonis Habere<sup>(11)</sup>: Cuando no obstante haber omitido las normas para transmitir la propiedad, ésta se produce de tal forma que la cosa se encuentra en los bienes del adquirente; éste se hace poseedor hasta que por el transcurso del tiempo se convierte en propietario. Sobre el carácter de esta modalidad hay que remitirse a D.41.2.3.22 de donde se desprende que el titular de ésta tiene el corpus y se cree propietario de la cosa pues la tiene en sus bienes, pudiendo adquirirla por el transcurso del tiempo; además, en virtud de su buena fe goza de protección interdictal<sup>(12)</sup> en el ejercicio de su derecho. En cuanto a su origen, tal como refiere Gayo, en un principio sólo se era propietario quiritario, pero acontecía que por defectos en la transmisión de la propiedad, el Derecho Civil no reconocía como nuevo propietario al adquirente, pero éste tenía un justo título de adquisición. Veamos con exactitud lo que nos refiere Gayo:

«...se está considerando ser propietario o no serlo. Este derecho estaba, en otro tiempo, también en vigor en el pueblo romano; o bien, en efecto se era propietario de derecho quiritario o no se estaba considerado como propietario. Más tarde la noción de propiedad se escindió: una misma cosa podía pertenecer a uno de derecho quiritario y encontrarse en el número de los bienes de otro» GAYO. II. 40.

En consecuencia, a pesar de las rigurosas formalidades exigidas para poder ser reconocido como propietario, la circulación de la propiedad se produce, evidenciando una característica fundamental en torno a la propiedad romana: el uso.

- b.1 Propiedad Quiritaria y Bonitaria: su fusión. Esta duplicidad que si bien podía expresar una necesidad de orden real, sin embargo, a efecto de su cabal comprensión y operati-

dad, resultaba muy oscura. Por tal razón, ya tardíamente, la Codificación Justiniana la suprime, sosteniendo que esta duplicidad había dejado de tener sentido alguno. Esto se define con claridad en C.7.25.1:

«Repitiendo por esta decisión el ludibrio de una antigua sutileza, no consentimos que haya diferencia alguna entre los dueños, entre quienes una cosa se halla ó nuda 'Por derecho de quirites', o solamente en sus bienes, por que no queremos que exista semejante distinción, ni la frase 'por derecho de quirites', que en nada se diferencia de un enigma, ni nunca se ve ni aparece en las cosas, sino que es frase vacía y superflua, y perturbada por ella la inteligencia de los jóvenes, que asisten a las primera lecciones de ley, aprenden en sus primeros comienzos inútiles disposiciones de la ley antigua. Mas sea cada cual plenísimo y legítimo dueño, ya del esclavo, ya de los demás bienes que a él le pertenezcan».

- c) Propiedad Provincial: Se trata de fundos situados en provincia que permanecen bajo el dominio del Estado. Era cedida a los particulares quienes tenían la posesión y el usufructo pero, a su vez, debían pagar un estipendio o tributo. Son estipendarios los fundos que se encuentran en provincias consideradas propias del pueblo romano y tributarios, los situados en las que eran reputadas propias del emperador. El estipendio alimentaba el tesoro del pueblo llamado *aerarium* y el tributo, llamado *fiscus*, estaba dirigido al del emperador.<sup>(13)</sup>

Sobre el punto, Gayo establece:

«Además los inmuebles provinciales -aquí alude a la propiedad bonitaria- están en la misma situación jurídica: nosotros llamamos a unos estipendarios, a otros tributarios. Son estipendarios los inmuebles situados en provincias que se consideran como propiedad del pueblo romano, tributarios los que están situados en las provincias que se reconocen ser propiedad del emperador» GAYO.II,21.

Con la Constitución de Caracalla en 212 d.C. que extiende a todos los súbditos del Imperio la condición de ciudadanía romana<sup>(14)</sup>, ya se hace obsoleta la distinción de este tipo de propiedad. Esto se ratifica con las disposiciones de Diocleciano en el 292 d.C. que someten a tributación las tierras ubicadas en la península itálica<sup>15</sup>, con lo cual además de terminar con un privilegio de antigua data, se allanan

las diferencias que en materia de propiedad existían sobre Roma y las provincias.

- d) Propiedad de los Peregrinos: Los extranjeros no podían ser titulares de dominio o propiedad, pero el pretor y los gobernantes de las provincias protegen la situación de éstos mediante acciones ficticias en las que se supone su condición de ciudadanos, así se desprende de Gayo IV,37.

Sin embargo, como ya se anotó, con la Constitución de Caracalla desaparece la condición jurídica de los peregrinos, en el sentido clásico del término, por cuya razón y bajo ese mismo aspecto, se unifica la propiedad.

### 3. Sobre su Denominación

La información histórica coincide en que la denominación antigua de la propiedad entre los romanos era *Mancipium*, que era un poder general que se adquiría con el acto mancipatorio sobre las cosas y las personas que integraban la familia.<sup>(16)</sup>

El término *dominium* aparece en la legislación justiniana como poder o facultad de propietario sobre la cosa.<sup>(17)</sup>

La palabra «propiedad» como denominación más depurada del poder o dominio sobre la cosa, se empezó a usar en la época imperial<sup>(18)</sup>, y fue utilizada en oposición al usufructo o para distinguirla de él.

En la legislación justiniana la identificación entre dominio y propiedad es clara.

En las Instituciones de Justiniano I.2.4.1 se prescribe:

«El usufructo está separado de la propiedad...»

En consecuencia también para distinguirla de la posesión tal como sentencia Ulpiano en D.41.2.12.1:

«La propiedad no tiene nada de común con la posesión».

Así, ya en la legislación justiniana, «propiedad» y «dominio» son términos que indistintamente aluden a un mismo derecho. Para tener una idea más aproximada sobre el particular veamos la siguiente sentencia:

«Las cosas llegan a ser propiedad de los particulares de muchas maneras. En efecto, se adquiere el dominio, o por el derecho natural... o por el derecho civil» I.2.1.11.

Más allá de las formas de adquirir a que se refiere el párrafo citado, la identificación que se hace entre dominio y propiedad es clara.

## II. LA PROPIEDAD EN LA LEGISLACIÓN JUSTINIANA

### 1. Noción

Es conocido que los romanos no generalizaron ni teorizaron en materia alguna del derecho, de ahí que tampoco fueran partidarios de las definiciones<sup>(19)</sup>. El caso de la propiedad se enmarca en este sentido.

El Derecho romano no define la propiedad. La noción de ésta resulta más bien del análisis acerca de los beneficios que ella otorga a su titular, pues incluso originalmente, no se distinguen las cosas del derecho ejercido sobre ellas en virtud de la propiedad.

Hemos advertido sobre la identificación que en el derecho justiniano se realiza entre Dominio y Propiedad. El Dominio equivale al «poder» o señorío más general sobre la cosa<sup>(20)</sup>, porque de acuerdo con Ulpiano en D.50.16.143:

«Se considera que uno tiene en su poder aquello respecto de lo que tiene acción; porque se tiene lo que se puede pedir».

Además de lo dicho, se puede desprender quizás lo que modernamente se conoce como uno de los atributos de la propiedad, es decir, la posibilidad de reivindicarla.

Se complementa la idea con D.43.8.2.38:

«Mas decimos que lo tiene el que lo usa y lo disfruta».

Por lo tanto, en virtud de la tenencia del dominio, se desprenden en la práctica los beneficios hacia su titular, esto es, las facultades de usar, disfrutar o en última instancia de disponer de la cosa tal como resulta de D.50.17.11:

«Lo que es nuestro no puede ser transferido a otro sin hecho nuestro».

Lo que bien quiere decir, que el hecho de la disposición estriba en la sola decisión del propietario.

Se trata, en suma, de un derecho que se define a

partir de los beneficios que resultan de la relación física entre el propietario y la cosa.

## 2. Sus caracteres en el Digesto y en las Instituciones de Justiniano

Son la expresión de los beneficios del propietario y establecen una aproximación al sentido de la propiedad.

- a) Es exclusiva: pues sólo el propietario puede beneficiarse de las ventajas que le confiere su derecho. Corresponde típicamente a la propiedad antigua. Si bien en D.50.17.11 se establece que «lo que es nuestro no puede ser transferido a otro sin hecho nuestro», lo cual explica la exclusividad de la propiedad en su ejercicio y disposición; y en D.41.10.1 se advierte que «Hay la posesión como de cosa propia cuando juzgamos que se adquiere para nosotros el dominio», lo que bien quiere decir que los beneficios que resultan del dominio son sólo para el que lo adquiere. Sin embargo, por otra parte, se suaviza este carácter cuando, por ejemplo, se permite el paso forzoso al sepulcro en fundo ajeno, tal como resulta de D.11.7.12, limitación a la exclusividad que tiene su antecedente en las XII Tablas.
- b) Es absoluta: De lo anterior se desprende que siendo el propietario el único con derecho sobre la cosa, nadie podrá restringirle en su ejercicio sobre todo su dominio. Así se ratifica en D.50.16.25:

«Con razón decimos que es nuestro todo el fundo, aunque sea de otro el usufructo, porque el usufructo no es parte del dominio, sino de la servidumbre (...) y no se dice con falsedad que es mío todo aquello de lo que se puede decir que parte alguna es de otro».

En consecuencia, de lo dicho puede asumirse que se reafirma la vinculación física en la noción de dominio, a su vez que el dominio, como tal, comprende toda su extensión, absolutamente y, además, se ratifica la exclusividad del propietario.

Precisamente a raíz de este carácter se perfila el principio de la accesión, es decir, que la propiedad absorbe todo lo que se incorpore a ella. Esto se desprende de D.41.1.26 y de I.2.1.29:

«El que edifica en su terreno con materiales de

otro se hace propietario del edificio, porque todo edificio sigue al suelo como accesión».

Tratando de sintetizar el sentido con el que la exclusividad y el carácter absoluto pueden expresar la idea de propiedad, decimos con Celso en D.50.16.86:

«¿Qué otra cosa son los derechos de los predios más que los predios tales como se hallan con su bondad, salubridad y amplitud?»

Lo cual supone una conexión entre el ejercicio de la propiedad y los beneficios considerados como inherentes a su sentido y existencia.

- c) Es perpetua: la propiedad no se pierde a menos por la voluntad del propietario, tal como hemos visto en D.50.17.11<sup>(21)</sup>, o por la destrucción o desaparición de la cosa, de tal forma que deja de estar entre los bienes del propietario. Al respecto en la Instituciones encontramos una buena referencia:

«Si desprendido por la violencia de un río, un fragmento de tu terreno es arrastrado al campo inmediato, es claro que continúa siendo tuyo. Pero si por largo tiempo permanece adherido al campo vecino, si los árboles que ha arrastrado consigo extienden sus raíces en aquel fundo, entonces aquel fragmento y los árboles los adquiere el fundo inmediato» (I.2.1.21).

Por lo tanto, podríamos sintetizar lo dicho, precisando que la propiedad permanece, a menos que por incorporación a otra propiedad y por transcurso del tiempo deje de estar entre los bienes del primer propietario, o que en aplicación del principio de accesión, el segundo propietario adquiera la propiedad.

Ahora bien, es muy importante el sentido de la voluntad del propietario en lo que concierne a la perpetuidad de la propiedad:

«Otra cosa sucede con aquellos objetos que en una tempestad se arrojan al mar con el propósito de aligerar la nave; siempre se conserva la propiedad sobre ellos; porque seguramente no se los arroja porque no se los quiere, sino porque se quiere con la nave escapar más fácilmente de los peligros...» I.2.1.48.

Por esta razón comete un robo quien se apropiara de cualquiera de estos objetos (I.2.1.48). En consecuencia, sólo pierde la cosa quien la tiene en propiedad, pues «No se considera que

pierdan una cosa los que no la tuvieron como propia» D.50.17.83.

### III. LAS LIMITACIONES LEGALES A LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO

#### 1. Una aproximación a su idea

A los romanos les era desconocido un régimen unitario que sirviera para indicar lo que se conoce como límites legales al dominio.<sup>(22)</sup>

Hemos visto cómo la antigua propiedad romana era contraria a cualquier idea de límite que no venga de la voluntad del dominio. Sin embargo, a medida que la propiedad evoluciona y va dejando el carácter arcaico del dominio, la ley introduce restricciones que se imponen gradualmente por exigencias distintas.<sup>(23)</sup>

Sobre el particular, en D.8.5.17 encontramos una excelente pista que confirma lo dicho:

«Si entre dos casas hubiese una pared que hiciese panza de tal modo, que se inclinase medio pie o más a la casa del vecino, conviene que se reclame, que no hay derecho para que contra la voluntad de uno esté aquella pared así inclinada sobre su pertenencia».

El ejercicio de la propiedad se limita en la propiedad ajena.

Por lo tanto, el ejercicio de la propiedad tiene una primera limitación en la propiedad ajena, que se expresa en una prohibición, esto es, en no infringir el derecho ajeno.

En el Derecho Romano las limitaciones legales de la propiedad, como tales, no presentan una fórmula general definida ni

uniformidad en su estructura.<sup>(24)</sup>

Se denominan legales por las siguientes consideraciones:

- Necesariamente están señaladas en la ley.
- Incluso contra la voluntad del propietario que fuera<sup>(25)</sup> pues no se pactan.
- Se establecen para situaciones particulares como la ley Julia que Gayo recuerda en Gayo.II,63 y que perdura en la legislación justiniana, tal como aparece en las Instituciones:

«Sucede muchas veces que el que es propietario de una cosa, no pueda enajenarla (...) Por esto el marido no puede, según la ley Julia enajenar la cosa inmueble dotal contra la voluntad de su

mujer, aunque este inmueble le pertenece por haberlo recibido en dote» I.2.8.

- También se establecen para el público en general, tal como se desprende de la siguiente norma del Derecho post-clásico:

«Sean indefectiblemente estrechados los balcones..., ya que en lo sucesivo se hubieren de construir en las provincias, si no tuvieran entre sí un espacio de 10 pies de aire libre...» C.8.10.11.

#### 2. Acerca de sus especies

No obstante el carácter disperso de las normas que constituyen limitaciones legales a la propiedad, pueden distinguirse dos especies:

A) En primer término, Ulpiano en D.43.28 prescribe:

«Vedo a que uno se le haga violencia para que no recoja y se lleve cada tercero día la bellota, que de un campo de él cayera sobre el tuyo».

Lo que supone necesariamente que el propietario debe tolerar o admitir el ejercicio de un tercero sobre su propiedad.

B) En otro sentido en D.7.1.30 se añade:

«Si el que tuviera dos casas hubiere legado el usufructo de una, escribe Marcelo, que el heredero puede privarle de luces levantando más alta la otra, porque puede habitarse también en casas oscuras. Lo que ha de moderarse de suerte que las casas no sean privadas totalmente de luz, sino que tengan mediana luz, que baste para los que la habiten».

Del mismo modo que en el anterior caso, en buena cuenta, el propietario deberá abstenerse o limitar el ejercicio de su derecho.

#### 3. Las limitaciones legales por su origen en la legislación justiniana

Es evidente la ausencia de un tratamiento sistemático en esta materia, sin embargo, pueden establecerse algunos criterios muy generales y razones de distinto orden para agruparlas y estudiarlas.

- a) Limitaciones por razones de orden religioso: desde la Ley de las XII Tablas sobreviven disposiciones como la de «Prohibir usucapir el foro (esto es, el vestíbulo del sepulcro) y el lugar de incineración... para proteger el derecho de los sepulcros»<sup>(26)</sup>. Pueden mencio-

narse, además, entre otras, las siguientes limitaciones:

- A la no inhumación de los cadáveres en tanto no hubiera autorización de los pontífices (D.11.7.8).
- Dado que es posible enterrar sin autorización en fundo ajeno (I.2.1.9) por rescripto de Severo y Caracalla<sup>(27)</sup> se permite el acceso al sepulcro situado en fundo ajeno, vía concesión precaria o extraordinaria; posteriormente se reconoce el derecho de paso dejando a salvo la equitativa indemnización.

Así, en D.11.7.12, Ulpiano afirma:

«Si alguno tuviera un sepulcro, pero no tuviera camino para el sepulcro, y por el vecino se le prohibiera pasar, contestó por rescripto el emperador Antonino con su padre, que solía pedirse en precario y concederse el paso para el sepulcro, de suerte que, cuando no se debe, se impetere del que tenga el fundo contiguo... El presidente también debe compeler a que por su justo precio se le conceda a aquél el paso, pero de suerte que el juez atienda también a la oportunidad del lugar, para que el vecino no sufra grande perjuicio».

Aclarando a continuación en D.11.8.1.1 que:

«Al que tiene derecho de enterrar su cadáver no se le prohíbe enterrarlo, mas se considera que se le prohíbe enterrarlo, ya si se le prohibiera enterrarlo en un lugar, ya si se le impidiera el paso».

- Puede añadirse además la disposición de un senado consulto Antonino que prohíbe se profane con permutas, el uso de los sepulcros, entendiéndose por ello, que no se los destinará al uso de impropia negociación (D.11.7.12.1).
- b) Limitaciones por razón de vecindad: En este punto abundan las razones dirigidas a limitar la propiedad. Tenían a bien regular las relaciones de vecindad, sin que por ello se confundieran con las servidumbres, pues entre otras razones no obedecían a una estructura general unívoca como en el caso de las servidumbres. Esto lo veremos con precisión más adelante.
- En primer lugar, debe mencionarse la desaparición ya desde antes del Derecho Clásico del *iter limitare*<sup>(28)</sup> o forzosa brecha divisoria entre dos propiedades. Es obvio que el crecimiento urbano tuvo mucho que ver en esto, pues con Justiniano es posible la existencia

de casas contiguas con paredes contiguas o adosadas, como se desprende de D.8.5.17.

De lo dicho se delata una característica que desacraliza el sentido de los «límites» del antiguo fundo o propiedad predial. Pero además se establece una limitación legal en la prohibición de no perturbar la propiedad ajena, lo cual supone un punto de equilibrio.

- Se prohíbe que el dueño de un fundo impida al del fundo vecino, entrar en el propio para recoger la bellota o fruto caído de su propio árbol (D.43.28.1).
- Existen disposiciones procedentes de la Ley de las Doce Tablas, que como lo legisla Justiniano en D.43.27.1:

«Vedo que se haga violencia para que no le sea lícito a uno quitar y tener para sí el árbol, que de tu casa pende sobre la de aquél, si en ti consistiera que no lo quites».

Con lo cual se faculta al afectado a cortar o talar el árbol y hacer suyo el resultado.

- En la legislación justiniana se prohíbe que las construcciones propias oscurezcan o impidan el acceso de la luz a las casas vecinas. Esto ya lo hemos visto en D.7.1.30.
- En el mismo sentido, se limita en D.8.2.10 y particularmente en D.8.2.11, donde además se protege la forma y el estado de los edificios antiguos, lo cual tiene que ver más con un asunto de orden arquitectónico o urbanístico. Al respecto veamos lo que nos dice Ulpiano en el párrafo citado:

«El que quiera perjudicar a las luces de los vecinos, o hacer otra cualquier contra la comodidad de éstos, ha de saber que debe conservar la forma y el estado de los edificios antiguos».

- Tardíamente, en Bizancio se dicta una norma que dice mucho del gran crecimiento urbanístico que debió enfrentar el Imperio romano, y que surge igualmente como una limitación a la propiedad en razón de la vecindad. Se dice que C.3.34.14.1:

«Siendo evidéntísimo en derecho, que los frutos secos muestran su naturaleza y su utilidad con la trilla, que en la era se hace, uno prohibía a su vecino levantar cerca de su era un edificio de manera que el viento quedase interceptado, y con dicho obstáculo no pudiera la paja separarse del

grano, como si por tal edificación se hubiere impedido al viento llevar su fuerza a toda la era... Y así mandamos que a nadie le sea lícito edificar de esta manera, o hacer de modo que quite el viento útil y suficiente para dicho trabajo, y le inutilice al dueño la era y los frutos».

Por lo tanto, se prohíbe construir de tal modo que se impide el acceso al fundo vecino del aire necesario para las labores agrícolas.

- Por último, cabe mencionar la prohibición de variar el curso natural de las aguas de lluvia en desmedro del aprovechamiento del vecino. Es una limitación proveniente del Derecho Clásico y sancionada con la *Actio aquae pluvial arcendae*; esto se desprende de D.39.3.1 y su contenido trasciende del interés puramente vecinal, pues tiene que ver en general con la correcta utilización de las aguas en los límites de la propia utilidad como principio.

Los magistrados pudieron disponer la expropiación forzosa basados en su *imperium*.

c) Limitaciones en razón del interés público: Pueden reunirse aquí las que limitan el ejercicio de la propiedad tanto por razones de urbanística y salud como por razones de utilidad pública. Como veremos logran su mayor expresión en el derecho post-clásico:

- Relacionada con la salud y seguridad pública existe una limitación que proviene incluso de las Doce Tablas<sup>(29)</sup>. Con ella se prohíbe acercarse a la pira funeraria o el nuevo lugar de incineración a menos de sesenta pies de los edificios contiguos. La razón era obviamente evitar la contaminación y los incendios.
- Contra lo que en el Derecho Clásico se restringía, Justiniano establece que el propietario del campo en que hubiesen canteras o minas debe consentir las excavaciones de extraños a cambio de un tributo (D.8.4.13.1). De este modo se pone en relieve el sentido de la utilidad de la cosa.
- Existe una limitación impuesta a los propietarios de fundos confinantes con una vía

pública para que permitan el paso por sus propiedades cuando el tránsito por ésta resulta impracticable en vista de su deterioro (D.8.6.14). Se trata de una limitación que involucra la noción de uso público.

- En el mismo sentido de la anterior limitación, los propietarios de los predios ribereños están obligados a permitir el uso de las riberas a los pescadores y navegantes para los fines propios de sus actividades. Veamos lo que sobre el punto se refiere en D.1.8.5:

«El uso de las riberas de los ríos es público por Derecho de gentes, así como el mismo río. Así pues, cualquiera tiene libertad para acercarse a ellas su barca, atar amarras en los árboles que hay allí... así como navegar por el mismo río. Pero la propiedad de estas riberas pertenece a los propietarios de los predios contiguos, por lo cual les pertenece también los árboles nacidos de las riberas».

- Se establece un límite en relación con la altura de los edificios en general, la cual no puede ser superior a los cien pies, tal como se desprende de C.8.10.12.1. El fundamento de esta norma ciertamente tiene que ver con la regulación de las relaciones de vecindad: luces y vistas; pero existen además razones de seguridad pública que la informan, pues existen antecedentes de disposiciones similares durante el tiempo de Trajano a propósito de los sismos que literalmente destruyeron a Pompeya, Nápoles y Herculano en 63 y 79 d.C.<sup>(30)</sup>
- Por último, la legislación Justiniana a través de la Novela 165 dispone que nadie levante edificios a menos de cien pies de los ya existentes que tienen vista al mar. Veamos:

«No se debe impedir con obra nueva las vistas al mar dentro de los cien pies, no solamente en línea recta, sino transversal».

- d) Sobre la expropiación: Hay que hacer especial referencia a la expropiación por causa de utilidad pública, la cual sí hubiera constituido una radical limitación al ejercicio de la propiedad, de haber tenido una difundida existencia.

Al parecer no tuvo un reconocimiento oficial en el derecho clásico, sin embargo, por la información histórica no se descarta su existencia en la práctica<sup>(31)</sup>. Pero es en el período post-clásico donde alcanza una mejor expresión.

Ahora bien, se afirma que no es posible pensar en la posibilidad de la construcción de calles y conducciones de agua en Roma sin la existencia de la expropiación forzosa<sup>(32)</sup>. En otras palabras, si bien no es ostensible la presencia de una ley de expropiación forzosa, sin embargo, los magistrados basados en su Imperium, pudieron haberla dispuesto en ciertos casos.<sup>(33)</sup>

Se sabe que durante el gobierno de Calígula, por ejemplo, las necesidades para subvencionar la fastuosidad de su gestión, hicieron que éste recurra a la expropiación de las riquezas y propiedades de diversos personajes, bajo el simple cargo de traición.<sup>(34)</sup>

En consecuencia es totalmente admisible la idea de la expropiación, incluso desde el Derecho clásico, basada en el Ius Imperium y con la autorización del senado<sup>(35)</sup>. Aunque, por otra parte, es cierto que la presencia no muy nítida de la indemnización, hace pensar más precisamente en la «confiscación».

Pero en todo caso, es en la legislación justiniana en donde la expropiación o el principio de ésta, se perfila a través de disposiciones algo dispersas, pero que en definitiva la ponen en evidencia.

Veamos:

- La confiscación con que se amenaza en C.15.1.4. a las construcciones que puedan perjudicar a los graneros públicos, aludiendo a la limitación expresada en C.3.34.14.1, analizada anteriormente. Con lo cual se pone en evidencia el sentido económico y social de esta norma al cautelar el abastecimiento alimentario de la población.
- En el mismo sentido, existen limitaciones que por exigencias morales, advierten sobre la obligación del dueño a vender al esclavo que busca asilo en un templo o estatua del Emperador en vista de los malos tratos a que es sometido. La fuente de esta disposición la encontramos en I.1.8.2:

«Pero en el tiempo presente no es permitido a ninguno de nuestros súbditos tratar con crueldad y sin causa conocida por las leyes a sus esclavos, porque, según una constitución del emperador Antonino, el que sin causa mata a su esclavo debe ser castigado como al que mata al esclavo ajeno; mas por esta constitución se reprime la excesiva aspereza de los señores, porque consultado por algunos presidentes de las provincias acerca de

los esclavos que se acogen a los edificios sagrados, o la estatua de los emperadores, dispuso Antonino que si el trato del señor se juzgase insoportable, fuese obligado a vender sus esclavos bajo buenas condiciones, y que se le entregase el precio; disposición muy justa, pues aún el Estado tiene interés en que ninguno use mal de sus cosas».

Al respecto, caben las siguientes precisiones:

- a. La obligación de vender, es decir, de transferir la propiedad, bajo ciertos términos, responde a la contravención de una limitación.
  - b. Se alude de manera indirecta al justiprecio que al efecto debe ser óptimo, pero que resulta excepcional en relación con la generalidad de casos similares.
  - c. En tercer lugar, se añade algo de suma importancia: el interés del Estado porque el ejercicio de la propiedad por sus titulares no sólo no se extralimite sino que sea racional en su uso.
- Otro buen indicio de limitación a la propiedad, cuya violación traía consigo la expropiación es, sin duda, la que resulta de C.8.10.11 donde se dispone:

«Sean indefectiblemente estrechados los balcones... ya que en lo sucesivos se hubieren de construir en las provincias, si no tuvieran entre sí un espacio de diez pies de aire libre, mas en los lugares en que se viere que los edificios de los particulares están con la obstrucción de los balcones en frente de almacenes públicos, guárdese el espacio de quince pies cuya medida de espacio señalamos también a los que hayan de edificar, de suerte que si alguno hubiere intentado edificar dentro del espacio fijado, .... sepa que no solamente habrá de ser demolida la obra, sino que también habrá de ser adjudicada a nuestro fisco la misma casa».

Se trata, sin duda, de una sanción equiparable a la confiscación.

### 3.4 Limitaciones legales y servidumbre: sobre sus diferencias

De lo expuesto, se desprenden ciertas ideas que sugieren un breve seguimiento de las diferencias entre limitaciones legales y servidumbres. Se trata en cualquier caso de precisar con mayor claridad todo lo relacionado con las limitaciones legales antes que un interés por el estudio de las servidumbres, aunque al final, la comparación no deje de ser útil en uno u otro sentido.

En el Derecho Clásico, tal como hemos visto, las limitaciones legales al ejercicio de la propiedad no son calificadas en la categoría de servidumbres, ni siquiera aquellas que regulan las relaciones de vecindad.<sup>(36)</sup>

Ni Gayo, al referirse a la determinación de las servidumbres (Gayo II,17), o más adelante cuando confirma la mancipación de las servidumbres urbanas y rurales (Gayo II,29), ni la jurisprudencia clásica<sup>(37)</sup> las comprende en esa categoría. Igualmente en la compilación justiniana, en el rubro de servidumbre, tanto en las Instituciones (I.2.3), en el Digesto (D.8) y en el Códex (C.3.34), el tema de las limitaciones legales a la propiedad queda excluido.

Para establecer la razón de este tratamiento, veamos brevemente algunos de los principales rasgos de las servidumbres:

**a. Están clasificadas expresamente:**

«Las servidumbres o son personales, como el uso y el usufructo o reales, como las servidumbres de los predios rusticos y urbanos» (D.8.1.1).

*Los romanos establecen disposiciones que limitan el ejercicio de la propiedad.*

**a.1** A su vez las servidumbres de los predios urbanos son expresamente:

«Levantar más alto y perjudicar las luces del vecino, o no levantar más alto; también verter las aguas del tejado sobre techo o suelo del vecino, o no verterlas; asimismo apoyar las vigas en pared del vecino, y finalmente hacer voladizo o cobertizo, y otras semejantes a éstas» (D.8.2.2.).

**a.2** Las servidumbres de predios rústicos son:

«... paso, conducción, camino, acueducto. Entre ellas pueden contarse la de sacar agua, la de llevar a abrevar el ganado, el derecho de apacentar, el de cocer cal y el de sacar arena...» (D.8.3.1.)

En consecuencia:

- Las servidumbres implican una situación anormal de dominio en cuanto determinan incremento y a la vez disminución de los poderes y por lo tanto, de los valores de dos

predios entre los cuales existe la relación de servidumbre.

- Las limitaciones, en cambio, determinan en general el contenido del derecho de propiedad.
- Las servidumbres constituyen un conjunto normativo, claramente determinado y sistematizado.
- Las limitaciones legales son, como se ha visto, totalmente heterogéneas, por lo cual resulta algo difícil su ordenamiento. Una limitación es distinta de otra por el objeto, por la tutela jurídica, etc.

**b. Las servidumbres prediales se extinguen:**

- Cuando se confunden en un mismo dueño los dos predios (D.8.6.1).
- También se pierden cuando no se hace uso de ellas:

«Si yo tuviera el derecho de echar el estilecido a tu solar, y te hubiere permitido el derecho de edificar en aquel solar, pierdo el derecho de echar el estilecido. Y de la misma manera, si se me debiera camino por tu fundo, y te hubiere permitido hacer alguna cosa en aquel lugar por el cual se me debe el camino, pierdo la servidumbre de paso» (D.8.6.8).

En consecuencia:

- Las servidumbres se extinguen por no ser usadas o en caso de confusión de los dos predios en mismo dueño.
- Las limitaciones legales no están sujetas a nada parecido.

**c. Presentan una relación de subordinación:**

«Cuando un fundo presta servidumbre a otro fundo, aun vendido el fundo le siguen las servidumbres; de la misma manera prestan también servidumbre los edificios a los fundos y los fundos a los edificios» (D.8.6.12).

Por lo tanto, a diferencia de las servidumbres que establecen un régimen de permanente subordinación, las limitaciones legales a la propiedad se plantean en un nivel de reciprocidad por tratarse de restricciones de carácter general.

#### IV. LA IDEA DE LA PROPIEDAD

##### Y LAS LIMITACIONES LEGALES A SU EJERCICIO

A medida que la idea de la propiedad va perdiendo la inicial religiosidad en su contenido, o sin

perderlo del todo, va haciéndose más funcional a las necesidades, también se va simplificando a aquello para lo cual sirve o beneficia.

No es extraño, por lo tanto, que con Justiniano se suprima el sentido religioso del antiguo fundo que consideraba sagrados los «límites» o «términos», a tal punto que lo hacía inalienable para reservarlo solamente a «aquellas cosas que públicamente fueron consagradas a Dios por los pontífices como los edificios consagrados y las donaciones dedicadas al culto de Dios» (I.2.1.8). Como estas cosas no estaban en los bienes de nadie según D.1.8.6.2, no podían ser comercializadas, razón por la que «si alguno hubiere constituido privadamente sagrada para sí una cosa, ésta no es sagrada sino profana» (D.1.8.6.3). La desacralización y la utilidad como idea central en la propiedad, avanzan en el mismo sentido. Así, la idea de la propiedad en Roma evoluciona desde un sentido ciertamente absoluto en su concepción antigua hacia una visión, más bien, permeable a las necesidades de la vida y organización política y económica del Imperio.

Razones de diverso orden tuvieron que ver en esto, pero lo cierto es que, gradualmente, los romanos establecen un conjunto de disposiciones que bajo diversos supuestos van limitando el ejercicio de la propiedad.

Desde la ley Julia que Gayo recuerda en Gayo II,63, asimilada por I.2.8 que prohibía la enajenación de la dote por el marido, estableciendo una típica limitación a la potestad del dominio, hasta la Novela 165 que regula las distancias entre las construcciones, limitando igualmente el ejercicio del dominio, nos encontramos con disposiciones que tiñen el contenido de la propiedad al definir el marco en el cual juegan los beneficios del propietario.

Por ello, la idea que refleja con mayor aproximación el sentido de la propiedad en el Derecho Romano justinianeo es aquella que asume las limitaciones legales como algo inherente y esencial a su contenido y ejercicio.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Puede decirse que la propiedad romana es una noción que resulta de los beneficios que en la práctica otorga a su titular. Se trata de una idea que originalmente no distingue las cosas del derecho ejercido sobre ellas en virtud del dominio.

Más aún, su noción está vinculada, también desde sus orígenes, al ejercicio real sobre las cosas materia del ejercicio del derecho. La pro-

piedad no es concebida en términos abstractos, por lo tanto, su determinación general estriba en el uso.

Como de hecho las facultades del propietario podían resultar indefinidas en su ejercicio, se hacía indispensable la existencia de ciertas limitaciones legales que definieran el contenido y potencialidad de las mismas. Ahora bien, las limitaciones legales en el Derecho romano tienen una existencia normativa dispersa, la razón de ello, sin embargo, está vinculada al hecho de que una limitación es diferente a otra por la estructura o por el objeto de tutela jurídica. En general su razón obedece a que surgen como elementos que más bien funcionalizan a la propiedad para efectos de su propio ejercicio.

Se afirma, por todo ello, que las limitaciones legales son consustanciales a la idea de propiedad especialmente a partir del Derecho clásico y tal como se evidencia en la legislación justinianea.

- 1 KUNKEL, Wolfgang. Historia del Derecho Romano, Barcelona: Editorial Ariel, 1985, p.13.
- 2 FUSTEL DE COULANGES, Numa D. La Ciudad Antigua, Madrid: Biblioteca Edaf. de bolsillo, 1982, p.70.
- 3 Ibid., p.71.
- 4 BIONDI, Biondo. Le Servitu Prediali Nel Diritto Romano, Milano: Dott.A. Giuffrè Editore, 1969, p.66.
- 5 FUSTEL DE COLANGES, N., Op.Cit., p.74.
- 6 Aproximadamente del 451 a.C., la Ley de las XII Tablas, está considerada como el hito relativamente fijo de la historia del Derecho Romano. Se trata de un esquema del Derecho (consuetudinario) vigente en su época: KUNKEL, W. op. cit., p. 31. Todo lo que de ellas dimana es calificado de legítimo, pues era la ley por excelencia. Tienen una importancia capital ya que son el antecedente codificador más completo del Derecho Romano antes de la compilación justinianea. Por otra parte, tal como lo reconoce el jurista Gayo en D. 10.1.13 y D. 47.22.4, es bastante visible la influencia del Derecho griego en la Ley de las XII Tablas, especialmente en las prescripciones de vecindad y en el Derecho de Asociaciones.
- 7 Al punto que afirma: «... o bien, en efecto se era propietario de derecho quirritario o no se estaba considerado como propietario» Gayo II.40. GAYO. Instituciones Jurídicas, Barcelona, Edit. Iberia, 1965.
- 8 Se refiere al Ius Civile, esto es, al derecho particular de los romanos que se inicia con la fundación de la Roma en 754 a.C., ya que desde la antigüedad, la relación de pertenencia de persona o cosa, tuvo un cariz muy peculiar para ellos, enraizándose en circunstancias religiosas y en creencias antiquísimas. Incluso los modos de adquirir se pueden considerar como rezagos de ritos religiosos: IGLESIAS, Juan. Instituciones de Derecho Romano, Barcelona, Vol I: 1950, p. 3. Pero especialmente GAIUS. Institutas, texto traducido, notas e introducción por Alfredo DI PIETRO, La Plata, Editorial Librería Jurídica: 1967, p.96.
- 9 Loc. cit.
- 10 El llamado Derecho Clásico, comprende el período que va del siglo I d.C hasta fines del siglo III. El Derecho Quiritario va perdiendo sus antiguas características sobre todo por la labor de los jurisconsultos: HERNANDEZ

- TEJERO, F.J. Derecho Romano. Madrid, Ed. Escalier: 1959, p. 9.
- 11 « A las cosas que detentaban de acuerdo con el IUS GENTIUM, los romanos las refieren simplemente como teniéndolas entre los bienes *In bonis habere*, de allí deriva el término propiedad bonitaria cuyo uso parece haber sido impuesto por los juristas bizantinos; también fue llamada «pretoriana»: según DI PIETRO, A. en GAIUS. Institutas, Op. cit., p.96.
  - 12 Los Interdictos constituyen formas o mecanismos emitidos por el magistrado jurisdiccional, de carácter expeditivo, a través de los cuales se pretendía asegurar la paz jurídica y el orden público y, sobre todo, como base de la protección de posesoria: KUNKEL, W. Op. cit. p. 104. En el mismo sentido GAYO en IV,140, sostiene: «... son llamados interdicta cuando se prohíbe que se haga algo, como ejemplo cuando se prescribe que no se haga violencia a quien posee sin vicios o que no se haga algo en un lugar sacro».
  - 13 DI PIETRO, A. en GAIUS, Institutas, Op. cit., p. 90.
  - 14 PIRENNE, Jacques. Historia Universal, Barcelona: Vol. I, Ediciones Leo S.A., 1953. p. 347.
  - 15 Ibid, p. 365.
  - 16 GAYO. II,22; II,23; II,24.
  - 17 D.41.1.1; 41.1.2.
  - 18 BONFANTE, P. Instituciones del Derecho Romano. Madrid: Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1959, p.252.
  - 19 El principio de esta tendencia está señalado en D.50.17.202: «En el Derecho Civil toda definición es peligrosa; porque es difícil que no pueda ser alterada».
  - 20 BONFANTE, P. Op.cit. p.250.
  - 21 «Lo que es nuestro no puede ser transferido a otro sin hecho nuestro».
  - 22 BIONDI, B. Op.cit., p.66.
  - 23 Loc. cit.
  - 24 Ibid. p.67.
  - 25 Por esta razón se otorga un matiz distinto al contenido de la propiedad en su acepción antigua.
  - 26 CÍCERON, M.T., De Leg. 2.24.61, Las Leyes, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1953.
  - 27 BONFANTE, P. Op.cit., p.320.
  - 28 Ibid., p.317.
  - 29 CÍCERON, M. T. Las Leyes, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1953, p.183.
  - 30 ASIMOV, Isaac. El Imperio Romano, Madrid: Alianza Editorial, 1985. p.84.
  - 31 BONFANTE, P. Op.cit., p.318.
  - 32 JORS, P., KUNKEL, W. Derecho Privado Romano, Barcelona: Edit. Labor, 1937. p.177.
  - 33 BONFANTE, P. Op.cit., p.319.
  - 34 ASIMOV, I. Op.cit., p.51.
  - 35 BONFANTE, P. Op.cit., p.319.
  - 36 BIONDI, B. Op. cit., p.63.
  - 37 Loc. cit.