

CAPITULO V.

NACIMIENTO DE LA RELACION JURÍDICA.

§ 1º.—Observaciones sobre los *modos de adquirir*.—Indicacion de lo consignado en los Códigos modernos.—Critica y clasificacion de los mismos.

Expuesto lo perteneciente al sujeto, al objeto y á la relacion jurídica misma en general, debemos ahora, conforme al plan trazado en su lugar, estudiar el desarrollo de ésta desde su nacimiento hasta su conclusion ó extincion.

Corresponde á aquel en parte la materia referente á los *modos de adquirir*. Los Códigos modernos, y áun hasta cierto punto los autores, prescinden hoy de la tradicional clasificacion romana en modos de derecho natural y derecho civil, originarios y derivativos, universales y singulares, limitándose á hacer una enumeracion de ellos más ó ménos completa y ordenada.

El Código Napoleon dice en su art. 711: «la propiedad de los bienes se adquiere y se trasmite por sucesion, por donacion *inter vivos* ó testamentaria, y por virtud de las obligaciones;» y añade (art. 712): «la propiedad se adquiere tambien por accesion ó incorporacion (1) y por prescripcion» (2). Segun el de Italia, (art. 74): «la propiedad se adquiere por ocupacion; la propiedad y los demás derechos sobre las cosas se adquieren y

(1) Sin embargo, no trata de la accesion en este lugar, y sí en el lib. 2º, tit. 2º: *de la propiedad*, á la vez que de la percepcion de frutos.

(2) Es de notar que, aun cuando no incluye aquí la ocupacion, en los artículos siguientes trata de ella.

se transmiten por sucesion, por donacion y por virtud de las convenciones; pueden tambien adquirirse por medio de la prescripcion» (1). El de Portugal, sin hablar de los modos de adquirir, trata en la parte segunda (2), lib. 1º (3), de la ocupacion, de la prescripcion y del trabajo (4). El Código de Holanda dice en su art. 639: «no puede adquirirse la propiedad de las cosas, sino por apropiacion, incorporacion, prescripcion, sucesion legal ó testamentaria y tradicion ó entrega acompañada de un título de trasmision de propiedad emanado del que tiene el derecho de disponer de ella.» La legislacion rusa enumera: la ocupacion, la accesion, la adquisicion de frutos, las convenciones, la prescripcion y las sucesiones (5). En el Código de Zurich (arts. 532 y siguientes), se establece que la propiedad inmueble se transmite: *inter vivos*, por acto auténtico, y *mortis causa*, por derecho de sucesion, y además por prescripcion; y en cuanto á la mueble, estatuye sobre la ocupacion, la percepcion de frutos, la transformacion, la mezcla y union, la prescripcion y la tradicion. La legislacion inglesa, partiendo de la division de los bienes en *reales* y *personales*, clasifica los modos de adquirir, respecto de los primeros, en dos grupos: *descent*, ó sucesion hereditaria, en que se verifica la adquisicion por obra de la ley, y *purchase* (*pesquisitio*), en que tiene lugar por acto del hombre ó con su consentimiento; incluyendo en este último: el *escheat* (6), la ocupacion, la prescripcion, la confiscacion y la enajenacion. En cuanto á los bienes *personales*, enumera todos estos títulos: la ocupacion, la prerogativa (7), la confiscacion, la costum-

(1) De la accesion se trata ántes, al modo que en el Código Napoleon.

(2) Que tiene por objeto *la adquisicion de los derechos*.

(3) Que se ocupa de los derechos originarios y de los que se adquieren por hecho ó voluntad propia independientemente de la cooperacion de otro.

(4) En la accesion se ocupa al tratar del derecho de disfrute.

(5) *Lehr. ob. cit.*, § 235.

(6) Era el derecho que tenia el señor á suceder en el feudo cuando el feudatario moria sin herederos (*feudum apertum*), así como la confiscacion era consecuencia de la *corrupcion de la sangre* á que daba lugar la comision de ciertos delitos.

(7) En virtud de la que la Corona percibe los tributos, tiene la exclusiva para la impresion de ciertos libros, como las leyes, los litúrgicos, etc., y ciertos derechos que ántes tenia respecto de la caza.

bre (1), la sucesion, el matrimonio (2), el juicio (3), la donacion, el contrato, la quiebra, el testamento y la administracion (4).

Entre los modos posibles de adquirir hay una distincion fundamental que importa notar aquí para legitimar nuestro plan en esta parte, y es la que procede hacer entre los *originarios* y los *derivativos*. Por los primeros *nace* la relacion jurídica de la propiedad; por los segundos *se trasmite* una preexistente, habiendo por tanto solo un cambio de sujeto. Ahora bien, el lugar pertinente para tratar de los últimos (*trasmision inter vivos ó mortis causa*), es aquel en que estudiamos el derecho de disponer como uno de los comprendidos en el dominio; así como es este el propio para exponer lo referente á los *originarios*, esto es: la ocupacion, la accesion y la usucapion ó prescripcion adquisitiva (5). Consideramos la accesion como modo de nacer la propiedad, entendiendo por ella la que suele denominarse *continua*, á diferencia de la *discreta* ó percepcion de frutos, que es una mera consecuencia del derecho de goce ó disfrute; y estimamos la usucapion modo originario, y no derivativo, porque partimos del supuesto de que la presuncion en que aquella se funda es el abandono, por parte del primer sujeto, de la cosa, la cual por lo mismo viene á hacerse *nullius ó derelicta*; presuncion que por razones de órden superior es de las que llaman los juristas *juris et de jure*.

(1) El *heriot*, el legado pío forzoso., etc.

(2) Porque el marido hace suyos los bienes *personales* de la mujer, al modo que sucedía entre los romanos en los primeros tiempos; principio legal que ha experimentado varias modificaciones, segun veremos más adelante, una de ellas por virtud de un estatuto que en este mismo año ha aprobado el Parlamento.

(3) Como el pago de daños y perjuicios, de las costas del juicio, etc.

(4) Administracion quiere decir: sucesion intestada en los bienes personales.

(5) Algunos autores creen, y con razon á nuestro juicio, que convendría dar á ésta el nombre de usucapion y reservar el de prescripcion para la de acciones.

§. 2.—*Ocupacion*.—Sus requisitos y sus clases.—Ocupacion bélica.—Ocupacion de las cosas *nullius* y de las abandonadas; si cabe respecto de las comunes y de las inmuebles.—Invencion ó hallazgo; diferencias segun las legislaciones.

Lo referente á la *ocupacion* ó apropiacion, como la llama el Código de Holanda, se desenvuelve con mayor ó menor extension en el derecho civil de los distintos pueblos, segun que se reserva más ó ménos esta materia á leyes particulares que se consideran de carácter administrativo, formando en este punto un contraste señalado el Código Napoleon y el portugués (1), lo cual es en parte debido á que en el último se incluye en esta seccion lo relativo á minas y aguas.

Implícita ó explícitamente todas las legislaciones exigen tres requisitos para que tenga lugar la ocupacion: que la cosa no esté apropiada, el hecho del apoderamiento ó aprehension de la misma (*corpus*) y la intencion de hacerla suya (*animus*). Mas en cuanto al primero, es de notar que unas veces se trata de objetos que nunca tuvieron dueño (los verdaderamente *nullius*) ó que han sido abandonados por el que han tenido (*derelictae* ó *nullius* por accidente); otras, de cosas perdidas, ó cuyo dueño es desconocido, y todavia, en algunas, de bienes que por circunstancias particulares se consideran expropiables. De aquí las tres clases de ocupacion: *occupatio pagana*, *inventio* y *occupatio belica*.

La última, por fortuna, ha perdido la importancia que ántes tuviera, desde que ha ido ganando terreno el principio de que la guerra es de Estado á Estado, y por consiguiente que la propiedad particular no puede ser objeto de botin. Sin embargo, todavia se habla de ella en algunos Códigos, y tiene interés el punto interesante de las presas marítimas.

En cuanto á la primera, los más de los Códigos se refieren á la ocupacion de los animales (caza y pesca), y á la de los bienes muebles abandonados (2), estableciendo reglas seme-

(1) El de Napoleon se ocupa en esta materia en cinco artículos: 713-717. El de Portugal consagra al mismo noventa y uno, 383-473, de los cuales hacen referencia á aguas y minas, cuarenta y tres.

(2) El de Portugal divide la materia en tres secciones: ocupacion de los anima-

jantes en cuyo pormenor no debemos entrar aquí. Solo importa notar lo referente á las cosas comunes y lo relativo á los bienes raíces.

Como más arriba queda indicado, se dividen por algunos las cosas comunes en dos grupos: inapropiables, como la luz, el aire, etc.; y apropiables, aunque no apropiadas, como los animales, minerales, etc.; y de aquí que solo de estas últimas hablan los Códigos al estatuir sobre la ocupacion. Pero es una excepcion la legislacion inglesa, si hemos de creer á Blackstone, el cual en el capítulo referente á aquella dice: «De igual modo el beneficio de los elementos, la luz, el aire, el agua, solo pueden apropiarse por ocupacion. Así, si yo tengo de antiguo una ventana que cae sobre el terreno de mi vecino, éste no puede levantar un edificio que me prive de la luz; pero si yo construyo mi casa tocando á la pared de la suya, la cual oscurece la mia, no puedo obligarle á destruirla, porque él es el primer ocupante y no yo; ó si mi vecino establece una tenería que hace insalubre el aire de mi casa, la ley me da accion para impedirlo, pero si él está ántes en posesion del aire y yo voy luego á fijar mi habitacion á su lado, el daño es buscado por mí y puede continuar; ó si una corriente de agua no ha sido aún ocupada, puedo levantar un molino sobre ella y detenerla, pero no si al hacerlo perjudico al molino ó al campo de mi vecino, porque él ha adquirido como primer ocupante un derecho de propiedad en la corriente (1).»

Por lo que hace á los bienes inmuebles, los más de los Códigos modernos los pasan en silencio como si no fueran susceptibles de ocupacion (2). Son excepcion de esta regla el de

les; ocupacion de las cosas inanimadas, y ocupacion de los objetos ó productos comunes ó no apropiados, incluyendo en esta última las aguas, las minas y las sustancias vegetales, acuáticas ó terrestres, como los pastos de los terrenos baldíos.

(1) *Ob. cit.*, lib. 2º, cap. 26.

(2) En España rige la ley 50, tit. 28, P. 3ª que dispone lo siguiente: «Desamparando algun ome alguna su cosa que fuere raiz, porque se non pagare della, luego que della saliere corporalmente, con intencion que non quisiere que fuere suya dende adelante, quien quier que primeramente la entrase, ganaria el señorío della. Mas si él non saliere della, maguer dijere que non queria que fuere suya dende adelante, con todo eso, en quanto él la tuviese así, non la podria otro ninguno entrar, é si la entrare, non ganaria el señorío della, fasta que corporalmente saliere della, é desamparase la tenencia.»

Austria, el de Servia y el de las provincias bálticas. El primero declara en su art. 386 que «las cosas abandonadas pueden ser poseídas por un tercero», y en el 387, que «las leyes administrativas fijan los casos en que la tierra ó los edificios deben considerarse como abandonados ó ser confiscados, los unos por falta absoluta de cultivo, los otros por falta de reparacion.» El segundo dice en sus artículos 229 y 230: «los lugares desiertos no pertenecen á nadie, y cualquiera puede ocuparlos y apropiárselos. Se entiende tambien por lugar desierto todo aquel que es abandonado por el propietario libremente y sin intencion de volver á él. Estos lugares pueden ser ocupados en los casos siguientes: 1º, cuando el verdadero dueño está ausente durante diez años, sin que haya habido noticia de él, salvo que le haya sido imposible volver; 2º, cuando el lugar ha sido desamparado por tanto tiempo que se ha cubierto de yerba y de maleza, siendo preciso desmontarlo de nuevo; y 3º, cuando el que lo ha abandonado sabe que otro lo ocupa y no lo reclama durante un año.» El tercero (artículos 749 y 750), establece que «los inmuebles sin dueño pueden adquirirse por ocupacion lo mismo que los muebles, sea que no hayan nunca formado parte del patrimonio de una persona, como sucederia en el caso de una isla que surgiera en el mar, sea que hayan sido abandonados por su precedente propietario; pero es preciso, en esta última hipótesis, que la intencion del propietario anterior sea indudable, pues de otro modo el ocupante no adquirirá el dominio del inmueble sino pasado el tiempo exigido para la usucapion.» Es de notar que el Código austriaco solo se ocupa de las fincas abandonadas, y que el báltico, aún cuando preve el caso de inmuebles que nunca hayan tenido dueño, cita como ejemplo uno bien extraordinario. ¿Es que este modo de nacer la propiedad inmueble, la ocupacion individual, que muchos han considerado, erróneamente por cierto, como el origen histórico de la misma, no puede tener aplicacion hoy? No es esto debido, á nuestro juicio, á que toda la tierra esté ya apropiada, pues es evidente que hay mucha inculta é inapropiada, de lo cual es buen ejemplo España, sino á que se supone que los bienes raíces que están en ese caso pertenecen al

Estado ó á los municipios, como sucede entre nosotros con los *baldíos*. En Inglaterra se consideran como de la corona por el principio: *quod nullius est fit domini regis*.

Finalmente, respecto de la *inventio* ó hallazgo, son de notar algunas diferencias entre las legislaciones. Una se refiere al distinto derecho que en los bienes perdidos ó de dueño desconocido (1) se atribuye el Estado, pues mientras hay países en donde, como dice un escritor, se ha llegado á la barbárie de despojar á los desgraciados náufragos ó sus causa-habientes de la facultad de reivindicar los objetos que han perdido á consecuencia de los accidentes del mar, en otros no se admite semejante derecho (2). Además, en Francia, por ejemplo, la cosa encontrada es del inventor, salvo el derecho del dueño á reivindicarla, al paso que en casi todos los demás pueblos se obliga á aquel á hacer público el hallazgo por medio de anuncios, para que dentro de un plazo más ó menos largo, segun el valor de la cosa, pueda reclamarla el primitivo propietario, el cual en su caso tiene que abonar cierta cantidad, en concepto de premio, al que la ha encontrado. Y en cuanto al tesoro, la divergencia más digna de ser señalada, es que en unos pueblos se da al Estado una participacion en él, que con mejor acuerdo no se le reconoce en otros (3).

§ 3º *Accesion*.—Distincion entre la propiamente tal y la percepcion de frutos.—
Clases de accesion.—Principios en que esta se funda.

Ya indicamos más arriba que al hablar de la *accesion* como uno de los modos de nacer la relacion jurídica de la propie-

(1) No deben confundirse con estos bienes, denominados entre nosotros vacantes y mostrencos, los llamados *abintestatos*, esto es, aquellos en que sucede el Estado á titulo de heredero por no haber parientes dentro de cierto grado, punto que toca al derecho de sucesiones.

(2) No está entre los últimos España, donde por la ley de 9 de Mayo de 1835 son del Estado todos estos bienes, y el mismo principio informa la de aguas de Agosto de 1866.

(3) Generalmente los Códigos definen el tesoro, como lo hace el francés, diciendo que es «toda cosa oculta ó enterrada, sin que nadie pueda justificar la propiedad sobre ella, y que se descubre por virtud tan sólo del azar.» El de Zurich (artículo 639) obliga al inventor á ponerlo en conocimiento del tribunal, «el cual, se-

dad, nos referimos á la que nuestros tratadistas llaman continua, y no á la discreta ó percepcion de frutos. El Código Napoleon las confunde al declarar en su art. 546, que la propiedad de una cosa «da derecho á todo lo que produce y á todo lo que á ella se une, natural ó artificialmente: este derecho se llama *derecho de accesion*.» Lo propio viene á hacer, hasta cierto punto, el Código portugués al establecer (art. 2287) que «el derecho de gozar ó disfrutar abraza: el de percibir todos los frutos naturales, industriales ó civiles de la cosa propia, el *de accesion* y el de acceso.» En la percepcion de frutos no hay una nueva adquisicion; lo que se hace es alcanzar el fin propio y natural de una preexistente, y por eso toca ese punto al derecho de gozar, que es uno de los que integran el dominio. Por el contrario, en la verdadera accesion, en la denominada continua, nace una relacion que antes no existia respecto de la cosa unida ó incorporada (1).

Los Códigos y los autores hoy, por lo general, distinguen tres clases de accesion: de inmueble á inmueble, de mueble á inmueble y de mueble á mueble. Mejor seria dividirla en natural é industrial (2), y subdividir ésta en dos grupos segun que se refiera á muebles ó á inmuebles (3).

La accesion natural se funda en el principio: *res nullius*

gun las circunstancias, ordenará que se busque al propietario anterior, ó declarará desde luego que la cosa hallada es un tesoro.»

(1) Por esto Demolombe tiene razon cuando dice que la accesion discreta ó percepcion de frutos no es un modo de adquirir, pero no cuando pretende en vano extender el mismo razonamiento á la accesion continua ó propiamente tal. (Véase: *ob. cit.*, lib. 2º, §§ 573 y 574.) Así que yerrán lo mismo los Códigos francés y portugués al confundirlas en la forma que decimos en el texto, que el austriaco, el cual hace lo propio al regularlas ambas bajo el epígrafe: *Adquisicion de la propiedad por accesion*.

(2) Suprimimos la *mixta* de la antigua nomenclatura, porque la artificial lo es tambien, así que debe darse á ambas esta última denominacion, y hacer luego la subdivision indicada en el texto.

(3) Resultando así la siguiente clasificacion:

Accesion natural;

Aluvion.

Fuerza del rio.

Formacion de isla.

Mutacion de cáuce.

Accesion industrial;

Respecto de inmuebles:

quae nostrae rei accedit, fit nostra, y la artificial en este otro: *accessio cedit principali*. El fundamento es, por tanto, distinto, segun que se trata de la adquisicion de una cosa sin dueño ó de una ya apropiada. Pero hay casos en que los Códigos son infieles al primero, como cuando conceden el cáuce abandonado á los dueños de los terrenos invadidos por el rio en el nuevo que ha formado (1), ó cuando establecen una excepcion en favor del Estado (2); así como hay otros en que no basta el segundo, segun acontece en la *commixtion ó confusion*, puesto que en tal caso no cabe á veces la distincion de principal y accesoria, ni puede decirse que cede la propiedad de uno en favor de otro, puesto que se atribuye el dominio de la mezcla á los dueños de las cosas mezcladas (3).

Por lo demás, el influjo del derecho romano en esta materia se observa en todas partes, sin exceptuar á Inglaterra, y las diferencias que hay entre unas y otras legislaciones no tienen interés para el fin de esta obra.

Siembra.

Plantacion.

Edificacion.

Respecto de muebles:

Conjuncion.

Especificacion.

Commixtion.

(1) Código Napoleon, art. 563; austriaco, 409; portugués, 2293. En este punto se separó del primero el italiano, el cual, de conformidad con el derecho romano, concede el cáuce abandonado á los dueños de los predios ribereños.

(2) Los más de los Códigos atribuyen al Estado el dominio de la isla que se forma en los rios navegables y flotables. Se comprende que se estime este caso excluido del principio de la accesion, pues seria hasta absurdo atribuir á los dueños de los terrenos ribereños la propiedad de la isla que se formara en el centro de rios como el Missisipi ó el Amazonas; pero esto no autoriza para darla al Estado, sino que deberia declararse *nullius*, como la tierra no apropiada.

(3) Algunos Códigos, como el de Napoleon y el italiano, declaran que las palomas, los conejos y los peces que pasan al palomar, vivero ó estanque de uno, se hacen del dueño de este por accesion, si no han sido atraidos por artificio ó fraude. Pero este no es propiamente caso de accesion, y si una consecuencia del derecho de disfrutar, que reviste aquí un carácter dado por la misma naturaleza de la propiedad de que se deriva.

§ 4.º.—*Usucapion*.—Diferencia entre las llamadas prescripcion adquisitiva y extintiva.—Fundamento de la usucapion.—Elementos y requisitos de la misma.—Modificaciones producidas por la creacion del Registro de la propiedad.

Como si fuesen dos formas de una misma institucion, andan en los Códigos confundidas las que denominan prescripcion de dominio y de accion, ó adquisitiva y extintiva, ó positiva y negativa, segun las llama el portugués, cuando son dos cosas enteramente distintas (1), sin otro punto de analogía que el hacer en ambas un papel importante el tiempo (2). Baste notar que mientras la primera, la *usucapion*, recae sobre relaciones de propiedad, la segunda alcanza, por lo general, á toda especie de derechos y acciones; y que al paso que aquella da lugar, por su índole misma, á una accion y á una excepcion, ésta última solo confiere esta. Propiamente la confusion solo está autorizada en Inglaterra, donde en principio solo existe la prescripcion de acciones, viniendo á ser la adquisicion por usucapion un resultado de aquella (3). Para evitar esta confusion, damos el nombre de *usucapion* á la prescripcion adquisitiva (4).

(1) Véase Savigny. *Derecho romano*, §§ CLXXVII y CCXXXVII.

(2) Basta atender á las definiciones de los Códigos para convencerse de que este es el único elemento comun. El de Napoleon dice (art. 2219): «La prescripcion es un modo de adquirir ó de libertarse (de una obligacion) mediante el trascurso de cierto tiempo y bajo las condiciones determinadas por la ley.» El portugués (artículo 505): «Por el hecho de la posesion adquiere cosas y derechos, así como se extinguen las obligaciones por el hecho de no exigirse su cumplimiento. La ley determina las condiciones y el *lapso de tiempo* que son necesarios, tanto para la una como para la otra cosa.»

(3) En Inglaterra (no se legisló sobre la prescripcion, *limitations*, hasta los tiempos de Jacobo I c. 21, c. 16). El estatuto de Guillermo IV (3 y 4, c. 27 y c. 42), dispuso que la accion para reivindicar tierras ó rentas prescribiera á los veinte años, empezados á contar desde que ha podido ejercitar la accion el demandante ó su causa habiente. Caso de incapacidad (mujer casada, menor, ausente ó demente), se prorroga por diez años á contar desde el dia en que la persona en cuestion deja de ser incapaz ó falleciere, sin que en ningun caso pueda exceder de los cuarenta años á contar desde el nacimiento del derecho. En 1874 se dictó otro estatuto (37 y 38 Vict., c. 57), por el cual se limitó el plazo ordinario á doce años, y en ciertos casos, á seis, y el extraordinario, en los casos de incapacidad, á los treinta.

(4) El Código de Austria intenta reducirlas á unidad declarando (art. 1451) que «la prescripcion es la pérdida de un derecho por el no ejercicio del mismo durante el tiempo fijado por la ley,» y que (art. 1452) «si este derecho pasa al mismo tiempo á otro, éste adquiere por prescripcion (*usucapion*).» En el Código bávaro, por el contrario, no se confunden, pues dice (lib. 2.º, cap. 4.º): «la adquisicion sin otro derecho que la posesion durante cierto tiempo, se llama prescripcion.»

Todas las legislaciones, excepto la sueca, consideran ésta como un modo de adquirir, no obstante sostener muchos escritores que, más que eso, es un medio de consolidar, con la ayuda de una posesion revestida de ciertos caractéres y continuada durante cierto tiempo, una adquisicion sujeta á eviccion ó simplemente presunta. Ciertó que antes de la usucapion está la posesion, y por consiguiente, que preceden á aquella cierto género de relaciones jurídicas, pero la plena y completa que constituye el dominio *nace* verdaderamente con aquella.

En cuanto al fundamento de justicia de esta institucion, tan discutido por los jurisconsultos, de las disposiciones consignadas en los distintos Códigos no es siempre fácil inducir cuál admite como bueno el legislador, pero no creemos equivocarnos al afirmar que, prescindiendo de razonamientos de escuela, se tiene en cuenta el motivo de utilidad general expresado en la conocida frase: *ne dominia in perpetuum incerta maneant*. De los otros dos principios, ó mejor, presunciones (1), que suelen invocarse: la del abandono ó dejacion por parte del antiguo propietario y la de que el nuevo lo es realmente mediante un título de cuya presentacion se le excusa, más se inspiran los legisladores en la primera que en la segunda; pues de otro modo no admitirian, como lo hacen casi todos, la prescripcion sin título y sin buena fé.

Viniendo ahora á los elementos y requisitos de la usucapion, veamos lo que disponen los Códigos respecto de las personas que pueden ser sujetos activos y pasivos en ella, las cosas prescriptibles y los requisitos para que aquella tenga lugar.

Puede adquirir por este medio todo el que tiene capacidad para ser propietario, pero se exceptúan ciertos casos por no darse en ellos los motivos de la usucapion; y así, por ejemplo, no puede utilizarse entre esposos, entre padre é hijo, entre tutor y pupilo (2). Se dá contra toda persona, salvo las taxativamente exceptuadas por la ley, como el menor, el incapaci-

(1) Prescindimos de los que pretenden fundarla considerándola como una pena por la negligencia del primitivo dueño, porque falta probar que ésta sea un delito y luego que aquélla sea adecuada al mismo.

(2) Segun el Código italiano (2119), no corre la prescripcion: entre esposos, entre el padre y el sometido á su potestad, entre el tutor y el pupilo, entre el menor

citado, á veces el ausente por razon de servicio público y el militar, etc. (1). Y se consideran susceptibles de ser adquiridas por usucapion, por regla general, todas las cosas que están en el comercio (2).

Los requisitos son cuatro: posesion, título, buena fé y tiempo (3). La posesion ha de ser continúa, pacífica, pública y á título de propietario, como exige el Código Napoleon (artículo 229), ó segun dicen otros: no ha de ser precaria, clandestina, ni violenta (4). El título ha de ser justo, entendiéndose por tal en unas legislaciones una *causa* de adquirir, y en otras, además de esto, la validez externa de aquel (5). La buena fé se exige por los más solo al principio, y en la prescripcion extraordinaria ni aún entónces (6). Y el tiempo varía

emancipado ó mayor en curatela y el curador, entre el heredero y la sucesion aceptada á beneficio de inventario, entre las personas sometidas á la administracion de otras y éstas.

(1) Este privilegio de los militares lo conservan los Códigos de Italia (2120), y de Portugal (551). El de Glaris dice (art. 173): «la prescripcion por diez años de posesion pacífica y no interrumpida, no corre más que contra las personas *sui juris* y que habitan en el país.»

(2) Código Napoleon (art. 2226); ó no exceptuadas por la ley, añade el portugués (506).

(3) El Código de Zurich regula lo referente á la prescripcion de un modo peculiar (537-541). La de los inmuebles, dice, tiene lugar cuando el poseedor es legitimo y de buena fé, en los casos siguientes: 1º, si hay acto auténtico, pero no enteramente regular; 2º, cuando se ha tomado de buena fé un predio de una sucesion creyéndose heredero; 3º, cuando se ha adquirido la posesion legitima de un inmueble cuyo estado de propiedad no se encontraba en el catastro ó sobre el cual no habia en él datos bastantes. En estos casos, la prescripcion constituye un título legal de adquisicion de la propiedad, si al derecho ideal de posesion se une durante diez años una posesion efectiva, y si el propietario verdadero no reivindica en el espacio de diez años su derecho de propiedad ó no lo pone en conocimiento del poseedor. Además, la prescripcion tiene lugar en favor del poseedor de buena fé, hasta faltando un título legal, en la adquisicion de inmuebles cuyo propietario no da á conocer el registro, si la posesion ha durado treinta años, sin ser interrumpida por una demanda en justicia. Cuando la propiedad antigua de un poseedor de inmuebles de esas condiciones resulta claramente de las circunstancias, no hay necesidad alguna de la prescripcion.

(4) El Código portugués (517) dice que la posesion debe ser titulada, de buena fé, pacífica, continua y pública, salvo las excepciones autorizadas por la ley; y es pública la debidamente registrada ó ejercida de modo que pueda ser conocida por los interesados.

(5) Segun el Código Napoleon, el título nulo por defecto de forma no sirve (2267); segun el portugués, es título justo cualquier modo legitimo de adquirir independientemente del derecho del trasmitente; en Austria (1477), la prescripcion de treinta ó cuarenta años dispensa de la presentacion de título. Véase más adelante la diferencia de plazos, segun que haya ó no título.

(6) Solo al principio, Código Napoleon, 2269; Portugal, 520; no es precisa

segun la naturaleza de los derechos, de las cosas y de las personas, como dice el Código austriaco (art. 1465): de los derechos, porque, además del señalado para el dominio, tienen uno especial las servidumbres, la hipoteca, etc.; de las cosas, porque dependen de que sean muebles ó inmuebles; y de las personas, porque en algunos países se exige uno mayor cuando se trata de adquirir por prescripcion bienes del Estado, de la Iglesia, de los municipios, etc. (1). Aun debe añadirse que influyen en el plazo otras circunstancias, pues la prescripcion extraordinaria reclama uno mayor por la falta de buena fé ó del justo título, ó de ambas cosas. En cuanto á los bienes muebles, el plazo es, por lo general, de tres años; pero es de notar que allí donde, como sucede en Francia, se proclama el principio de que respecto de aquellos «la propiedad vale como título,» realmente no hay usucapion. Para los inmuebles, unas legislaciones, siguiendo al derecho romano, exigen diez años entre presentes y veinte entre ausentes; otras han prescindido de esa distincion y señalan un término de diez á quince años por lo general. Además unas admiten tan solo esta prescripcion ordinaria, que es lo que hacen casi todos los Códigos novísimos, y otras conservan la extraordinaria de treinta años, de cuarenta y aún la inmemorial (2).

Finalmente, son de notar las modificaciones trascendentales que la nueva institucion del Registro de la propiedad ha

en Rusia; lo es para toda clase de prescripcion en las provincias bálticas. En Austria (1477), en caso de mala fé la prescripcion sin título es insuficiente. En Baviera y en el Tessino (1209), es necesaria durante todo el tiempo. En Dinamarca (576), la ilegitimidad de la posesion no excluye la prescripcion, salvo que haya sido resultado de un crimen. En Escocia no es precisa. En Holanda se exige para la de treinta años tambien.

(1) Los Códigos modernos, por lo general, someten al Estado, Municipios, etc., á los mismos principios que á los particulares: Código Napoleon, art. 2227; italiano, 2114; portugués, 516. En Austria (1472 y 1485), son precisos seis años ó cuarenta, segun que hay ó no inscripcion. En la Gran Bretaña, eran ántes imprescriptibles las tierras de la corona, pero lo son á los sesenta años desde Jorge III; y desde Guillermo IV lo son, como los bienes privados, los de los establecimientos publicos y corporaciones. En Berna (1035), son precisos veinte años, bastando diez para la ordinaria; en el Tessino (1219), treinta, mientras que la ordinaria es de diez y veinte. En Glaris (178), se necesitan veinte años para prescribir la propiedad de un municipio ó corporacion, equiparados para este efecto á los ausentes y á los incapacitados.

(2) Código Napoleon, por diez años entre presente y veinte entre ausentes con justo título y buena fé (2265) y por treinta sin ésta y sin aquél (2262). Código

producido en esta materia. Hay Códigos que garantizan los derechos debidamente inscritos contra todo género de prescripción; otros exigen distintos plazos según que los bienes en cuestión estén ó no inscritos; y además, se autoriza la inscripción de la mera posesión, arrancando de ella el plazo para prescribir, así como la del dominio cuando se ha convertido aquella en él por virtud de la usucapion (1).

italiano (2137), en virtud de título transcrito, que no es nulo por defecto de forma, á los diez contados desde la fecha de la transcripción. Código portugués (326-529), los inmuebles y derechos inmobiliarios: si se ha registrado la mera posesión, á los cinco; si se ha inscrito el título de adquisición, á los diez; pasados los diez en ambos casos, no se puede oponer la falta de título ni la mala fé; si no hay inscripción de ninguna clase, á los quince, y á los treinta, si faltan título y buena fé; las cosas muebles, á los tres, con justo título y buena fé, y á los diez, sin ésta y sin aquél; la perdida ó robada, á los seis, si el tercero tiene buena fé. En Rusia, á los diez, muebles ó inmuebles; en Polonia, como en Francia; en las provincias bálticas, las muebles, al año y día, excepto en Curlandia donde son necesarios tres, y los inmuebles, á los diez, y en Curlandia seis, entre presentes y doce entre ausentes. En Austria (1466), los muebles, á los tres; los inmuebles, si la posesión está registrada, á los tres; si no, á los treinta. En Baviera, los muebles, á los tres; los inmuebles, á los diez, entre presentes, y veinte entre ausentes, y á los treinta, sin título. En Dinamarca, á los veinte, sin título ni formalidades judiciales, y hay además la inmemorial; en Noruega, á los veinte. En Escocia, á los cuarenta, con título y posesión, ó con ésta sola hecha constar en una ó varias escrituras, aunque proceda *a non domino*. En Holanda (2000), á los veinte, y á los treinta con buena fé y sin título. Según el Código prusiano (620 y siguientes), diez entre presentes, y veinte entre ausentes; á los treinta sin título, y á los cincuenta sin él y aunque haya sentencia en contra. En Servia, las muebles á los tres, y las inmuebles á los diez ó á los veinticuatro, según que hay ó no inscripción en el registro. En España, por derecho común, las muebles á los tres; las inmuebles á los diez entre presentes, y veinte entre ausentes; á los treinta, sin justo título ni buena fé (aunque según algunos, es ésta siempre precisa), y hay también las de 40 y 100 años y la inmemorial; en Cataluña, á los treinta, y en Aragón se conoce desde la de un año hasta la inmemorial.

(1) En Italia se cuenta el tiempo desde la fecha de transcripción (2137); en Portugal (véase nota anterior), los plazos dependen en parte de la inscripción (526); según el de Zurich (541), el que ha adquirido por usucapion puede pedir la inscripción de dominio; según el austriaco (1467 y 1468), si no hay inscripción, son precisos treinta años, y según el art. 150, el derecho adquirido por prescripción no puede perjudicar al que, fiándose de los registros públicos, ha adquirido una cosa ó un derecho ántes de la transcripción de la prescripción. El Código prusiano dice, (511): «no se puede prescribir contra derechos inscritos en los Registros públicos.» En Servia son precisos veinticuatro años, si no hay inscripción, y bastan diez cuando la hay. En España, con arreglo al art. 35 de la ley hipotecaria, «la prescripción que no requiera justo título, no perjudicará á tercero, si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla; tampoco perjudicará á tercero la que requiera justo título, si éste no se halla inscrito en el Registro; el término de la prescripción principiará á correr, en uno y otro caso, desde la fecha de la inscripción. En cuanto al dueño legítimo del inmueble ó derecho que se este prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo á la legislación común.»

CAPITULO VI

DESARROLLO DE LA RELACION JURÍDICA.

En el proceso de la relacion de la propiedad, despues de sometido á nuestro poder el objeto natural, viene la *transformacion* del mismo del modo adecuado para que sirva al fin que nos proponemos, y el consiguiente aprovechamiento ó *disfrute* del resultado obtenido, siendo condicion para que ambas cosas sean posibles el *acceso* en todo caso á la cosa apropiada. De aquí tres de los derechos comprendidos en el dominio: el de transformar, el de gozar ó disfrutar y el de tránsito.

§ 1º *Derecho de transformar*.—Límites puestos al mismo.—Si tiene el propietario derecho de destruir.—Cuándo hay deber de transformar.

En todos los Códigos se consagra este derecho, si bien solo el de Portugal le dedica un título aparte (1), cuyo primer artículo (2315) dice: «el derecho de transformacion abraza la facultad de modificar ó alterar de cualquiera manera, en todo ó en parte, y hasta la de destruir la sustancia de la cosa propia.» Aquí se ofrecen tres cuestiones: ¿tiene límites este derecho? ¿llega hasta el poder de destruir? ¿es á veces un deber?

La primera la resuelven todas las legislaciones afirmativamente, pues, de un modo explícito ó implícito, reconocen la necesidad de respetar el derecho de tercero.

(1) El 6º del libro único, parte 3ª.

La diferencia consiste en que los más de ellos incluyen sin razon estas limitaciones en el tratado de servidumbres (1), mientras que otros, como el de Argovia, el de Friburgo y el de Portugal, con mejor acuerdo, las consideran como restricciones impuestas á la propiedad en defensa de la ajena, ó como derechos que nacen de ser vecinos ó colindantes los prédios, segun hacen el de Holanda, el de Zurich y el de Glaris. Y decimos: con mejor acuerdo, porque salta á la vista que tales limitaciones no son una merma ó disminucion de los derechos del propietario, sino una declaracion del punto á que estos llegan, al paso que la servidumbre, como decian los romanos, aumenta (*auxit*) los del uno y disminuye (*deminuit*) los del otro. Por ejemplo, cuando se prohíbe plantar árboles en los lindes de dos prédios, no se impone á uno carga alguna en favor del dueño del otro, sino que se dicta esa regla para que cada cual disfrute y utilice lo que es suyo y no lo ajeno (2). Y por eso, tales restricciones son, á diferencia de las servidumbres, de aplicacion general, como dice el Código de Glaris (233).

Estas limitaciones pueden clasificarse en dos grupos, segun que el tercero es una persona determinada ó indeterminada, ó, como dicen algunos escritores, segun que se establecen en interés público ó en interés particular. Al primero pertenecen todas aquellas exigidas por razones de defensa, seguridad, ornato ó salubridad pública, como las que imponen las leyes de policía respecto de la alineacion y altura de las casas, establecimientos insalubres, peligrosos ó incómodos, chimeneas, hornos, charcas, desecacion de pantanos; las que impiden la construccion de edificios en la zona militar ó cerca de los cementerios; las que vedan el ejercicio de las llamadas

(1) Las que llama el Código Napoleon: servidumbres que se derivan de la situacion de los lugares y servidumbres establecidas por la ley. Algunos autores, en la exposicion del derecho, se apartan de este método ocupándose en estas limitaciones en el tratado del derecho de propiedad, como aconsejaba Pardessus.

(2) Por esto el Código prusiano, despues de decir que «todo propietario de un fundo debe someterse á los limites y prescripciones legales de la propiedad» añade, que «debe tambien someterse á las restricciones y exigencias naturales con que está gravada su propiedad, y sin las cuales un prédio colindante no podria ser explotado» (tít. 22-1, 2 y 3.)

industrias estancadas; las que prohíben deseuar los montes y los bosques, ó regulan el uso de las aguas minerales, etc. En el segundo se comprenden: el deber, por parte del dueño del prédio inferior, de recibir las aguas procedentes del superior, lo referente al desagüe en las fincas urbanas, lo relativo á la distancia á que se han de hacer las plantaciones, escavaciones y construcciones; la llamada servidumbre de medianería, las luces y vistas en la propiedad del vecino, etc. (1).

Por último, aunque los más de los Códigos consagran el principio: *cujus est solum, ejus est a coelo usque ad centrum*, ponen luego al mismo ciertas limitaciones, que examinaremos al estudiar la legislación de minas y de aguas, y las cuales son naturalmente restricciones al derecho de transformar.

Que este llega hasta conferir al dueño la facultad de destruir, lo reconocen algunos Códigos explícitamente (2). Sin embargo, casos hay en que la ley lo prohíbe, según sucede con los monumentos artísticos (3). Como principio general, no puede admitirse semejante derecho, pues que si hay circunstancias en que se concibe el ejercicio racional del mismo, como cuando se destruye un objeto á que va unido un recuerdo desagradable, ó cuando la destrucción es solo aparente y en realidad una transformación, en otros arguye tal sin razón y tal

(1) En este grupo incluyen los Códigos la que llaman servidumbre de paso ó tránsito, que toca al *derecho de acceso*, y la obligación de deslindar, que corresponde al *derecho de excluir*. En ambas nos ocuparemos en su lugar correspondiente.

El Código de Zurich, bajo la denominación de *derecho de vecindad*, es el que establece y regula más limitaciones de esta naturaleza. El que llama camino necesario (*nothweg*) ó sea, derecho de tránsito, la obligación de ceder la parte de terreno preciso para convertir un erial en camino público, el derecho de volver (*tetrecht*), (esto es, el de disponer del espacio bastante para que la yunta y el arado den la vuelta donde por costumbre exista esta facultad), el desagüe, el acueducto, la plantación de árboles, el cierre, la guarda de ganado (obligación, en el que destina un fundo á apacentar ganado, de impedir que entren en el colindante), el deslinde, la edificación y el uso perjudicial de la propiedad. Una cosa análoga sucede en el de Glaris.

En esta materia es notable la legislación de Cataluña consignada en la costumbre de *Santacilia* y el privilegio *Recognoverunt proceres*.

(2) Respecto de Francia, se cita por algunos como límite de esta facultad el art. 434 del Código penal que castiga al incendiario, aunque la cosa quemada sea propia; pero es cuando «voluntariamente haya ocasionado algún perjuicio á otro»

(3) La legislación rusa prohíbe destruir los restos de castillos viejos, fortificaciones, construcciones ú otros monumentos antiguos que haya en las fincas apropiadas.—Véase Lehr, *Droit civil russe*, § 319.

desconocimiento del fin social de la propiedad, que la ley debe impedirle y hasta penarla, y nunca autorizarla.

Pero el derecho de transformar es á veces un deber, como sucede en el caso del edificio ruinoso que necesita reparacion, base del interdicto de obra vieja. ¿Mas tiene aquel sancion penal, de suerte que de moral se convierta en jurídico? En otro lugar hemos visto que en Austria se consideran como abandonados, y [por tanto susceptibles de ser adquiridos por ocupacion, los prédios rústicos por falta absoluta de cultivo, y los urbanos por falta de reparacion; y que en Servia se tienen por lugares desiertos los abandonados por diez años y aquellos que se han dejado de trabajar por tanto tiempo, que ha nacido en ellos yerba ó maleza. En Inglaterra y Bélgica, en la última por una ley de Febrero de 1847, los municipios pueden ser expropiados por el Estado cuando no desmontan los terrenos que les pertenecen, y lo propio, dice Ahrens, deberia hacerse con los particulares que no pueden ó no quieren cultivar por sí mismos la tierra. Cuando hay fundamento á la presuncion de abandono, el legislador hace bien en reconocerlo y autorizar una nueva adquisicion; pero el ilustre jurisconsulto va sin duda alguna demasiado lejos cuando afirma, que «el propietario que carece de inteligencia, de buena voluntad ó de medios suficientes para utilizar su propiedad ó para hacerle producir los frutos que deben esperarse de ella, puede ser obligado por el Estado á cederla mediante una justa indemnizacion, para que pueda en otras manos ser más útil á la sociedad (1).» Por este camino se llegaria á convertir á aquel, no ya en tutor, sino en administrador de la fortuna de todos los particulares, con grave daño, no solo del derecho de estos, si que tambien de la riqueza pública, que perderia manifiestamente con esta sustitucion de la responsabilidad individual por la del Estado. En este predominio del interés social, mal entendido, se fundaban todas aquellas limitaciones puestas antiguamente á esta facultad de transformar, de que son un triste ejemplo en España los famosos pri-

(1) *Derecho natural*, § 64.

vilegios del Honrado Consejo de la Mesta, y que, según vimos en su lugar, han desaparecido casi en totalidad en nuestros días.

§. 2º.—*Derecho de gozar ó disfrutar.*—Diferencias entre la percepción de frutos y la adquisición por accesión.—A quién pertenecen los frutos de una cosa.—Crítica de la clasificación de estos en naturales, industriales y civiles.

Más arriba queda dicho por qué no debe considerarse la percepción de frutos como una especie de accesión, según hacen muchos Códigos. Esta supone la unión de otra cosa á la nuestra, al paso que aquella es la realización del fin natural de la propiedad. Mientras los frutos no se recojen, constituyen una parte de la misma, y después, al separarse, como dice Demolombe, en vez de haber accesión, hay *discession*. «La verdad es que el dueño entonces no hace más que ejercitar su derecho de dominio, en el cual está incluido el de *gozar*; no adquiere en virtud de uno nuevo esta cosa que, al separarse de la suya, viene á adquirir una individualidad distinta; sino que lo que sucede es tan solo que su derecho de propiedad anterior se mantiene y continua sobre esta cosa producida por la suya, y en adelante principal ya por sí misma (1).»

Pero derivándolo de uno ú otro principio, todas las legislaciones reconocen en el propietario el derecho á hacer suyos los frutos de las cosas, salvo que tenga uno particular sobre ellos un tercero, como el poseedor de buena fé, el usufructuario, el arrendatario, etc. Los más de los Códigos conservan la tradicional clasificación de aquellos en naturales, industriales y civiles (2), enumerando unos los incluidos en cada grupo, y

(1) Demolombe, *ob. cit.* § 573.

(2) De esta regla es una excepcion, por ejemplo, el Código ruso que dice (artículos 424 y 425): «aquél á quien pertenece en plena propiedad un prédio tiene derecho á todos los productos de la superficie, á todos los que la tierra encierra en su seno, á las aguas que se encuentran dentro de los límites del mismo, en una palabra, á todo lo que depende del fundo por cualquier concepto que sea. Tiene derecho á todos los frutos, productos, provechos, crecimientos y ventajas, así como á todo lo que puede sacar de él por su trabajo ó por su industria.»

definiendo otros los de cada clase (1). Realmente la única division exacta y de aplicacion práctica (2) es la de frutos industriales y civiles, segun que provienen directamente de la cosa: *ex ipso corpore rei*, ó que se obtienen con ocasion de ella por virtud de una relacion de derecho con un tercero; *qui non natura, sed jure percipiuntur*. Incluimos entre los industriales los comunmente llamados naturales, porque verdaderamente no los hay tales tratándose de cosas apropiadas; lo que sucede es que la parte que en la produccion toma el hombre y la que toma la naturaleza, varian segun los casos (3), pero ambas se dan siempre, y por eso se legitima la percepcion de frutos por el propietario. Así que el Código italiano (4) ha hecho bien, en nuestro juicio, al suprimir la distincion entre naturales é industriales, pero mal al dar á todos el primero de estos nombres, pues, además de ser inconsecuente denominando de ese modo á los que provienen directamente de la cosa con el concurso de la industria del hombre, supone que se obtienen otros sin la intervencion de éste, respecto de los cuales faltaria entonces el fundamento de la propiedad.

§. 3º.—*Derecho de tránsito*.—Su fundamento.—Condiciones con que lo establecen las legislaciones.

El ejercicio de los derechos de transformacion y disfrute seria en ocasiones imposible, si la ley no reconociera el de

(1) El Código portugués dice tan solo (art. 495, § 3º): «llamanse frutos naturales los que la cosa produce espontáneamente; industriales, los que produce mediante la industria del hombre; y civiles, las rentas ó intereses procedentes de la misma cosa.»

(2) Entre otras razones, porque los naturales é industriales se adquieren en el instante en que se separan de la cosa, y los civiles dia por dia, y de aquí las diferencias en la percepcion de unos y otros en los casos del usufructo, arrendamiento, etc.

(3) Compárese la diferencia que hay entre el escultor que de un poco de barro hace una hermosa estatua, y el dueño de una dehesa que exija escasos cuidados por parte del propietario.

(4) Dice en el art. 444: «Los frutos naturales y los civiles pertenecen por derecho de accesion al propietario de la cosa que los produce. Son naturales los que provienen directamente de la cosa, con ó sin el concurso de la industria del hombre, como los granos, la yerba, la leña, las crias de los animales y los productos de minas, canteras y turberas.»

tránsito ó acceso; y por esto los Códigos lo conceden al dueño de un predio enclavado entre otros ajenos y sin salida á camino público, obligando á indemnizar al propietario de la heredad perjudicada (1). Unos dan esa facultad más bien con relación á las fincas rústicas, y otros también para conducir los materiales con que se ha de reparar la urbana (2); así como los hay que la extienden al caso de que no pueda procurarse la salida «sino con un excesivo coste ó incomodidad (3).» En cuanto al modo de trazar aquella, por regla general se dispone que se busque el camino más corto y se haga de modo que se cause el menor perjuicio posible al dueño de la finca por que se ha de dar aquella (4).

Todos los Códigos tratan de este derecho como una de las servidumbres establecidas por la ley; excepto el portugués (5), que lo considera como uno de los comprendidos en el de goce ó disfrute (6).

(1) Código Napoleon, art. 682-684; italiano, 592 y siguientes; portugués, 2309 y siguientes; Zurich, 574 y siguientes; Glaris, 187 y siguientes; Lehr, *droit germanique*, § 94; *droit russe*, § 333. El Código de las islas jónicas (art. 563) niega este derecho «cuando el dueño del predio enclavado, sus herederos ó causa-habientes adquiriesen otro fundo que linda con aquel y que tiene salida á la vía pública.»

(2) Código portugués, art. 2314; italiano, 592.

(3) Código italiano, art. 593.

(4) A veces por interés de la finca enclavada ó de las otras puede ser más conveniente uno más largo, como cuando esto ahorra, por ejemplo, la construcción de un puente.

En Navarra se determina este punto de un modo singular. El dueño de la heredad enclavada dará voces llamando gente desde ella, y por donde viniere el primer hombre, por allí se abre el camino: «*por out viniere el primer ombre á eill, por aqueill lugar debe aver camino*» (Nov. Rec., lib. 5º, tit. 12, cap. 4º.)

En Vizcaya «el terreno es terreno abierto: cualquiera tiene derecho de tránsito por una heredad, aunque esté cerrada y amojonada, si lo hace cuidadosamente y evitando daño» (Gutierrez, *ob. cit.*, tomo 6º, cap. 16, sección 4ª.)

El Fuero viejo de Castilla reconoce este derecho, dando salida «por do sea más cerca la entrada ... ca ninguna eredad es sin entrada ni salida» (ley 5ª, tit. 5º, libro 4º—(Véase también la 9ª, tit. 3º, lib. 8º del Fuero Juzgo.)

(5) «El derecho de disfrute abraza: 1º el derecho de percibir todos los frutos naturales, industriales ó civiles de la cosa propia; 2º el derecho de accesión; 3º el *derecho de acceso*» (art. 2287.)

(6) El Código de Glaris declara (189) que «si por razón de los frios del invierno ó por cualquiera otra causa análoga, el dueño de un inmueble está transitoriamente impedido de abrevar su ganado en el sitio de costumbre, tiene el derecho de llevarlo á abrevar á otro pasando por la propiedad ajena, áun cuando no exista servidumbre propiamente dicha constituida en su favor.»

CAPITULO VII.

MANTENIMIENTO DE LA RELACION JURÍDICA.

Una vez sometido á nuestro imperio el objeto natural, la trasformacion del mismo y su aprovechamiento serian imposibles si no fuéramos mantenidos en el ejercicio de las facultades que la naturaleza y fin de la propiedad implican. De aquí el derecho de *poseer*, el de *excluir* y el de *reivindicar*.

§ 1º—*Derecho de poseer*.—Distincion entre el *jus possidendi* y el *jus possessionis*.—
Cuándo se dá la posesion propiamente juridica.

Ante todo, debemos hacer notar que tratamos aquí del *jus possidendi* y no del *jus possessionis*, cosas que, como hace notar Savigny (1), han confundido muchos autores, no obstante ser clara la diferencia que Doneau estableció ya de una manera satisfactoria (2). El derecho de poseer es uno de los comprendidos en el de propiedad, y que éste necesariamente implica, como que sin él no seria posible el cumplimiento del fin que aquella cumple (3). El derecho de posesion es, no una consecuencia del dominio, sino causa ó condicion para el ejerci-

(1) Savigny, *Tratado sobre la posesion*, sec. 1ª, § 1º.

(2) *Comment.*, lib. 9º, cap. 9.

(3) «Siendo la propiedad la posibilidad legal de disponer de una cosa segun nos parezca y con exclusion de toda otra persona, la detencion constituye el ejercicio de la propiedad; es el estado *natural* que corresponde al estado *legal*, la propiedad.» Savigny, *loc. cit.*

cio de determinados derechos (1). Por esto, aquí solo debemos ocuparnos en el primero; del segundo trataremos en su lugar correspondiente.

Sea por la claridad misma del derecho de poseer, sea porque los legisladores se han preocupado más con la difícil materia de la posesion (*jus possessionis*), lo cierto es que casi exclusivamente en este último sentido lo regulan los Códigos, los cuales, si se exceptúa el báltico (2), no lo enumeran, en el primero, entre los derechos que integran el dominio (3). Contribuye á eso también la circunstancia de que, teniendo el dueño los derechos que tiene el poseedor, con más los que le distinguen de este, no necesita, en los casos de violacion, presentarse con el primer carácter, sino que le basta el segundo, como acontece, por ejemplo, cuando há menester de utilizar los interdictos de retener y recobrar (4), por donde parte de lo que se estatuye con relacion al *jus possessionis* viene á tener aplicacion al *jus possidendi*. Así sucede que los Códigos tratan de la posesion, ó en la materia de los derechos reales, ó en la de la usucapion ó prescripcion adquisitiva, para la cual es aquella un requisito indispensable.

Siendo la posesion una condicion precisa para el ejercicio de la propiedad, claro es que se da lo mismo respecto del dominio que de todos los derechos reales, en tanto que cada uno de estos es una limitacion de aquel ejercicio, sin que sea nece-

(1) «Los romanos determinaron los modos de adquirirla y perderla (la posesion); por tanto, la consideran, no sólo como la consecuencia de un derecho, sino también como la condicion de ciertos derechos.» Savigny, *loc. cit.*

(2) Véase lo dicho en el cap. 4º. El Código de Friburgo, en el capítulo que se titula: *De la conservacion y de la reivindicacion de la propiedad*, dice (art. 538): (La propiedad se conserva por la posesion y por los diferentes medios indicados por la ley, etcétera.)

(3) El de Portugal, con ser el más comprensivo en este punto, sólo parece tenerlo presente al subdividir el derecho de exclusion en los tres de deslinde, acotamiento y defensa, el último de los cuales lo regula en los artículos 2354 y 2355, en esta forma: «Todo propietario tiene el derecho de defender su propiedad repeliendo la fuerza con la fuerza ó acudiendo á las autoridades competentes. Si la violacion proviniese de cualquier obra nueva á que alguno diese comienzo, podrá el ofendido prevenirse y asegurar su derecho embargando la obra.»

(4) El de adquirir, que propiamente no es posesorio, y el de obra vieja, tienen otro fundamento.

sario hacer la distincion entre *posesion* y *cuasi-posesion* (1) á que fueron conducidos los romanos por la teoría de las cosas corporales é incorporeales, que en el lugar correspondiente he-

(1) ¿Es un accidente el que encontremos con singular frecuencia usada la particula *cuasi* en los Códigos y en los tratadistas de derecho, los cuales á cada momento emplean los términos *cuasi-tradicion*, *cuasi-posesion*, *cuasi-usufructo*, *cuasi-contrato*, *cuasi-delito*, *cuasi-castrense*, etc., etc.? A esta pregunta deberá contestarse afirmativa ó negativamente, en nuestro juicio, segun que hallemos ó no algo de comun en aquellos vocablos tan distintos á que acompaña la misma particula en cuestion. Para ello veamos cómo ha surgido en cada caso la necesidad de emplearla.

Observaron los juristas que para transmitir el dominio de las cosas, era requisito indispensable el entregarlas de un modo visible y material, pasando la alhaja ó el caballo de mano á mano, poniendo los piés en la finca el adquirente, ó recibiendo las llaves de la casa, y á esto llamaron *tradicion*. Pero llegó un dia en que hubo necesidad de transmitir ciertos derechos, que por su naturaleza recibieron la denominacion de cosas inmateriales, y respecto de las cuales no cabia la entrega en aquella forma; y, sin embargo, era preciso hacer posible su enajenacion. ¿Cuál era el medio de salvar la dificultad, esto es, de satisfacer una necesidad práctica, y al mismo tiempo no destruir el concepto consagrado de la *tradicion*? Llamarla en este caso *cuasi-tradicion*.

Vieron asimismo que, por lo general, se entraba en posesion de una cosa y se continuaba en ella mediante la tenencia material de la misma, y se consideró esta circunstancia como requisito esencial de la *posesion*. Pero llegó tambien un dia en que se echó de ver que se gozaban y disfrutaban determinados derechos, y, sin embargo, no era posible, respecto de ellos, aquella condicion. ¿Cómo resolver el conflicto? De un modo igual al anterior: inventando el término *cuasi-posesion*.

Comenzaron los hombres á cederse mutuamente por un tiempo limitado las cosas que poseían, á fin de que el cesionario se sirviera de ellas, á condicion de devolverlas al cedente para que éste pudiera continuar utilizándolas; y los juristas consideraron como requisito indispensable del *usufructo* el *salva rerum substantia*. Pero luego observaron que podian darse para este fin cosas que se consumian totalmente por el uso, como el dinero y el trigo; y era preciso, ó renunciar á la definicion admitida, ó negar que fuera posible en tal caso. Se resolvió el problema inventando la denominacion de *cuasi-usufructo*.

Creyeron los juristas que toda obligacion nacia de un acto de la voluntad recta ó torcida, y proclamaron que eran fuentes de aquélla el *contrato* y el *delito*. Pero luego hubieron de reconocer que nacia tambien de otros actos que propiamente no eran ni lo uno ni lo otro, aunque se asemejaban á ellos, á su parecer; y salieron del conflicto añadiendo á éstos el *cuasi-contrato* y el *cuasi-delito*.

Estimó justo el legislador que el hijo hiciera suyo lo que ganaba en el campo de batalla, y creó el *peculio castrense*. Más tarde pareció que la misma razon habia para que fuera de su propiedad lo que adquiria en el ejercicio de cargos civiles, y apareció el *peculio cuasi-castrense*.

Resulta de estos ejemplos, lo mismo que de otros que omitimos en gracia de la brevedad, una cosa á nuestro juicio clara. Los pueblos y juristas, intérpretes del sentido jurídico de aquéllos, en vista de un número determinado de hechos, llegan, por un procedimiento inductivo, á formar un concepto cerrado de una institucion, haciendo entrar en la definicion de la misma todas las circunstancias comunes á los hechos observados. Más tarde, la vida se desenvuelve, se hace más compleja, y surgen otros nuevos, análogos, pero no iguales á los anteriores; y

mos examinado (1). Pero mientras no haya una relacion de propiedad, total ó parcial, sea verdadera ó presunta, no hay posesion propiamente jurídica; hay solo tenencia ó detentacion, como sucede cuando se tiene una cosa en precario, depósito ó comodato, porque falta la base del derecho de poseer. Lo que sí puede acontecer es, que dos ó más la tengan respecto de la misma cosa, aunque no en la misma relacion. Así no es posible que dos posean como dueños, pero sí que uno lo haga como tal, y otro en virtud de una servidumbre, un censo ó un arrendamiento que confiera un derecho real; cada cual tiene la adecuada á la relacion jurídica en que es sujeto.

§ 2º.—*Derecho de excluir.*—Deslinde y amojonamiento.—Cierre de las fincas; requisitos; limites.

El derecho de excluir comprende dos: el de *deslindar* y el de *cerrar*, en que se ocupan unos Códigos en el tratado de servidumbres, y otros, con mejor acuerdo, al dictar disposicio-

entonces se entabla una lucha entre el sentido estrecho y dogmático consagrado y las exigencias de la realidad y de la práctica. Y como los principios tradicionalmente admitidos han pasado poco menos que á la categoria de axiomas, de cuya verdad ni siquiera se duda, y de otro lado, las nuevas relaciones nacidas por virtud del progreso social reclaman ser reconocidas y amparadas por el derecho, se resuelve el conflicto, segun hemos visto, de un modo que es muy racional, puesto que lo que se hace al servirse de la partícula *cuasi*, es, de una parte, mantener el antiguo sentido, y de otra, reconocer que es incompleto; es decir, á la vez ratificarlo y rectificarlo, y eso es lo que cuadra en unos momentos en los que la conciencia jurídica social, ni tiene capacidad para levantarse á la concepcion de un nuevo sentido más ámplio y comprensivo, ni puede cerrar los ojos á la luz negándose á reconocer lo que en la realidad se muestra con toda evidencia.

Esta antinomia desaparece el dia en que la ciencia demuestra, no sólo la insubsistencia de esos conceptos estrechos y cerrados, sino la necesidad de sustituirlos con otros más comprensivos, más exactos y verdaderos, en los cuales quedan comprendidos todos los hechos, así los que sirvieron para la primera definicion, como los que más tarde obligaron á servirse de la partícula *cuasi*. Hoy todavía en los Códigos y en los tratados de derecho, son de uso frecuente estos vocablos compuestos, pero algunos han desaparecido ya, y los demás correrán igual suerte; pues es claro que el dia en que jurisconsultos y legisladores reconozcan que no es característico de la tradicion, de la posesion, del usufructo, etcétera, aquello que no conviene á la cuasi-tradicion, á la cuasi-posesion, al cuasi-usufructo, y si algo que cuadre á ambas, este algo será el fundamento del concepto de cada institucion jurídica y lo expresado en su única y simple denominacion.

(1) Véase el tomo 1º, p. 128.

nes generales sobre la propiedad, ó al regular las relaciones entre prédios colindantes.

En cuanto al primero, todas las legislaciones (1) autorizan al propietario á exigir de su vecino el deslinde y amojonamiento de las heredades contiguas, disponiendo alguno el órden en que al efecto se han de tener en cuenta el título, la posesion y los demás medios de prueba, y la proporcion en que se ha de dar ó quitar á cada cual el terreno cuyo dominio no resulte claramente á quien pertenece (2).

De más interés es lo referente al *cierre* de las fincas. El Código Napoleon, confirmando un decreto de la Asamblea nacional (3), lo consagra terminantemente en su art. 647, y lo propio hacen todas las legislaciones hoy. Las diferencias recaen sobre los requisitos que son necesarios para que se entienda una finca cerrada, y sobre la colision que puede surgir del ejercicio de este derecho con otros establecidos por ley, costumbre ó convencion.

Por lo que hace al primer punto, en ninguna parte hallamos la série de dudas que han surgido en España al interpretar los términos: *acotar*, *cerrar* y *cercar*, con motivo del famoso decreto de las Córtes de Cádiz de 1813, origen de tan varias y numerosas disposiciones (4). El Código Napoleon nada dice, y se supone allí vigente el art. 6º de la ley de 1791, en que se requiere pared de cuatro piés, barreras, empalizadas, soto vivo ó seco, etc. El de Portugal declara (art. 2346), que todo propietario puede poner pared, vallado ó seto á su propiedad ó *tapál-a* de cualquier modo (5).

(1) Aunque en Inglaterra no se admite en principio este derecho, el tribunal de equidad ó de la Cancillería interviene cuando hay cuestion sobre límites y manda un comisario á establecerlos.

(2) El de Portugal (artículos 2340-2343) y el de Berna (402-408), son los que entran en más pormenores en sobre este punto.

(3) El de 26 de Setiembre—6 de Octubre de 1791, en el cual se dice: «El derecho de abrir y de cerrar las heredades resulta necesariamente del de propiedad, y no puede negarse á ningun propietario. La Asamblea nacional deroga todas las leyes y costumbres que sean contrarias á este derecho.»

(4) Véase el *Diccionario de Escriche*, última edicion, artículo: *acotamiento*.

(5) Así el de Portugal como el de Zurich (artículos 592-594) toman en cuenta la distinta naturaleza del cierre para determinar el espacio que deba dejarse ó no entre finca y finca.

Y por lo que hace al segundo, su resolución depende de que queden más ó ménos vestigios de aquellos derechos de la antigua comunidad agraria, cuyo nacimiento y transformación hemos estudiado en otro lugar. De aquí las distinciones: entre el derecho de pasto fundado en la costumbre y el que arranca de título, que se hace lo mismo en Francia que en España (1); y entre las que son verdaderas servidumbres establecidas en favor de particulares (2) y la utilización de los terrenos abiertos, después de levantado el fruto, por todos los vecinos de un pueblo. En efecto, uno es el caso del que ha adquirido el derecho de aprovechar el pasto de una heredad; otro, el que tienen los dueños de varias fincas, cuyo conjunto está cerrado, á utilizarlo en ciertas condiciones, como sucede á veces con las praderías después de levantado el primer pelo; otro, el que asiste á todos los habitantes de un término para llevar sus ganados á pastar en todas las tierras abiertas cuando se ha recogido el fruto, según acontece, por ejemplo, con los rastrojos; y otro, el que tienen los vecinos de un pueblo á llevar sus ganados á las pastos comunes, baldíos de concejo, etc. (3).

§ 3º *Derecho de reivindicar*.—Su fundamento.—Diferencias entre las legislaciones respecto de la reivindicación de las cosas muebles.—Puntos en que aquellas se separan del derecho romano.—Carácter del derecho de reivindicar.

La posesión, el deslinde, el cierre ó acotamiento, son medios para conservar la propiedad. Mas como puede suceder que se nos prive de ella injustamente, la ley confiere al perjudicado los medios adecuados al caso para que le sea dado recobrarla, los cuales incluimos en el término *reivindicación*,

(1) Véase: Escriche, *loc. cit.*; Aubry y Rau, *ob. cit.*, § 1º; Demolombe, *ob. cit.*, libro 10, § 286 y siguientes.

(2) El Código italiano dice sencillamente (art. 442): «Todo propietario puede cerrar su predio, salvo los derechos de servidumbre que tenga un tercero.»

(3) De aquí la distinción entre lo que los franceses llaman *vaine pâture* y *pâture grasse* ó *vive*.

Es de notar que según el Código Napoleón (art. 648), el propietario que cierra su finca, pierde el derecho á la *vaine pâture* en proporción del terreno que sustrae á la misma. En España no sucede esto.

el cual debe entenderse, no en su lato sentido, sino en el restringido que de ordinario se le da (1). Con aquel nombre ó con otro consagran este derecho los más de los Códigos civiles, y los que no, lo dan por supuesto y lo regulan en los de procedimiento (2). Él sigue á la propiedad como la *accion* al derecho violado ó desconocido.

Las únicas diferencias entre las legislaciones en esta materia recaen: una, sobre los derechos que se reconocen en el detentador, segun que es de buena ó de mala fé, cuando es vencido por el dueño que reivindica, en lo cual nos ocuparemos al estudiar la *posesion*; y otra, sobre los derechos respectivos de propietario y poseedor cuando se trata de cosas muebles perdidas, robadas ó fiadas á un tercero. El Código Napoleon (artículos 2279 y 2280) reconoce en el dueño de la perdida ó robada la facultad de reivindicarla durante tres años; pero si el poseedor la ha adquirido en feria, mercado ó venta pública, ó de un mercader que vende cosas semejantes, el propietario tiene que reembolsarle lo que ha costado. En Alemania, mientras unas legislaciones llegan á reconocer este derecho en el propietario siempre y sin excepcion, otras ni áun en el caso de la cosa perdida, robada ó confiada á un tercero, lo

(1) Entendiendo en sentido lato el *derecho de reivindicar*, y refiriéndose por tanto á todos los derechos referentes á la propiedad, esto es, no solo al dominio, sino á cada uno de los reales, es claro que de él se derivan, además de la *accion reivindicatoria*, la *confesoria*, la *negatoria*, la *pignoraticia*, la *hipotecaria*, etc.

(2) El de Napoleon solo por incidencia habla en algunos artículos de la reivindicacion. El de Italia dice en el 439: «el propietario de una cosa tiene el derecho de reivindicarla de manos de cualquiera detentador ó poseedor, salvo las excepciones establecidas por la ley.» El de Portugal bajo el epigrafe: del derecho de *restitucion* y de la indemnizacion por los derechos violados, dice (art. 2356): «á todo aquel cuya propiedad ó cuyos derechos fuesen violados ó usurpados, les serán restituidos y será indemnizado en los términos prescritos en el presente Código y en el de procedimiento.» Segun el Código báltico (897-926) «la *accion de reivindicacion*, que compete á todo propietario, es el medio que la ley pone á su disposicion para obligar á los terceros á reconocer su derecho y á restituirle su cosa.» El de Austria declara (366) que «la *accion petitoria* compete al propietario contra todo poseedor.» El de Berna (409): «el propietario de una cosa puede exigir la *restitucion* de ésta al detentador.» El de Lucerna (254): «el propietario tiene derecho á *reclamar* su cosa de todo detentador, presentando sus títulos.» El de Soleure (706): «el propietario puede *reivindicar* su derecho de propiedad.» El de Glaris (169): «el propietario tiene, cuando su inmueble se encuentra contra su voluntad en posesion de un tercero, el derecho de *reivindicarlo* siempre que no haya tenido lugar la prescripcion.»

admiten cuando se ha adquirido en mercado ó plaza pública (1).

Los Códigos modernos se han separado del derecho romano en materia de reivindicacion, no solo en este caso de las cosas muebles, sino tambien en parte respecto de las inmuebles por virtud del valor que han dado á la inscripcion en el Registro de la propiedad, con el cual es incompatible el principio: *res ubicunque sit suo domino clamat*, segun veremos más adelante.

Por lo demás, es de notar que este *derecho de reivindicar* es el esencial y característico del dominio, como lo prueba la circunstancia de ser el único cuyo ejercicio no puede limitarse por ningun derecho real, y así la *posesion (jus possessionis)* confiere al poseedor todos los que integran aquél, excepto éste. Es verdad que hay casos en que no se puede ejercitar, pero es, ó por imposibilidad de distinguir la cosa de las demás de su especie, como sucede con las monedas ó los billetes de banco (2), ó porque el legislador estima que debe sacrificarse el derecho del propietario al interés general y á las condiciones de las transacciones mercantiles, segun acontece con la robada, perdida ó confiada á un tercero, lo cual, segun hemos visto, no todos hacen (3).

(1) Lo mismo el de Italia: (708 y 709). En Portugal (532-534), si la cosa perdida ó robada pasa á manos de un tercero de buena fé, éste la prescribe á los seis años. Si la reivindica el dueño y el poseedor la ha adquirido en mercado, etc., aquel tiene que indemnizar á éste. Segun el Código austriaco (367), no procede cuando el poseedor es de buena fé y la ha comprado en los mercados públicos, ó á la persona á quien la habia confiado el dueño de la cosa. Segun el báltico, tampoco hay derecho á reivindicar cuando el propietario ha confiado la cosa mueble á titulo de préstamo, depósito, prenda, etc., á otra persona que abusivamente la trasfiere. En Servia (art. 221), no se puede reivindicar, ni aún ofreciendo indemnizacion, cuando se ha adquirido en mercado, etc., ó de la persona á quien se habia confiado. Segun el Código de Glaris (229), el propietario que ha confiado una cosa mueble á un tercero que ha abusado de su confianza, no puede reclamarla del adquirente de buena fé sino reembolsándole préviamente el precio pagado.

(2) Pueden incluirse en este caso los títulos de la Deuda pública y los documentos de crédito al portador, porque aún cuando implican tan sólo un *jus ad rem*, no un *jus in re*, y no son en si mismos objeto de propiedad al modo que lo es la moneda ó cualquiera otra mercancia, sí lo son en cuanto constituyen el único medio de hacer efectivo el valor que representan.

(3) Así que los Códigos que disponen esto, exceptúan el caso de que por circunstancias particulares pueda el demandante probar su derecho de propiedad (Código austriaco, art. 371), ó que por circunstancias especiales el detentador supiera que no podia apropiárselas. (Lucerna, art. 254).

CAPITULO VIII.

TRASMISION DE LA RELACION JURÍDICA.

El hombre es por naturaleza un sér sociable, y por esto la facultad de *transmitir* es una de las comprendidas en el derecho de propiedad. Todos los modos de ejercitarla pueden clasificarse en dos grupos, segun que la trasmision se verifique por actos *inter vivos* ó *mortis causa* (1); esto es, por virtud de las convenciones ó por la sucesion hereditaria (2). Ambos son

(1) Algunos autores y aun algunos Códigos, como el de Austria (424), el de Servia (286), el de Argovia (509), y el de Lucerna (286), añaden que tambien se transmite la propiedad por ministerio de la ley y por las sentencias de los tribunales. Pero en el primer caso, ó se trata de la propiedad en general, y entonces lo que la ley hace es *declarar* á quien pertenece, ó de transmitir á un individuo ó corporacion una cosa que pertenece al Estado, como sucedia con las *leyes agrarias* de Roma, y entonces es una donacion. Y en cuanto al segundo, salta á la vista que las sentencias de los tribunales, ó hacen una *declaracion* de un derecho puesto en duda o desconocido, ó enajenan una cosa haciéndolo en representacion del dueño.

(2) El Código Napoleon (art. 711), los clasifica en tres grupos: sucesion, donacion entre vivos ó testamentaria y obligaciones; para lo cual rompe la unidad de la sucesion hereditaria y desliga la donacion de las convenciones. El italiano dice (art. 710): «La propiedad y los demás derechos sobre las cosas, se adquieren y se transmiten por sucesion, por donacion y por efecto de las convenciones.» (Véase más arriba, cap. 5º, § 1º.) El de Zurich, dice (art. 532): «La propiedad de los inmuebles se transmite: 1º, entre vivos, por acto auténtico; 2º, por causa de muerte, por derecho de sucesion.» El de Glaris considera como justos titulos de adquisicion: el contrato, la herencia, el juicio y la adjudicacion (art. 175.) La legislacion inglesa los clasifica en dos grupos: *descent* (sucesion intestada) y *purchase* (convenciones y testamento.)

modos de adquirir derivados, en cuanto presuponen una relacion preexistente, en la que cambia sólo el sujeto.

§ 1.—*Trasmision por actos inter vivos*.—El derecho de enajenar es inherente al dominio.—Clasificacion de las legislaciones bajo el punto de vista del modo de verificarse la enajenacion de los bienes inmuebles; suerte de la antigua doctrina de la tradicion; valor de la inscripcion en el Registro de la propiedad. Enajenacion de las cosas muebles.—Relacion de los contratos con la propiedad.—Enajenacion forzosa por causa de utilidad pública.

«El derecho de enajenar, dice el Código portugués (artículo 2359), es inherente á la propiedad; y nadie puede ser obligado á enajenar ó no enajenar sino en la forma y en los casos determinados por la ley (1).» Este principio lo admiten todas las legislaciones, aunque no lo declaren de un modo tan explícito como la lusitana, quedando, fuera de circunstancias especiales (2), sólo como limitaciones de ese derecho las vinculaciones en algunos países, el tanteo y retracto en otros, y la expropiacion ó enajenacion forzosa por causa de utilidad pública, autorizada en todos.

En cambio hay entre ellas notables diferencias en lo referente al modo de verificar la enajenacion. Algunos Códigos todavía hablan de justo título (3) y de modo, y otros suponen esta distincion, aunque no la expresen en los mismos términos; pero los más se han apartado de la doctrina romana de la *tradition*, que en otro lugar hemos examinado (4). En este respecto pueden clasificarse las legislaciones, por lo que hace á los bienes inmuebles, en cuatro grupos. En el primero incluimos las

(1) El Código austriaco dice: «Las cosas que tienen ya un propietario, se adquieren de una manera mediata, pasando en forma legitima de un propietario á otro (art. 423). «La adquisicion mediata se deriva de un contrato, de un testamento, de un juicio ó de la ley» (art. 424).

(2) Como respecto de los bienes dotales, de los litigiosos, de los enajenados por los Tribunales para cumplimiento de obligaciones, etc.

(3) El de Argovia dice (art. 509): «el justo titulo de una adquisicion es un contrato ó una disposicion *mortis causa*, ó una sentencia judicial ó una disposicion de la ley, en particular la prescripcion.» El Código de Glaris (art. 175) dice: «para llegar á ser propietario de un inmueble, se necesita en principio: 1º un justo título, como un contrato, una herencia, un juicio ó una adjudicacion, y una traslacion de la posesion como consecuencia de este título; 2º una inscripcion en el Registro de la propiedad, etc.»

(4) Véase tomo I, cap. V, §. 6º, págs. 105 y siguientes.

que exigen la tradicion (1), entrega ó toma de posesion, como requisito indispensable para la trasmision de la propiedad; en el segundo, las que declaran que ésta se verifica por virtud de las convenciones, ya den un valor absoluto al mero consentimiento (2), ya establezcan solemnidades especiales para hacer constar éste (3); en el tercero, las que han sustituido la tradicion con la *inscripcion ó transcripcion* en el Registro (4); y en el cuarto, las que combinan estas distintas formas, exigiendo ya la tradicion y las solemnidades, ya éstas ó aquélla y la inscripcion (5), ó admitiendo un princi-

(1) En este grupo pueden incluirse algunas legislaciones, como las de Dinamarca, Noruega, provincias bálticas, Servia, Berna, etc., porque áun cuando exigen tambien la inscripcion en el Registro, no depende de ella la trasmision de la propiedad inmueble.

(2) En este caso se encontraba el Código Napoleon, copiado en este punto por otros, como el de Friburgo, Tessino, etc.. Dice en su art. 711: «la propiedad de los bienes se adquiere y se trasmite por sucesion, por donacion entre vivos ó testamentaria y por efecto de las obligaciones.» En el 1138: «la obligacion de entregar la cosa queda perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes; *el hace al acreedor propietario*, etc. Y en el 1583: la venta «queda perfecta entre las partes y la propiedad la adquiere de derecho el comprador respecto del vendedor, tan pronto como se ha convenido en la cosa y en el precio, aunque la cosa no haya sido entregada, ni el precio pagado.» Pero por la ley de 23 de Marzo de 1855 sobre transcripcion, se exigió esta para que la trasmision valga contra *tercero*.

(3) El Código de Vaud (art. 1113) copia el art. 1583 del Código Napoleon y añade: «sin embargo, la venta de un inmueble no es perfecta sino cuando el acto auténtico está otorgado; ántes hay solo una promesa de venta.» Lo mismo dice el de Neuchatel (art. 1223). En Suecia (Saint-Joseph *ob. cit.*, tomo III, pág. 520), todo título de venta de un inmueble debe presentarse al Tribunal, donde se lee en tres audiencias, y segun las leyes hipotecarias de 1875, es obligatoria la investidura legal (*lagfart*), pero no constituye la trasmision de la propiedad, siendo su único objeto hacerla pública.

(4) En Polonia, por la ley de 6 de Abril de 1818, mientras no se inscribe, no hay más que un derecho personal; en Holanda (art. 671) la entrega de los inmuebles se verifica por la transcripcion en el Registro; en Argovia (512) y Soleure (738) lo mismo; en Glaris (175) el adquirente de un inmueble no se considera propietario sino á partir de la inscripcion. Lher (*ob. cit.* §. 64) dice que en una gran parte de Alemania (Austria, 431, Sajonia 276, Zurich, 532, Grisons, 186, Schaffhausens 474, Argovia 512, Soleure, 738, Berna 434 y ley de 24 de Diciembre de 1846) la legislacion ha retrocedido, declarando ineficaz para la adquisicion de la propiedad la forma romana que habia llegado á prevalecer, y exigiendo, conforme con el antiguo principio del derecho germánico, que conste oficialmente el acto por medio del registro territorial. Pero algunos de los países indicados combinan la inscripcion con alguna de las otras formas, como se verá en las notas siguientes.

(5) El Código de Austria, que exige la inscripcion ó *intabulacion* (431), declara en el 1057 que en la venta no tiene lugar la adquisicion sino mediante la tradicion de la cosa vendida, perteneciendo hasta entónces la propiedad al vendedor. Segun el Código ruso (925, 987, 1417, etc.), es preciso, además del acto auténtico, poner en

pio para los contratantes y otro respecto del tercero (1).
Prescindiendo de consideraciones que es inútil repetir aquí,

posesion al adquirente, hacer pública la trasmision en el Tribunal é inscribirla. En las provincias bálticas es necesaria la tradicion, que se verifica respecto de los inmuebles por medio de la instalacion en ellos del adquirente, ó por la entrega de los títulos ó de las llaves, pero no se adquiere la propiedad sino mediante la inscripcion en el Registro (Lher, *Droit russe*, § 261). En Noruega, (Saint-Joseph, *ob. cit.*, tomo III, pág. 12), la obligacion solo confiere el derecho de obtener la tradicion, ó si se trata de un inmueble, de exigir del vendedor la entrega de un documento ó título que representa la entrega del objeto; luego se lee aquel en audiencia pública del Tribunal y se inscribe en el Registro. El Código prusiano muestra, como dice Lehr (§ 62), una yuxtaposicion de la legislacion romana y de las reglas del derecho germánico, pues declara á la vez que la adquisicion es perfecta mediante la tradicion y tambien mediante la inscripcion (Saint-Joseph, tomo III, pág. 250, 1-5, 6-14), y hoy todavia por las leyes de Mayo de 1872 se exige á la par la investidura ante el Registrador y la inscripcion, pero constituyendo un solo acto. (Véase tomo II de esta obra, pág. 305 y 306). En Servia se declara que las cosas se adquieren por tradicion (art. 285), pero tambien que es propietario el que primero inscribe en el Registro (296). En Appenzell, segun la ley de 30 de Abril de 1837, el secretario del municipio redacta el título y lo copia literalmente en el Registro. El Código de Berna (430, 432, 435 y 442), establece que la propiedad de los inmuebles se trasfiere por la declaracion de las partes interesadas ante el Tribunal y por la toma de posesion, añadiendo que el modo de adquirir consiste en la tradicion y toma de posesion legitima, exigiendo además el registro de todos los títulos de adquisicion de inmuebles. El de Lucerna determina (286 y 291) que el simple título no confiere ningun derecho de propiedad, estatuye sobre la tradicion como el de Roma, atribuye el dominio al que primero ha entrado en posesion, y declara que la entrega de un inmueble se verifica por la noticia dada al consejo comunal y por la transcripcion en los Registros públicos. Segun el de Zurich (532 y 534), ni la mera trasmision de la posesion ni el simple contrato constituyen una adquisicion de la propiedad; y al determinar los requisitos que debe reunir el acto auténtico para transmitir aquella *inter vivos*, se exige como uno de ellos la inscripcion del contrato en el Registro de inmuebles. El de Glaris (art. 175) exige el justo título, la traslacion de la posesion y la inscripcion; pero, como queda dicho en la nota precedente, el adquirente se considera propietario á partir de la última.

(1) En este caso está Francia despues de publicada la ley sobre transcripcion de 23 de Marzo de 1855, puesto que para los contratantes rige el principio segun el cual se trasfiere la propiedad por las convenciones, pero respecto de terceros es necesaria la inscripcion. El Código de Italia ha seguido fielmente la doctrina del francés (artículos 1125 y 1448); mas añade (1942), que los actos traslativos de la propiedad «mientras no se trascriban, no producen ningun efecto respecto de los terceros que, por virtud de un título cualquiera, han adquirido y legalmente conservado derechos sobre el inmueble.» Segun el portugués, la trasmision de la propiedad se verifica por el mero efecto del contrato, salvo acuerdo de las partes en contrario (715), pero «la cosa comprada pertenece al comprador desde el momento en que el contrato se ha celebrado... mas con relacion á tercero, la venta de bienes inmuebles sólo producirá efecto desde que se registrare en los términos establecidos en el título respectivo» (1549.) En este grupo debe incluirse á España, puesto que desde la publicacion de la moderna ley hipotecaria es necesaria la inscripcion respecto á tercero, por donde en cuanto á los contratantes rige la legislacion antigua, que varia segun las provincias. En Castilla y Cataluña, es necesaria la tradicion; en Navarra, una señal exterior que haga pública

puesto que en otra parte quedan hechas (1), haremos notar tan sólo que, como se ve, las legislaciones están comprendidas, en esta materia, entre dos extremos representados por el derecho romano y por el Código Napoleon; aquél, partiendo de la doctrina del título y del modo, exigía en todo caso la *tradicion* (2); éste, por el contrario, prescinde de ese dualismo declarando que la propiedad se trasmite por virtud de la mera conven- cion. Luego los Códigos parece que han retrocedido volviendo al sentido del derecho romano, pero no es así en realidad, por- que la antigua tradicion no se originaba de la necesidad de dar publicidad al acto de la trasmision y de rodear á ésta de todos los requisitos convenientes para asegurarse de su auten- ticidad, sino que era una consecuencia derivada de una doctri- na completa y estricta respecto de este punto, segun vimos en su lugar, al paso que las legislaciones modernas en el fondo han venido á consagrar el principio proclamado por el Código Napoleon, apartándose de él en los mayores requisitos que exi- gen para hacer constar el consentimiento; y más aún, en mu- chas de ellas la inscripcion tiene ese mismo carácter, siendo tan sólo una solemnidad que se añade á las otras, un medio de prue- ba más. Y donde reviste otro distinto, como sucede en los paí- ses en que la inscripcion sólo es necesaria respecto del tercero y en los que se da á aquella un valor absoluto, haciendo depen- der de ella la trasmision, responde á la necesidad de hacer ésta pública, como lo pide la naturaleza misma del derecho de pro- piedad, fin que no cumple la tradicion, la cual no fué estable- cida por los romanos con semejante intento. En suma, la pro- piedad se trasmite por virtud de las obligaciones, por el mero consentimiento, pero como la ley puede y debe exigir más ó ménos requisitos ó solemnidades para la expresion del mismo

la toma de posesion de la cosa, y en Aragon, por voluntad del enajenante, ha- biendo justa y legitima causa, se trasfiere, no sólo el dominio, sino la posesion, bastando el título si se ha celebrado por instrumento con arras ó por medio de cor- redor, ó si la escritura de venta, permuta ó donacion contiene la entrega de po- sesion. (Véase Gutierrez, *ob., cit.*, t. 7º. lib. 3º, cap. 18.) Esto último se hacia en al- gunas provincias de Francia, quedando así reducida la tradicion á una fórmula escrita ó de expresion.

(1) Véase t. 1º, págs. 120 y siguientes; t. 2º, págs. 304 y siguientes.

(2) Y cuando era imposible, la *cuasi-tradicion*.

segun la naturaleza de los actos jurídicos en que se presta, impone en éste el otorgamiento de escritura pública, ó la declaracion ante el Juez, ó la lectura del título en los Tribunales, ó la inscripcion en el Registro, que viene á ser la prueba definitiva é incontestada, además del medio único de dar á la trasmision la publicidad que exige la naturaleza misma del derecho de propiedad, y cuyo carácter se pondrá más de manifiesto cuando todas las legislaciones lo exijan, no sólo para que la trasmision perjudique á tercero, sino entre los contratantes mismos, cesando ese dualismo admitido por algunos, que tiene el inconveniente de dejar la propiedad en un estado flotante é indeciso, puesto que el enajenante, miéntras no hay inscripcion, sigue siendo propietario para el tercero, miéntras que no lo es para el comprador, como sucede en Francia tan pronto como se celebra el contrato, ó en España desde que se entrega la cosa.

En cuanto á las cosas muebles, segun unas legislaciones se trasmite la propiedad de ellas por el mero contrato (1); segun otras es necesaria la tradicion (2); y en Inglaterra, en unos casos basta aquel y en otros es precisa ésta (3). Algunos escritores suponen que el Código Napoleon exige la tradicion, fundándose en que el art. 1141, en caso de concurrir dos ventas ó donaciones de una cosa mueble, hechas en favor de dos personas diferentes, da la preferencia al que ha sido puesto en posesion de aquella, aunque su título sea posterior, con tal que sea de buena fé (4); pero esta disposicion es una consecuencia del principio de que tratándose de bienes muebles, la

(1) Código Napoleon, artículos 1138 y 1583; italiano, 1125 y 1448; portugués, 715; Vaud, 1113; Friburgo, 1408; Tessino, 703; Neuchatel, 1226.

(2) Austria, 1053; Holanda, 667; Servia, 285 y 287; Berna, 430; Lucerna, 286-290; Zurich, 646 y 647; Glaris, 221, y los pueblos escandinavos.

(3) No por la distincion entre lo que los ingleses denominan contrato *executed* y contrato *executory*, segun que, por ejemplo, dos cambian un caballo por otro llevándolo á cabo, ó convienen hacerlo en cierto dia, sino por la distincion entre los *gifts* (donacion gratuita) ó *grants* (donacion con causa) y el contrato, en cuanto en el primer caso se trasmite una propiedad *in possession*, y en el segundo, una *in action*.

(4) Lo mismo determina el Código italiano, art. 1126. El portugués (1578) da la preferencia al que tenga el título más antiguo, y si esto no puede saberse, al que haya entrado en posesion.

posesion surte el efecto de título, y no excepcion del que afirma que la propiedad se trasmite por virtud de las obligaciones. Lo que sucede es, no que el primer adquirente no se haya hecho propietario de la cosa vendida solo por efecto de la venta, sino que está incapacitado para ejercitar la accion reivindicatoria por virtud de dicha máxima (1).

No debemos ocuparnos aquí en el exámen de los actos por virtud de los cuales se trasmite la propiedad *inter vivos*, ó sea de los contratos (2), porque esto seria penetrar en la esfera del *derecho de obligaciones*. Indicaremos tan solo que los contratos sobre *servicios* tienen tambien una conexion, aunque indirecta, con el derecho de propiedad, en cuanto la falta del deudor da lugar á una indemnizacion de daños y perjuicios; y que, por lo que hace á los contratos sobre *cosas*, incluimos en ellos todas cuantas convenciones tengan por objeto la enajenacion de la plena propiedad ó de un derecho real, cualquiera que él sea, la trasmision del uso de la cosa apropiada y la constitucion de esta en garantía de una obligacion (3).

(1) Véase Aubry y Rau, *ob. cit.*, § 174.

(2) Inglaterra es una excepcion en este punto, no sólo porque allí no se considera la donacion como un contrato, cosa que hacen otras legislaciones, sino porque por el matrimonio el marido adquiere la propiedad de los bienes personales de la mujer. Además tiene una complicada nomenclatura de modos de enajenacion, en la que los contratos (*conveyances at common law*, si se trata de los bienes reales, *contracts*, si de los personales) constituyen un solo miembro al lado de las enajenaciones por el estatuto de *uses*, por *record*, *special custom* y *devise*, si bien algunos de éstos han desaparecido ó se han modificado por virtud de la abolicion de los *finés* y *common recoveries* y las reformas referentes á la propiedad *copyhold*.

(3) Los contratos sobre cosas pueden clasificarse de la siguiente manera:

A. Contratos traslativos de la propiedad:

1. Unilaterales: donacion.
2. Bilaterales: permuta, venta, censo, etc.

B. Contratos traslativos del uso:

1. Unilaterales: mútuo, comodato.
2. Bilaterales: préstamo con interés, arrendamiento.

C. Contratos de garantía.

1. Prenda.
2. Hipoteca.

Incluimos las donaciones entre los contratos, siguiendo á la mayor parte de los autores y de los Códigos modernos. (El de Napoleon trata de ella juntamente con los testamentos; el de Italia, en un título especial; el de Portugal la incluye entre los contratos.) «La única diferencia, dice Savigny, entre la donacion y el contrato consiste en que este puede aplicarse á toda clase de relaciones de derecho, mientras que aquella se aplica solamente al derecho de bienes.» Véase su *ob. cit.*, §§. CLII, CXV y CLXV.)

Antes de terminar este punto, diremos dos palabras sobre la *enajenacion forzosa* por causa de utilidad pública. Todos los Códigos (1) y todas las Constituciones (2) la autorizan en principio, dejando su desarrollo á leyes especiales. Son rasgos comunes la declaracion de la utilidad pública y la justa y prévia indemnizacion, consistiendo las diferencias en la mayor ó menor amplitud que se da á aquel concepto, en la garantía distinta que protege el derecho del propietario, segun que se exige para la expropiacion una ley ó solo un decreto del poder ejecutivo, y en los trámites que ha de llevar el expediente para llevarla á cabo. Este punto es trascendental por la cuestion de principios que entraña. Si los legisladores exigieran para la expropiacion la *necesidad* pública que pedia la Constitucion del año III de Francia, sería ménos grave; pero el Código Napoleon la autorizó en caso de *utilidad* pública, y lo propio hacen todas las legislaciones modernas; así que no es extraño que, pensando en las consecuencias que pueden sacarse de este principio, se haya dicho: «los tiempos cambian y los gobiernos mudan, y si se repiten *sin gran necesidad* los ejemplos, de temer es que se autoricen otros para el despojo con el mismo principio de utilidad de que hoy se valen algunos para la expropiacion;» y tambien que «la diferencia no es sino del más al ménos, y de disminucion en disminucion se puede llegar á la supresion.» En efecto, invocando la utilidad, bien puede pedirse hasta que se prive de su propiedad á todo aquel que por impotencia, incuria ó torpeza, no saca de la suya el fruto que la sociedad debe esperar con daño evidente del interés general; así como no es de extrañar que un publicista

(1) Código Napoleon, art. 545; Italia, 438; Portugal, 2.360; Holanda 625; Austria-365; Islas Jónicas, 431; Berna, 379; Friburgo, 465; Lucerna, 242; Valais, 381; Neuchatel, 393; Soleure, 684; Glaris, 181; Vaud, 346; Ley federal suiza de 1º de Mayo de 1872, citada por Lher; Servia 217, etc. En Inglaterra ántes solo cedia el derecho del propietario ante la omnipotencia del Parlamento, pero en 1845 se autorizó para la ejecucion de caminos de hierro y obras públicas. (*Land clauses consolidation Act*, VII. Vict. capítulos XVIII y XIX), y posteriormente se han dictado estatutos particulares con motivo de las medidas sobre salubridad, construccion de casas de obreros, etc.

(2) Baviera, art. 8º; Bélgica, 11; Dinamarca, 82; España, 10; Grecia, 17; Italia, 29; Noruega, 104 y 105; Holanda, 147; Portugal, 21; Rumania, 19; Prusia, 9; Austria, ley fundamental sobre derechos generales de los ciudadanos, art. 5, etc.

moderno, despues de asentar que todo hombre debe ser libre y que no se puede ser libre sin ser propietario, sacara como consecuencia que siendo la realizacion de este ideal de manifiesta utilidad pública, procedia la expropiacion general y una nueva distribucion de la propiedad. ¿Es decir esto que no proceda en caso alguno, como ciertos escritores pretenden? Ciertamente que no; el mismo principio que autoriza determinadas restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, puede autorizar la completa privacion de esta. Así, por ejemplo, si todo particular está obligado á dar entrada y salida al predio enclavado entre otros, ¿cómo no lo ha de estar á ceder su propiedad para la construccion de un camino? Y si no puede transformarla ó servirse de ella sin perjudicar á la salubridad pública, ¿cómo no ha de cederla forzosamentecuando su desaparicion es condicion precisa para que aquella no padezca? Lo que sí debe hacer el legislador es, ó autorizar la expropiacion solo en caso de *necesidad*, ó señalar taxativamente los casos en que procede la declaracion de utilidad, restringiéndolos todo lo posible (1). Es verdad que, como dice el Código de Servia (art. 217), «el particular debe preferir el bien público al suyo, y ceder su propiedad al Estado, mediante indemnizacion,» pero este es en los más de los casos un deber moral que no puede tener otra sancion que la de la conciencia del individuo primero, y la social ó de la opinion pública despues.

§ 2º—*Trasmision mortis causa*.—Relacion de la misma con el derecho de propiedad. —Su fundamento.—Relacion de prelación entre la sucesion testamentaria y la *ab-intestato*.—Diferencia entre las legislaciones respecto de la adición.—Principio de la unidad de patrimonio.—Naturaleza del testamento.—Las legítimas.—Principios á que obedece la sucesion *ab intestato*.—Igualdad de particiones.—Sustitucion fideicomisaria.—Pactos sucesorios.

La trasmision de los bienes por virtud de la *sucesion hereditaria* es una consecuencia del dominio, y rigurosamente debia ser por lo mismo en los Códigos objeto de un capítulo de la

(1) La constitucion de Rumania declara en su art. 19 que «por causa de utilidad pública debe entenderse únicamente la construccion de caminos, las exigencias de la salubridad pública y la defensa del país.»

seccion referente al derecho de propiedad. Pero históricamente viene unido, más que á este, al derecho de familia, y sea por este motivo, sea por su importancia, lo cierto es, que así en muchos cuerpos legales como en los tratados de los jurisconsultos constituye el *derecho de sucesiones* una esfera propia é independiente al lado de esas otras dos con las que tienen estrecha relacion. Así que, si por este motivo en todo nuestro trabajo nos hemos ocupado en lo relativo á la herencia solo por su conexión con el órden jurídico que estudiamos especialmente y no como parte del mismo, en este lugar habremos de limitarnos á hacer sobre la materia algunas indicaciones, las que sean suficientes para completar el punto referente á la trasmision de la propiedad.

Examinado este en teoría, la facultad de disponer de los bienes *mortis causa* tiene el mismo fundamento que la de disponer de ellos por actos *inter vivos*, pudiendo decirse que es uno de estos, el último, la disposicion para despues de la muerte; de donde se sigue que, en principio, la sucesion testamentaria es antes que la *legítima* ó *ab intestato*, al contrario de lo que sucede en el desarrollo histórico del derecho, segun hemos visto. Pues bien, el primer punto que importa notar, es que las legislaciones modernas tienden á reconocer aquella prelación, y la razon es obvia. La propiedad de *familiar* camina á hacerse *individual*, y tanto como cuadra el testamento á ésta, es hasta incompatible con aquella. Por esto los países que conservan más elementos tradicionales de origen germano, como Alemania, continúan aún considerando como la regla general la sucesion *legítima*, caso en que en parte se halla también Francia, mientras que en los demás lo es la testamentaria, y por eso la otra se llama propiamente *ab intestato* (1).

(1) En efecto, mientras que en Alemania sigue por lo general considerándose la sucesion legítima como la regla general y la testamentaria como la excepcion, el Código portugués (art. 1938) y el italiano (720) declaran que aquella tiene lugar á falta de esta; y á pesar de la fuerza que aún conserva la copropiedad de la familia entre los eslavos, igual declaracion hacen el Código ruso (1104) y el báltico (1703). El de Napoleon se inclina manifiestamente del lado del derecho germánico, bajo el influjo del *droit coutumier*, como lo demuestran el que por testamento solo pueden hacerse en rigor legados, el estatuirse sobre la materia general de sucesiones al

Es otra diferencia la que se revela en el distinto modo de considerar la aceptacion de la herencia, pues mientras unos Códigos exigen aún la *adicion* romana, otros, que son los más, han consagrado el principio del derecho germano, tan discutido por los legistas franceses: *le mort saisit le vif*, esto es, que el heredero queda apoderado de pleno derecho de los bienes del difunto por ministerio de la ley, sin ningun acto de aprehension ni aceptacion (1); pues aún cuando naturalmente esta procede en todo caso, no es condicion para la adquisicion; así que mientras que sin la adicion no hay derecho, y por tanto no se puede transmitir á los herederos, segun este otro principio existe desde el momento de la muerte de aquel de cuya sucesion se trata (2). Pero nótese que si bien esta regla se deriva de la copropiedad de la familia, y por eso se aplica aún hoy en algunos países solo á ciertos herederos y no á todos, la generalidad con que la consagran los Códigos modernos, aplicándola á todos, sean testamentarios, sean legítimos, es debida, no á que partan de aquel supuesto, hoy cierto solo por excepcion, sino á la misma razon que ha movido

tratar de la intestada, la division de los herederos *ab intestato* en legítimos (descendientes, ascendientes y colaterales) é irregulares (hijos naturales, cónyuge y Estado,) la posesion que por ministerio de la ley se da en los bienes á los primeros y no á los segundos, y la injusta disposicion por virtud de la cual se divide la herencia entre los ascendientes de una línea y los colaterales de la otra, dando lugar á que uno de aquellos de primer grado parta la herencia con uno de estos del 12º. Pero la tendencia manifiesta de las más de las legislaciones modernas es á dar la prelación á la sucesion testamentaria, y de aqui que digan los autores que la *legítima* es propiamente *ab intestato*, esto es, que no se deriva de la copropiedad de la familia, sino de la presunta voluntad del difunto.

(1) Unas legislaciones reconocen este principio en cuanto á todos los herederos (Portugal, 2011; Italia, 925, Berna, 512, Soleure, 456, Glaris, 314); otras solo á los legítimos, como algunas de Alemania; otras solo á descendientes ó ascendientes (derecho comun aleman) ó á todos ménos el Estado (Holanda); otras á los legítimos, pero no á los irregulares (Cód. Nap. 724, Islas jónicas, Vaud, etc.); y otras, por fin, exigen la adicion y toma de posesion á todos (austriaca, 797, y la comun española, en la que solo regia ántes el principio: *le mort saisit le vif* en la llamada posesion *civilisima* de los mayorazgos.)

(2) Así, por ejemplo, el Código de Berna, aunque declara en su art. 513 que aquel á quien corresponde una herencia se hace heredero por la aceptacion, dice en el 512 que la sucesion se abre en el momento de la muerte del difunto, y que «el heredero que vive en este momento trasfiere su derecho á sus herederos.» Y el Código Napoleon declara en su art. 781 que cuando uno muere sin haber aceptado ó repudiado una herencia expresa ó tácitamente, sus herederos pueden aceptarla ó repudiarla.

á los legisladores á prescindir de la doctrina formalista de la *tradicion*, declarando que la propiedad se trasmite por virtud solo de las convenciones (1). Así se explica la aparente contradiccion que resulta á primera vista de que haya perdido fuerza el principio y se haya extendido la consecuencia. Igualmente, otro efecto de ese distinto modo de concebir la sucesion era, que segun el carácter que se atribuia al heredero, respondia *ultra vires haereditarias*, ó pagaba tan solo con lo que recibia; diferencia que no tiene ya trascendencia alguna en la práctica desde que ha sido universalmente admitido el *beneficio de inventario*.

En cambio, el principio de *unidad* de patrimonio del derecho romano ha predominado sobre el de *division* del germano; y así los Códigos modernos se apresuran á declarar que la misma regla rige para todos los bienes, sin que deba por lo mismo atenderse á su naturaleza, ni á su origen (2); esto es, á que sean muebles ó inmuebles, propios ó adquiridos, paternos ó maternos, etc. Solo por excepcion quedan aún algunas de estas distinciones en determinados países (3), así como en otros hay ciertos bienes que rompen, por decirlo así, la unidad del patrimonio y se rigen por reglas especiales, como sucede, por ejemplo, con los mayorazgos (4).

A su vez ha triunfado el derecho germano del romano en lo referente al modo de concebir el testamento; pues ni es ya un requisito esencial de este la institucion de heredero (5), por

(1) Y por esto la institucion del Registro de la propiedad ha producido, por virtud del valor de la inscripcion, análogos efectos en ambas esferas.

(2) Código Napoleon, art. 732; ital. 722, etc.

(3) Se distinguen aún, con trascendencia para la sucesion hereditaria, entre reales y personales, en Inglaterra y Escocia; entre patrimoniales y adquiridos, en Rusia, Escocia, Suecia, Grisson y derecho foral de España; y entre paternos y maternos, en Neuchatel, Islas jónicas y derecho foral de España.

(4) En Rusia se rigen por reglas particulares las sucesiones referentes á la propiedad literaria, efectos mobiliarios de los eclesiásticos, imágenes sagradas, *arendes* (tierras concedidas por el soberano, por cierto número de años, á nobles sin fortuna), bienes de extranjeros y los vinculados en una ú otra forma. En Francia puede decirse que la propiedad literaria, conforme á la ley de 14 de Julio de 1866, se rige por principios peculiares, por lo que hace al cónguye supérstite.

(5) La exigen aún los Códigos de Austria (553) y de Vaud (617) para que sea testamento; sin ella es codicilo.

donde ha desaparecido la distincion entre aquel y el codicilo; ni subsiste la diferencia radical, tal como antes se entendia, entre heredero y legatario (1); ni rechaza la ley que pueda morir uno parte testado y parte intestado (2). En cuanto á la li-

(1) El Código Napoleon, como rigurosamente sólo atribuye el carácter de herederos á los legitimos, declara en su art. 1002 que «las disposiciones testamentarias son ó universales, ó á titulo universal, ó á titulo particular,» y añade: «cualquiera de estas disposiciones, ya se haya hecho bajo la denominacion de institucion de heredero, ya bajo la de legado, producirá sus efectos conforme á las reglas que á seguida se establecen para los legados universales, para los legados á titulo universal y para los legados particulares.» Y luego (art. 1003), dice que «el legado universal es la disposicion testamentaria por la cual el testador da á una ó muchas personas la universalidad de los bienes que dejará á su muerte.» Y consiguientemente tiene que relajar el principio de que la regla: *le mort saisit le vif*, sólo es aplicable á los herederos legitimos, declarando en el art. 1006, que cuando á la muerte del testador no haya herederos con derecho á legitima, el legatario universal entrará en posesion de los bienes de pleno derecho sin que tenga necesidad de pedir que se le ponga en ella.

El Código italiano (art. 760), dice: «las disposiciones testamentarias que comprenden la universalidad ó una parte alicuota de los bienes del testador son á titulo universal y atribuyen la cualidad de heredero. Las demás disposiciones son á titulo singular, y atribuyen la cualidad de legatario.» Y en el 827: «las disposiciones testamentarias pueden hacerse á titulo de institucion de heredero ó de legado, ó bajo cualquiera otra denominacion que sirva para manifestar la voluntad del testador.»

El de Portugal hace la distincion en estos términos (art. 1736): «dícese heredero el que sucede en la totalidad de la herencia ó en parte de ella, sin determinacion de valor ó de objeto. Dicese legatario aquel en cuyo favor dispone el testador de un valor ú objetos determinados ó de cierta parte de ellos,» y en el 1794 declara que si toda la herencia se distribuye en legados, responden de las deudas en proporcion todos los legatarios. Es decir, que estos dos Códigos llaman heredero al que sucede en el patrimonio del difunto manteniendo aquél la condicion de *universalidad de derecho*, y legatario cuando es á lo más una mera *universalidad de hecho*.

(2) Así lo reconocen casi todas las legislaciones, unas implícitamente, otras de un modo explicito.

Sin embargo, no falta quien sostiene que todavía rige y regirá necesariamente el principio: *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*, fundándose en que es una consecuencia lógica de la individualidad de la representacion de la persona del difunto por su heredero, la cual no es posible dividir, puesto que éste reemplaza á aquél *in universum jus*, de donde deducen que no pueden darse simultáneamente un heredero legitimo y un instituido, aunque sí un heredero y un legatario, el cual no es más que un sucesor en los bienes. Pero, en primer lugar, no puede entenderse la indivisibilidad de la representacion en un sentido literal, porque entónces no podia haber más que un heredero, como sucedia en el comienzo de la historia de todos los pueblos; y en segundo, el hecho es que en todas partes pueden suceder en los bienes conjuntamente herederos testamentarios y *ab intestato*, por más que en el Código Napoleon se llama á los primeros legatarios universales. Y tampoco vale arguir con que alguien ha de tener la representacion del difunto, puesto que pueden alcanzarla los legatarios cuando no hay herederos ó cuando toda la herencia se divide entre ellos.

mitacion puesta á la facultad de disponer por la institucion de las *legítimas*, como ambos derechos la reconocieron y consagraron, cabe preguntar de cuál de ellos se deriva. Hoy existen en todos los pueblos europeos (1), sin más excepcion que In-

(1) En Francia, es la legítima de los descendientes: la mitad, si hay uno; dos tercios, si hay dos; tres cuartos, si tres ó más; y la de los ascendientes, la mitad, si los hay de ambas líneas y un cuarto, si de una sola (art. 913 y 915). En Italia (805 y siguientes), la de descendientes, la mitad; la de ascendientes, un tercio; la del cónyuge, si hay hijos, el usufructo de una parte igual; si ascendientes, un cuarto, y si no hay ni los unos ni los otros, un tercio en usufructo; la de los hijos naturales, en concurrencia con descendientes legítimos ó ascendientes, la mitad de lo que les corresponderia si fueran legítimos; si no los hay, dos tercios. En Portugal (1784 y siguientes), la de los descendientes y la de los padres, dos tercios; la de los otros ascendientes, la mitad. En España: por derecho comun, la de los descendientes, cuatro quintos (aparte la peculiar institucion de la mejora del tercio); la de los ascendientes, dos tercios; en Cataluña, un cuarto la de unos y otros; en Aragon, es toda la herencia legítima de los hijos, pero entre ellos puede el padre distribuirla libremente. En Escocia, en cuanto á los bienes *personales*, si uno tiene mujer é hijos, es un tercio legítimo de aquélla, otro de éstos, y del resto dispone libremente el testador; si sólo deja mujer ó hijos, dispone de la mitad. En Austria (762-765), la de los descendientes, la mitad de lo que recibirian *ab intestato*; la de los ascendientes, un tercio. Segun el Código prusiano (parte 2ª, titulos 2º y 3º), la de aquéllos; un tercio de lo que recibirian *ab intestato*, si hay uno ó dos; la mitad, si tres ó cuatro, dos tercios, si más; y la de éstos, la mitad. En Sajonia (2564 y siguientes), si hay cinco ó más descendientes, la mitad; si cuatro ó menos, un tercio; la de los ascendientes, un tercio; la del cónyuge, de un cuarto á la mitad, segun los parientes con que concurren á la herencia. Segun el derecho comun aleman, la de los descendientes es dos tercios, si hay cuatro, y la mitad, si menos; un cuarto, la de ascendientes y hermanos. En Soleure (566-570): descendientes, tres cuartos; ascendientes y hermanos, la mitad. En Glaris (333 y siguientes), sólo puede disponer el testador del 15 por 100, si hay descendientes legítimos; si padres, del cuarto; si hermanos, cónyuge ó hijos naturales, del tercio; si abuelos, de dos quintos; si descendientes de abuelos, de dos tercios. En Appenzell (ley de 26 de Abril 1835), si hay descendientes, de un décimo; si esposo, padres ó parientes en la primera línea colateral, de un quinto; si no los hay, de un tercio (Lehr, *ob. cit.* § 384, dice que sólo puede disponerse del 2 al 5 por 100). En Zurich, si hay descendientes, dispone del décimo en favor de extraños y del quinto en favor de un hijo (mejora análoga á la de Castilla); si deja padres, de un cuarto; si hermanos, de un tercio; si sobrinos, de la mitad; si abuelos, de dos tercios; si tios ó primos hermanos, de cuatro quintos, y el cónyuge tiene la legítima de tres cuartos de su parte hereditaria. En Friburgo, sólo tienen legítima los hijos, y es las tres cuartas partes; los varones tienen derecho al quinto, pero el padre puede dejarlo sin efecto. En Lucerna, es la de aquéllos los cuatro quintos, y la de los ascendientes la mitad. En Valais (197), dos tercios, los hijos; la mitad, los ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado; un cuarto, si no los hay más que de una línea; el hijo natural, un tercio de lo que le habria correspondido siendo legítimo, y concurre con los que lo son. En Neuchatel (649), la mitad es legítima de los hijos, únicos que la tienen. En Rusia son legítima todos los bienes patrimoniales, los cuales en Livonia y Esthonia son inalienables. En Dinamarca es la de los descendientes las tres cuartas partes, y la mitad en Noruega. En Suecia, los campesinos no pueden disponer por testamento de los bienes patrimoniales, pero los hijos no tienen

glaterra y Navarra (1), y si se busca su abolengo, se encuentra que en unos es romano y en otros germano. Pero si atendemos á su relacion con otras instituciones jurídicas y al sentido con que, por lo general, las mantienen los Códigos modernos, bien puede asegurarse que se inspiran en la primera de aquellas dos legislaciones. En efecto, las legítimas eran en la germana una consecuencia de la copropiedad de la familia, de este principio y de este hecho que explican la ausencia del testamento de que habla Tácito; mientras que en Roma, segun el derecho imperial, aparecen como una limitación puesta á la libertad de testar é inspirada en el deseo de evitar el abuso de esta facultad por parte del testador. Ahora bien; ¿cabe sostener que sean hoy consecuencia de la copropiedad de la familia, cuando de hecho esta ya no existe (2), y cuando en principio tampoco se reconoce, puesto que es incompatible con ella la emancipacion del hijo por edad? No; como dice M. Gide hablando del Código italiano, las legítimas tienen hoy por objeto *consagrar, erigir en obligacion civil* los deberes que dicta el afecto y que impone la naturaleza (3). De aquí la variedad en el modo de regularlas los Códigos, pues mientras los hay que solo la conceden á los descendientes (4), otros la reconocen á ascendientes, hermanos, colaterales, al cónyuge y hasta á los

legítima respecto de los adquiridos; y en las ciudades, si hay hijos, sólo se dispone del sexto, y de la mitad si hay otros parientes que habiten en el pais; si no viven en él, se puede dejar todo á un tercero no pariente.

(1) Cuando se trata de los no labradores, puesto que la legítima de cinco sueldos y una robada de tierra en los montes comunes es una fórmula. Los hijos de villanos ó padres labradores son herederos forzosos en cuanto á los bienes raices.

(2) Sólo quedan vestigios en ciertas comarcas, como hemos visto en su lugar. Claro está que donde se mantienen con mayor ó menor energia, no sólo la copropiedad de la familia propiamente dicha, sino las *comunidades ó asociaciones de familias* esta circunstancia trasciende á la sucesion hereditaria. Así, por ejemplo, segun el Código de Servia (art. 528), los parientes que viven juntos en la comunidad heredan con preferencia y ántes que los que viven fuera de ella, esto es, de la *zadruga*, aún cuando sean estos *más próximos*; y el mismo extraño que ha sido recibido en la comunidad es preferido á estos parientes.

(3) M. Gide dice que significan esto en el Código italiano á diferencia del sentido que tienen en el francés, en donde parecen obedecer al que revestian en el *droit coutumier*.

(4) En este caso se hallan las legislaciones de Aragon, Escocia, Friburgo, Neuchatel, Dinamarca y Noruega.

hijos naturales (1), diferencia que obedece á la distinta fuerza que se reconoce al deber de atender á cada una de estas personas y á la mayor ó menor confianza que se tiene en que el testador lo cumplirá al disponer de sus bienes, y tambien, en parte, al mayor ó menor vigor que conserva aún en algunos paises el principio de la copropiedad de la familia.

En cuanto á la sucesion legitima ó *abintestato*, es manifiesto el influjo del derecho romano, pero se apartan de él las legislaciones modernas en algunos puntos. Así, es lo comun hacer, en cuanto á los parientes legitimos, los llamamientos de descendientes', ascendientes y colaterales de la Novela 118 de Justiniano, pero algunos Códigos agrupan los herederos en clases teniendo en cuenta las líneas, constituyendo la primera con los descendientes; la segunda con los padres y sus descendientes; la tercera con los abuelos y los suyos, etcétera (2); de donde resulta que la suce-

(1) Lo general es que se concedan tan solo á descendientes y ascendientes (Francia, Holanda, Bélgica, Portugal, Castilla, Cataluña, Austria, Prusia, Soleure, Lucerna, etc.). Pero hay legislaciones que la reconocen á los colaterales más ó ménos lejanos (Glaris, Appenzell, Zurich, Valais, Suecia, etc.), á los hijos naturales (Italia, Glaris, Valais), y al cónyuge (Italia, Escocia, Sajonia, Glaris, Appenzell, Zurich.)

(2) El Código Napoleon (745 y siguientes) llama á los descendientes, ascendientes y colaterales: los primeros, con derecho de representacion; los segundos, dividiendo la herencia por líneas, concurriendo los padres con los hermanos y sus descendientes, y los terceros, dividiendo tambien aquélla por líneas, extendiendo el derecho hasta los parientes de duodécimo grado y pudiendo darse el caso de que se reparta entre uno de éstos y un ascendiente, en lo cual, así como al llamar despues de todos los parientes al hijo natural y al cónyuge, muestra que no se basa el orden de llamamientos en la presunta voluntad del difunto. En Italia (736 y siguientes) suceden por este orden: descendientes, padres en concurrencia con los hermanos, heredando por cabezas, debiendo recibir aquéllos un tercio por lo ménos, padres ó hermanos y sus descendientes, ascendientes por líneas, colaterales hasta el décimo grado, el patrimonio del Estado. En Portugal (1969 y siguientes), descendientes, ascendientes, hermanos y sus descendientes, colaterales hasta el décimo grado, la Hacienda nacional. España: derecho comun, descendientes, ascendientes, parientes colaterales hasta el décimo grado, el Estado; en Cataluña concurren con los ascendientes los hermanos germanos; en Aragon rige el principio: *los propios no suben*, y allí como en Navarra y Vizcaya está consagrado el derecho de troncalidad. En Alemania y Suiza unos paises siguen al derecho romano (Sajonia, 2026; Argovia, 876; Berna, 618; Soleure, 535) y otros al germano haciendo los llamamientos por líneas (Lucerna, 401 [y 408; Grissons, 409; Zurich 1928; Austria, 731.) En este caso forman la primera línea ó parentela los descendientes; la segunda, los padres y sus descendientes; la tercera, los abuelos y los suyos, etc. El Código de Austria llama hasta los de la sexta línea, esto es, los

sion se funda en el principio germano de la *parentela* y no en el romano de la *proximidad del grado* (1). Además casi todas igualan los hermanos consanguíneos ó uterinos con los germanos, restringen ó limitan el derecho de representacion (2), y conceden al cónyuge superstite (3) y al hijo

cuartos abuelos y sus descendientes, siendo siempre preferidos los ascendientes de ella á los descendientes y subdividiéndose la herencia por ramas, por ejemplo, entre las de los cuatro abuelos, y cuando una se extingue pasa la herencia á las otras, y cuando todas, á la línea ó parentela subsiguiente. En Inglaterra hay que distinguir los bienes *reales* de los *personales*. En aquéllos rigen el principio de masculinidad y el de primogenitura, aunque éste no respecto de las hembras, y son preferidos los ascendientes paternos á los maternos. De este principio son una excepcion la costumbre llamada *gavelkind* del condado de Kent, segun la cual heredan todos los hijos por igual, y la denominada *borough english*, que rige en algunas comarcas, segun la que hereda el más jóven. En los *personales*, sucede en un tercio la viuda y en los otros dos los hijos: si no los hay, aquélla hereda la mitad y la otra mitad el padre ó el pariente más próximo. En Escocia rigen tambien, en cuanto á los bienes *reales*, los principios de masculinidad y primogenitura, este no respecto de las hembras, y aquél en la línea de ascendientes y en la de colaterales, y se toma en cuenta la distincion de los bienes en propios y adquiridos. En Rusia hay siete llamamientos: hijos y sus descendientes, hijas y los suyos, hermanos germanos, hermanas germanas, hermanos consanguíneos y sobrinos, hermanas de la misma clase y los colaterales en cualquiera grado que sea. Los ascendientes tienen el usufructo de los adquiridos y el derecho de devolucion ó retracto sobre los patrimoniales. En éstos rige el principio: *paterna paternis, materna maternis*, y en aquéllos el de masculinidad.

(1) El principio de la *parentela* rige donde se hacen los llamamientos por líneas, segun hemos visto en la nota precedente, como sucede en algunas comarcas de Alemania, en Austria y en Suíza. Véase en la nota de la pág. 61 del tomo II la diferencia entre este modo de suceder y el que se funda en la proximidad de grado.

(2) Generalmente se admite solo en la línea de descendientes y en cuanto á los hermanos. Pero la reconocen en todos los grados de parentesco: Rusia, Dinamarca y Glaris.

(3) El Código Napoleon (art. 767) llama al cónyuge despues de los parientes del duodécimo grado y de los hijos naturales. Este absurdo, que han corregido los Códigos calcados sobre aquél, fué debido á una equivocacion, pues al discutirse en el Consejo de Estado los artículos 754 y 773, Malville observó «que se habia omitido una disposicion aceptada por la jurisprudencia, en virtud de la cual el cónyuge supérstite tenia derecho á una pension cuando era indigente;» y Treilhard contestó que el art. 754 le concedia el usufructo de una tercera parte de los bienes, lo cual no es exacto, porque en esta disposicion solo se habla del padre y de la madre. Así que ni siquiera puede pedir la *quarte pauvre*, cuyo restablecimiento propuso en 1850 á la Asamblea legislativa M. Bourzat, y de la que por considerarla, y con razon, como una limosna, decia M. Rodier: «la ley debe hacer justicia á los sentimientos de delicadeza, y no obligar al conjunto á obtener un socorro á costa de una humillacion.» Que este punto ha de modificarse en Francia en el sentido que la razon pide, lo demuestra la ley sobre propiedad literaria de 14 de Julio de 1866, en la que se reconoce al cónyuge el goce de los derechos de que el autor premuerto no ha dispuesto, hasta en concurrencia con descendientes y ascendientes. Al lado de la francesa puede colocarse la de España, pues por la ley de 16 de Mayo de 1835 viene el conyuge despues de los parientes de cuarto grado y de los hijos natura-

natural (1) mayores derechos que los que les reconocia la

les, si bien hay que advertir que se compensa este rigor en las legislaciones de Aragón y Navarra con el *usufructo foral*, y en la de Vizcaya con la *hermandad ó compañía*. (Sobre los derechos hereditarios de los cónyuges, puede verse el artículo que publicamos en la *Revista de Legislacion*, tomo I, 1878).

En Portugal es llamado el cónyuge despues de los hermanos y sus descendientes (1963), en Italia (753 y siguientes), tiene el usufructo de una parte igual á la de cada hijo; un tercio en propiedad, en concurrencia con ascendientes, hijos naturales ó hermanos; dos tercios, si hay colaterales hasta el sexto grado; si no los hay, ó hereda todo. En Austria, en usufructo una parte igual á la de cada hijo, si hay tres ó más, y si ménos, de un cuarto; y si no hay descendientes, el cuarto en propiedad. En Alemania y Suiza, como hace notar Lher (*ob. cit.*, §. 370), se coloca al cónyuge supérstite, no entre los sucesores irregulares, sino entre los regulares y aún entre los más favorecidos, y se le concede una porcion, ya en propiedad ya en usufructo, y en algunos casos hasta *legítima*, como vimos más arriba (nota 2ª, pág. 78). En Inglaterra la viuda hereda el tercio de los bienes *personales* del marido, si concurre con hijos, la mitad si con otros parientes, y el viudo tiene el usufructo de todos los bienes *personales* de la mujer, aún cuando tenga hijos, y tambien de los reales por derecho de *courtesy*. En Rusia tiene derecho el cónyuge supérstite á una sétima parte de los inmuebles y á una cuarta de los muebles, haya ó no hijos; y además, si fallece el padre del cónyuge premuerto, el que sobrevive tiene derecho á la *legítima* que habria correspondido al difunto.

Con razon dice M. Antoine de Saint-Joseph que «el sistema del *douaire*, que es de origen germano, ha echado profundas raíces en Europa; solamente que se aplica hoy por lo general lo mismo al hombre que á la mujer.»

(1) El hijo natural hereda en Francia (797 y 798) de sus padres un tercio de lo que le corresponderia si fuese legitimo, en concurrencia con descendientes legitimos; la mitad si hay descendientes ó hermanos; tres cuartos, si parientes; y todo si no los hay con derecho á suceder; es decir, que vienen despues de los de duodécimo grado. En Italia (744), la mitad de lo que les corresponderia, si concurren con descendientes legitimos; dos tercios, si con ascendientes ó con el cónyuge; si con este y aquellos, el resto despues de deducidos el tercio de los segundos y el cuarto de los primeros, y todo, si no los hay; es decir, que sucede ántes que los colaterales. En Portugal (1785, 1990 y 1991), si el hijo natural ha sido reconocido ántes de contraer el matrimonio de que proceden los legitimos, toman un tercio ménos que estos; si despues, el tercio de la parte disponible, sin que pueda exceder de la *legítima* de los otros ménos un tercio; si no hubiere hijos legitimos, suceden en todo. En España suceden á la madre despues de los hijos legitimos, y al padre, si no los hay, en el sexto de los bienes; en todo, despues de los parientes de cuarto grado, conforme á la ley de 16 de Mayo de 1835. El derecho foral presentaba en este punto las dos soluciones más extremas, pues en Cataluña sucedian á la madre á la par que los legitimos, y en Aragón no sucedian ni á aquélla ni al padre, pero hoy rige en ambas partes la ley de 1835, aunque algunos niegan que así sea. En Alemania, por lo general, suceden á la madre como los legitimos, pero no al padre, salvo en algunas comarcas, el derecho al sexto de los bienes cuando no deja hijos legitimos ni viuda. Siguen un sistema parecido al del Código Napoleon las legislaciones de Baden, Holanda, Islas jónicas, Appenzell, Neuchatel, Valais, Noruega y Dinamarca. No tienen ningun derecho de sucesion en Bruuswick, Berna, Tessino, Inglaterra y Suecia. El Código ruso los pasa en silencio, pero la costumbre ha llenado este vacío. El báltico los llama á la sucesion de la madre, pero no á la del padre. El Código novísimo de Glaris (238-299) da á los hijos naturales tres cuartas partes de lo que corresponde á los legitimos en la herencia del padre, y si no

legislacion romana. Todas declaran como *ultimus haeres* al Estado (1).

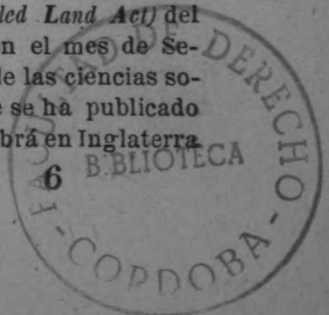
Tambien ha triunfado el principio romano de la *igualdad de particiones*, pues, con contadas excepciones, en todas partes han desaparecido los privilegios de la masculinidad y de la primogenitura, como reglas aplicables á todas las sucesiones (2). Como peculiares de algunas, subsisten en los pocos países que conservan las vinculaciones, mayorazgos ó sustituciones fideicomisarias (3); pues en todos los demás están prohibidas éstas, salvo en casos determinados y á condicion de que no pasen del primer grado, autorizando tan sólo al testador para que pueda dejar á una persona el dominio y á otra el usufructo.

los hay, todo; en la de la madre suceden al igual de aquéllos. Esta legis.acion es la más favorable á estos herederos, más aún que las de Italia y Portugal.

(1) En Lucerna, á falta de herederos, se divide la herencia entre el Estado y los pobres del municipio; en Glaris, sucede éste, y en Rusia, aunque en principio hereda el Estado, se hacen algunas excepciones inspiradas en un recto sentido; así los bienes de los profesores pasan al establecimiento á que pertenecian, los de los sacerdotes al patrimonio eclesiástico, los de los *bourgeois* á la ciudad de que eran vecinos, etc. Lo mismo sucede en Glaris, 313, pues heredan la iglesia, la escuela y los pobres del municipio, el cual hace la distribucion segun crea oportuno.

(2) Existe aun el privilegio de la masculinidad, sin primogenitura, como regla general en Rusia, Servia, Islas jónicas (en los bienes paternos), Lucerna (cinco partes los hijos y cuatro las hijas), y Friburgo (los varones tienen un quinto de la herencia paterna). En Soleure, (531) el hijo más joven puede quedarse con la casa ó caserío del padre, pero por su tasacion. En Berna, (545) puede hacer lo propio el hijo ó hija más joven. El privilegio de la masculinidad junto con el de primogenitura sólo existen, como regla general, en Inglaterra y Escocia para los bienes *reales*. En la isla de Jersey, el varon primogénito tiene derecho á la casa, dos acres de terreno á eleccion y el décimo del resto, y una cosa parecida tiene lugar en la de Gernesev.

(3) El Cód. Nap. (896 y 897) las prohíbe, autorizándolas solo en el caso de que el testador la imponga, en la parte disponible, al hijo en favor del nieto, ó al hermano en favor del hijo del mismo. El Código italiano, (899) las prohíbe en absoluto. El de Portugal, (1867), determina lo mismo que el francés. En Suiza, por lo general, si autoriza la sustitucion fideicomisaria solo de un grado; (en Berna, hasta el segundo, 579.) En Alemania es donde quedan más vestigios de las vinculaciones, como los *fideicomisos perpétuos* de Prusia, ya de *familia*, en interés de esta, ya de *seudo* en interés del jefe, por lo general, el varon primogénito. En Inglaterra y Escocia subsisten los *fees-tail*, segun en su lugar vimos (tomo 2º, págs. 358 y 363). Pero en este mismo año se ha dictado un importante estatuto (*Settled Land Act*) del cual decia Mr. Hastings en una de las sesiones celebradas en el mes de Setiembre de este año por la Asociacion nacional para el progreso de las ciencias sociales, que es la ley más interesante, referente á la materia, que se ha publicado en dos siglos. Por ella, añadía, desde el 1º de Enero de 1883 no habrá en Inglaterra



Finalmente, aunque por lo comun procede la sucesion legítima cuando no hay testamento, en algunos países se puede por excepcion disponer de los bienes para despues de la muerte en las capitulaciones matrimoniales, y en otros es posible hacerlo por regla general lo mismo por virtud de aquél que por *pacto*, medio propio del derecho germano y completamente extraño al romano (1).

Al hacer las consideraciones generales con que pondremos fin á nuestro trabajo, nos ocuparemos en este punto delicado de la herencia. Baste por el momento indicar que las legítimas limitan indebidamente el derecho del propietario, estorban el ejercicio de la pátria potestad, fomentan el egoismo de familia, impiden el cumplimiento de deberes sociales á que el hombre está obligado y autorizan las pretensiones de los que aspiran á que la ley convierta éstos de morales en jurídicos; que se dá al llamamiento de colaterales, en la sucesion intestada, una indebida extension que no autoriza la presunta voluntad del dueño de los bienes; y que, ántes que el Estado, deben heredar otras instituciones ó corporaciones á que es lógico suponer que estaba más estrechamente unido el difunto.

un acre de tierra inalienable. Ese estatuto autoriza al poseedor para enajenar, á condicion de imponer su importe en cierta clase de valores. La enajenacion era ya posible por el *Settled Estates Act* de 1877, pero habia que acudir á los tribunales pidiendo autorizacion, cosa que la última ley solo exige para la venta de lo que pudieramos llamar *casa solariega* (*mansion house*).

En Rusia se conocen los que llama Lehr bienes *interdits*, que son una especie de vinculaciones, y los mayorazgos de los gobiernos occidentales. (Véase Lehr, *ob. cit.* §§ 298 y siguientes, 490 y 496.)

(1) Aparte de la disposicion por donacion, principalmente con motivo de la celebracion del matrimonio, donde son aún de uso más general los *pactos sucesorios* es en Alemania; el afirmativo ó positivo (institucion de heredero ó legatario), el negativo (desheredacion ó renuncia de herencia), el de sucesion reciproca, etc. El Código báltico declara tambien que procederá la sucesion legítima cuando no haya testamento ó pacto (1703). En Austria solo están autorizados entre esposos y han de consignarse en la forma de un testamento regular (602 y 1249.) En España tenemos los *heredamientos* de Cataluña. El Código de Glaris (342) prohíbe terminantemente los pactos sucesorios.

CAPITULO IX

EXTINCION DE LA RELACION JURÍDICA.

Clasificación de los modos de extinguirse el derecho de propiedad.—Por razón del sujeto.—Por razón del objeto.—Por razón de la relación misma: abandono, culpa, transmisión, substracción del comercio, culpa.

Así como el derecho de propiedad nace para cada uno concretándose y determinándose por virtud de un hecho, de igual modo se extingue, lo cual puede tener lugar, ó en absoluto, como cuando la cosa desaparece, ó de un modo relativo, como cuando muere el propietario, puesto que concluye respecto de él, pero se continúa en su sucesor.

Casi todos los Códigos pasan en silencio este punto ó tratan de él solo por incidencia (1), lo cual es debido, en nuestro juicio, á haber desaparecido casi totalmente los dos modos de extinguirse el derecho de propiedad que tenían más transcendencia: la *muerte civil* y la *confiscación*. Pero de cualquiera manera, hay en esta materia una doctrina que debemos exponer aquí en breves términos.

Los modos de extinguirse el derecho de propiedad pueden clasificarse en tres grupos, según que se refieren al sujeto, al objeto ó la relación misma.

El primero solo comprende hoy la muerte natural, una

(1) El Código de Zurich le consagra un capítulo, con relación á los inmuebles (4º, tit. 3º) y un artículo (650) respecto de los muebles. El de Berna declara en el 445, que el «derecho de propiedad se pierde por la voluntad del propietario, por disposición de la ley y por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.»

vez abolida la *civil* (1), por virtud de la que el Estado consideraba muerto al castigado con determinadas penas (y tambien al que ingresa ba en ciertos institutos religiosos), y declaraba extinguidos, entre otros derechos, los referentes á la propiedad, llamando á los herederos *ab intestato* á suceder en los bienes. Por fortuna, ya no es preciso aducir pruebas para demostrar la injusticia de esta absurda ficcion legal, consecuencia del principio erróneo de suponer que el delincuente pierde hasta cierto punto, por el hecho de serlo, su personalidad y los derechos que de ella se derivan, cuando lo que sucede es que por la comision del delito se coloca en una situacion particular que modifica su *facultas agendi*, pero no su capacidad jurídica; y por esto ha sido sustituida la muerte civil con la *interdiccion*, que limita el ejercicio de aquella, pero no su esencia.

En cuanto al objeto, concluye la propiedad por la destruccion del mismo, como cuando el animal se muere (2), la cosa mueble se arruina ó la inmueble desaparece, por ejemplo, por virtud de una inundacion ó del desprendimiento de una montaña (3).

Por último, respecto de la relacion jurídica, se extingue por abandono, por culpa, por trasmision, por quedar fuera del comercio y por pena. El *abandono* puede ser real ó presunto: en el primer caso, la cosa *derelicta* se hace *nullius*, y por tanto la pierde el antiguo propietario y la adquiere el primer ocupante; en el segundo, cabe que otro la haga suya por invencion, accesion ó prescripcion. Por *culpa* la pierde en algunos casos por incuria (4), como cuando el animal salvaje

(1) Reconocida por el Código Napoleon (arts. 22 y sigs.) y mantenida en Francia hasta el 31 de Mayo de 1854 en que se abolió. En Inglaterra subsistió tambien con la denominacion de *corruption of blood* (corrupcion de la sangre), hasta el año de 1870 en que fué abolida por el estatuto 32 y 33, Vict., cap. 25.

(2) Y no son utilizables sus restos, pues en otro caso, como cuando se le mata para aprovechar la carne, piel, etc., es más bien una transformacion.

(3) El Código de Zurich (art. 623) excluye el caso en que la inundacion ó el desprendimiento son pasajeros.

(4) El Código austriaco dice en su art. 389: «las leyes administrativas fijan en qué easos los prédios rústicos ó urbanos deben considerarse como abandonados ó ser confiscados, los unos por falta absoluta de cultivo, los otros por falta de reparacion.

recobra su libertad, y en otros por el incumplimiento de determinadas obligaciones, segun sucede cuando el enfitéuta, el usufructuario ó el arrendatario dejan de llenar alguna de las que como tales tienen. Por *trasmision*, cuando se enajena *mortis causa* ó *inter vivos*, y en este último caso, ya sea voluntariamente, ya por imposicion de la ley, como sucede en la expropiacion forzosa por causa de utilidad pública y en la enajenacion por los tribunales para el cumplimiento de obligaciones contraidas por el propietario (1). Por quedar *fuera del comercio*, como sucederia si una finca se convirtiese en cáuce ó álveo de un rio. Y por *pena*, una vez abolida casi totalmente la *confiscacion*, queda solo la pérdida de los instrumentos del delito (2) y las penas pecuniarias, aparte de la enajenacion de bienes del delincuente que los tribunales puedan llevar á cabo para el pago de costas del juicio ó para hacer efectiva la responsabilidad civil.

No incluimos entre los modos de extinguirse la propiedad el retracto, porque éste unas veces implica tan sólo un cambio en el adquirente, y otras es solo consecuencia de una condicion resolutoria con que se trasmite aquella; y en tal caso, como en todos los demás en que la propiedad es revocable, no hay en rigor extincion de la relacionn jurídica (3).

(1) No se halla en este caso la adjudicacion hecha por el tribunal por sentencia que ponga fin á un pleito sobre la propiedad de una cosa, como cuando restituye á su dueño una que ha sido enajenada por un título vicioso, porque es evidente que esta es una declaracion de la subsistencia de un derecho y no de su extincion, puesto que el detentador no era dueño legitimo.

(2) Y no añadimos: los *efectos* del delito, porque no adquiriendo propiedad en ellos el delincuente, es claro que no hay extincion de propiedad respecto de ellos.

(3) En este caso se encuentra tambien la caducidad del derecho en las minas cuando el Estado las concede con ciertas condiciones y deja de cumplirse alguna de ellas.
