

CAPITULO XVII.

PROPIEDAD DE LA IGLESIA.

Diversidad de soluciones á propósito de la facultad de la Iglesia para adquirir.—
Quién es el sujeto activo en esta propiedad.—Indicaciones sobre la *immunidad* de
los bienes eclesiásticos.—Crítica del derecho vigente en esta materia.

Aun cuando en otro lugar (1) nos hemos ocupado en lo referente á este punto, no estará demás añadir aquí algo sobre el estado actual de la propiedad de la Iglesia, pues el asunto no carece hoy de importancia, aunque no tenga la de otros tiempos.

Lo primero que ocurre examinar es lo relativo á la facultad de adquirir por parte de la Iglesia, cuestion no resuelta de igual modo en todos los pueblos, porque en unos ha logrado aquella el reconocimiento de ese derecho sin límite alguno (2), en otros se le niega, aunque no en absoluto (3), y en los más se mantiene el antiguo principio de la *amortizacion* exigiendo en ciertos casos la aprobacion de las adquisiciones por el Estado (4). Esta variedad de soluciones es debida á la diversidad

(1) Tomo 2°, págs. 285 y siguientes. Véase además: tomo 1° cap. x; 2°, cap. XIII. §. VIII.

(2) En España, el Concordato de 1851 y el convenio de 1859 consagran el libre y pleno derecho de la Iglesia para adquirir, retener y usufructuar en propiedad y sin limitacion ni reserva toda especie de bienes y valores.

(3) Véase en el Código portugués los artículos 35, 1477, 1561, 1669, 1775, 1781 y 1836.

(4) En Francia, la ley de 2 de Enero de 1817 autorizó á los establecimientos eclesiásticos para adquirir bienes, pero todas las donaciones hechas á la Iglesia deben ser aprobadas por el Estado; siendo muy de notar, por lo que hace á los devueltos así en Francia como del lado acá del Rhin, que juristas y canonistas discuten, sin

de principios que en la materia reina en la esfera teórica ó doctrinal: desde el *Syllabus* que condena la proposicion de que «la Iglesia no tiene el derecho natural y legítimo de adquirir y de poseer,» hasta los que mantienen que lo tiene solo por concesion del Estado, el cual puede por tanto limitarlo y hasta negarlo; desde la doctrina jurídica que atribuye iguales derechos á las *personas sociales* que á las individuales (1),

lograr ponerse de acuerdo, sobre si se devolvieron en propiedad ó solo en usufructo. En Prusia, el art. 40 de la Constitucion declara que la ley puede limitar el derecho de adquirir de la Iglesia y la ley de 23 de Febrero de 1870 exige la aprobacion del Gobierno cuando se trata de donaciones que excedan de 1.000 florines. En Baviera las leyes de amortizacion se han dejado sin efecto por el art. 8º del Concordato, pero es necesaria la aprobacion del Gobierno para la adquisicion de inmuebles por la Iglesia, y lo propio sucede en Wurtemberg (art. 18 de la ley de 13 de Enero de 1862) y en Baden (ley de 5 de Mayo de 1870 y ordenanza de 18 del mismo mes y año). En Austria se dejaron sin efecto las leyes de amortizacion por el Concordato, pero en el artículo 6º de la ley fundamental de 21 de Diciembre de 1867 se consigna la facultad que tiene el Estado de limitar el derecho de la Iglesia á adquirir y poseer bienes cuando así lo exija el bien público.

(1) No conocemos ningun Código que consagre el derecho de las personas sociales de un modo tan absoluto como el de la República Argentina que dice así: «Respecto de los terceros, los establecimientos ó corporaciones con el carácter de personas jurídicas, gozan en general de los mismos derechos que los simples particulares para adquirir bienes, tomar y conservar la posesion de ellos, constituir servidumbres reales, recibir en usufructo las propiedades ajenas, herencias ó legados por testamentos, donaciones por actos entre vivos, crear obligaciones é intentar, en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles ó criminales.»

Véase ahora cómo legitima el Dr. Velez Sarsfield, autor del Código, la declaracion de este artículo en una nota, cuyas últimas palabras destruyen todo el razonamiento que les precede. «Las consecuencias de este artículo, dice, son sumamente importantes y graves. Por él la Iglesia y las corporaciones religiosas, entre otras facultades, tienen la de poder heredar, recibir donaciones y adquirir propiedades raíces, sin intervencion alguna de los gobiernos. Todo lo que á este respecto se dijo y se ha hecho desde el siglo pasado ha sido por un espíritu irreligioso, ó con la mira de someter absolutamente las iglesias al poder temporal, áun cuando se quebrantaran los derechos individuales, y la libre disposicion de los bienes por los propietarios de ellos. Si el permiso á la Iglesia Católica de heredar y de adquirir bienes que el Emperador Constantino le declaró en 321 le ha importado más que la dudosa cesion del gobierno de Roma, como se ha dicho; si los pueblos han sido arruinados por haber pasado casi todos los bienes raíces al poder de la Iglesia, esos males, en verdad, no se han originado por la capacidad legal de la Iglesia para adquirir bienes, si no de las creencias de los pueblos, del fanatismo religioso, de un estado de las ideas y de la civilizacion enteramente diferente del estado actual. Así vemos hoy en Inglaterra y en los Estados-Unidos que las Iglesias católicas y las Congregaciones protestantes tienen, como los particulares, la facultad de adquirir y poseer bienes raíces, sin que los bienes territoriales se degraden, y sin que esa facultad traiga una acumulacion de bienes raíces en las personas que se han llamado manos muertas. En la República misma, vemos comunidades religiosas con capacidad de adquirir bienes raíces, que serian muy felices

cualquiera que sea el fin á cuya realizacion estén consagradas, hasta aquella otra que, ó rechaza en general esa asimilacion, ó no la admite tratándose de la Iglesia, encontramos diferencias esenciales que se reflejan en el derecho positivo, pudiendo decirse que el sentido en que este se inspira, despues de haberse inclinado á uno ú otro lado (1), es como un término medio entre el que dominaba cuando se llevó á cabo la desamortizacion eclesiástica y el reconocimiento completo del derecho de adquirir por parte de la Iglesia sin privilegios favorables ni odiosos.

Tampoco hay conformidad en cuanto al punto interesante de saber quién es el sujeto activo en este género de propiedad, pues en unos países se consideran los bienes como de la

cuando alcanzaran siquiera á vivir de sus rentas. Si la existencia de la Iglesia es conveniente y necesaria, no vemos razon alguna para privarle ó limitar los medios para su propia conservacion. El Código de Chile toma un término medio, permitiendo á las Iglesias la adquisicion de bienes raices por sólo el término de cinco años, á cuyo plazo deben enajenar aquellos que hubiesen adquirido por compra ó donaciones que se les hubiere hecho. Diremos, en fin, con Savigny, que si las legislaciones de algunas naciones han restringido las adquisiciones de las corporaciones de manos muertas, esas restricciones jamás han hecho parte del derecho comun. Puede, por lo tanto, sostenerse el artículo, *sin perjuicio de que una ley especial limite, cuando fuese oportuno, la capacidad legal de la Iglesia para adquirir bienes raices.*»

En otra nota al art. 16, defendiendo la necesidad de la intervencion del Estado en la creacion de las personas sociales, dice: «Otras consideraciones políticas y económicas hacen indispensable la autorizacion del Gobierno para crear la persona jurídica. La extension ilimitada de las corporaciones de diversas clases no siempre es conveniente ó indiferente á los pueblos. Puede haber conveniencia para la sociedad en evitar la acumulacion de bienes en las corporaciones de manos muertas, y esto no podría conseguirse si los particulares pudieran crear á su voluntad nuevas fundaciones.»

(1) Walter (lib. 6º, cap. 2º) despues de censurar la secularizacion de los bienes eclesiásticos, llevada á cabo en Francia y Alemania, dice: la Iglesia herida de tal manera, ha encontrado algun consuelo en muchas constituciones recientes, que aseguran de nuevo á los bienes eclesiásticos la proteccion especial del Estado, y una administracion conforme á las miras de los fundadores, estableciendo *que por ningun motivo estos bienes podrán ser incorporados al dominio público*» Constitucion de Polonia de 27 de Noviembre de 1815, §. 13; de Baviera de 26 de Mayo de 1818, tit. 4º, §§ 9 y 10; Edicto de religion de Baviera de la misma fecha, §§ 31, 44-49; Constitucion de Baden de 22 de Agosto de 1818, § 20; de Wurtemberg de 25 de Setiembre de 1819, §§ 77 y 82; del Gran Ducado de Hesse de 17 de Diciembre de 1820, §§ 43 y 44; de Sajonia Coburgo de 8 de Agosto de 1821, §§ 29 y 30; de Sajonia Meinnigen de 23 de Agosto de 1829, art. 33; de la Hesse electoral, de Altemburgo, de Sajonia y de Hannover.»

Iglesia universal (1), en otros es el propietario la Iglesia episcopal ó cada institucion eclesiástica (2), y en algunos lo es la parroquia, ó lo que se ha llamado el *comun eclesiástico* (3). Decimos que el punto es interesante, porque el modo de resolverlo puede influir en la participacion que deban tener los legos en el régimen de los bienes eclesiásticos y aún en la suerte de estos (4), y más todavia, tratándose de la Iglesia católica sobre todo, en la posibilidad de allanar ciertas dificultades dentro de cada país sin necesidad de buscar fuera el asentimiento que en otro caso es imprescindible (5).

En cuanto á la *inmunidad*, á pesar de que el *Syllabus* condena la doctrina segun la cual la de la Iglesia y la de las personas eclesiásticas procede y tiene su origen en el derecho civil (6), ha desaparecido por regla general, salva la excepcion de los edificios consagrados al culto y á habitacion de párrocos y obispos, hospitales, etc., estando obligados los eclesiásticos mismos á contribuir con parte de su haber á levantar las cargas del Estado, ya en forma de impuesto (7), ya en la de subsidios voluntarios que apenas si tienen de esto otra cosa que el nombre.

Tampoco han logrado las iglesias la completa independencia en lo relativo á la administracion de sus bienes, pues no solo el Estado interviene, como es natural que suceda, allí donde va unida á su suerte la de aquella, como en Rusia, Inglaterra, etc., sino que la católica está sometida á iguales ó

(1) Por lo ménos, de este supuesto viene á partirse implícitamente cuando los Estados tratan sobre *todos* los bienes de la Iglesia con el Jefe supremo de esta.

(2) Esto último acontece en Austria, Baviera y Sajonia, por ejemplo.

(3) Como sucede en Suiza, Prusia, Wurtemberg, etc.

(4) De aquí el empeño de los canonistas de distinguir la parroquia ó *comunidad religiosa*, del *comun civil*.

(5) Véase Verin, *Droit canon.*, §§ 167 y 169.

(6) Sin embargo, en el art. 10 del Concordato celebrado en Wurtemberg se declara que los bienes eclesiásticos están sometidos á las mismas cargas que los de los particulares.

(7) Los Cardenales Rauscher y Schwarsenberg pidieron en una ocasion al Parlamento austriaco la exencion del pago de impuestos, pero no en favor de todos los clérigos, sino de aquellos que tenian una pequeñísima dotacion; y en su virtud la Ordenanza de 12 de Mayo de 1864 estableció el modo de dejar á salvo la cóngrua de los que se hallaban en ese caso.

mayores restricciones en algunos países católicos y en otros protestantes (1).

Finalmente, debemos registrar como un progreso de nuestro tiempo la tendencia á consagrar el principio segun el cual cuando una asociacion eclesiástica se disuelve, sus bienes los adquiere por regla general el Estado, pero para dedicarlos á un fin análogo al que aquella persiguió durante su existencia (2).

¿Cuál será la resolucion definitiva que se dé á esta cuestion? La resistencia que encuentra el reconocimiento de la propia sustantividad y de consiguiente del propio derecho de las personas sociales en general, es mayor cuando se trata de la Iglesia, sobre todo en estos últimos tiempos en que ha renacido el temor de que aquella pueda recobrar el predominio que se creia perdido para siempre. No es de nuestra incumbencia el entrar aquí en el estudio de esta cuestion tan compleja bajo el doble punto de vista social y político; debemos tan sólo decir que no se nos alcanza cómo puedan, en la esfera del derecho, compaginarse las exigencias formuladas por éste en nuestro tiempo, con los principios que servian de base á las antiguas leyes de *amortizacion*. En el fondo de las pretensiones encaminadas á mantener el espíritu de éstas, solo hallamos el eterno *temor al abuso*, causa de tantas desconfianzas y consiguientemente de tantas limitaciones de la libertad. Y menos puede influir en nuestro ánimo esa consideracion, cuando lejos de abrigar esos temores, tenemos completa fe en la fuerza y eficacia de la civilizacion moderna, la cual, si ha vencido todos los obstáculos cuando estos eran tan múltiples y tenian prestigios de todas clases, no ha de ser arrollada cuando está en posesion del que fué campo de lucha y de contienda, de la

(1) Así, por ejemplo, en Prusia, donde el art. 15 de la Constitucion habia devuelto á la Iglesia católica el derecho de administrar y regir libremente sus bienes, se han puesto en estos últimos tiempos numerosas y grandes limitaciones al mismo por las leyes de 15 de Abril de 1873, las de Mayo de 1874, las de 18 y 20 de Junio de 1875 y la de 7 de Junio de 1876.

(2) Véase el Código de Grisons, artículos 87 á 91 y 95 á 97; el art. 19 de la ley italiana de 7 de Julio de 1836, y la nota de la pág. 296 del tomo 2º de esta obra.

conciencia de los pueblos. En una palabra, no hallamos motivos que autoricen á establecer una excepcion, en daño de la Iglesia católica, ni de ninguna otra, de la doctrina general que en otro lugar (1) sentamos respecto de las personas sociales.

(1) En el capítulo 2º de este tomo.

CAPITULO XVIII.

PROPIEDAD MINERA.

Interés del punto referente á la propiedad de las minas.—Principios diversos aceptados en esta materia por las legislaciones européas.—Cuál tiende á predominar.—Razon de que así sea.

En esta materia lo interesante es examinar cuál de las tres teorías predomina hoy en la legislacion acerca de la propiedad de las minas: si la antigua romana, que la atribuye al dueño de la superficie, invocando el principio: *cujus est solum, ejus est a coelo usque ad centrum*; si la universalmente admitida en la Edad Media que la confiere al Estado, declarando, como lo hace el Código de las Partidas, que *los emperadores é los reyes han señorío propiamente en las rentas de las ferrerías é de los otros metales* (1), ó la que, considerando que las minas son cosas *nullius*, sostiene que al descubridor es á quien en justicia corresponde la propiedad de las mismas.

En España, el decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868 consagra todavía el principio regalista, y de aquí la consiguiente distincion entre el suelo, que es de propiedad particular, y el subsuelo, que pertenece al Estado, el cual, segun las circunstancias del mismo, lo abandona al aprovechamiento comun, ó lo cede, ya al dueño de la superficie, ya á otra persona. A este fin clasifica las sustancias minerales en tres grupos: 1º, las de naturaleza terrosa, piedras silíceas, pizarras, arenis-

(1) Ley 2ª, tit. 28, P. 3ª.

cas, granitos, basaltos, calizas, yeso, arenas, margas, tierras arcillosas, y en general las piedras de construccion ó cantarras; 2º, pláceres, arenas ó aluviones metalíferos, hierro de pantanos, esmeril, ocres y almagras, los escoriales, turberas, tierras piritosas, aluminosas, magnesianas y de batan, salitrales, fosfatos calizos, baritina, espato fluor, esteatita, kaolin y las arcillas; y 3º, criaderos de sustancias metalíferas, antracita, hulla, lignito, asfalto y betunes, petróleo y aceites minerales, grafito, sustancias salinas, caparrosas, azufre y piedras preciosas. Las sustancias comprendidas en la primera seccion son de aprovechamiento comun cuando se hallan en terrenos de dominio público, y cuando en terrenos de propiedad privada, el Estado *cede* dichas sustancias al dueño de la superficie, quien podrá considerarlas como de propiedad suya y utilizarlas *en la forma y tiempo que estime oportunas*, por lo cual no necesita concesion alguna del Gobierno. Las de la segunda estarán sujetas, en cuanto á la propiedad y á la explotacion, á las mismas condiciones del artículo precedente; pero cuando se hallen en terrenos de particulares, el Estado se *reserva* el derecho de concederlas á quien solicite su explotacion, si el *dueño* no las explota por sí, con tal que ántes se declare la empresa de utilidad pública, y se indemnice al *dueño* por la superficie expropiada y daños causados, siendo de notar que el que obtenga la concesion deberá pagar anualmente por hectárea un cánon, que el *dueño* está libre de satisfacer si lleva á cabo por sí la explotacion. Finalmente, las sustancias de la tercera seccion solo podrán explotarse en virtud de concesion que otorgue el Gobierno, la cual constituye una propiedad separada de la del suelo, y cuando una de ellas deba ser anulada y absorbida por la otra, proceden la declaracion de utilidad pública, la expropiacion y la indemnizacion correspondiente.

En Portugal, conforme á la ley de 21 de Diciembre de 1852 y Reglamento de 9 de Diciembre de 1853, se distinguen cuatro categorías de sustancias minerales. En la primera están incluidas las arenas auríferas y todos los minerales que se encuentran en los terrenos de aluvion, y pueden explotarse

libremente, sin permiso ni formalidad, con tal de que se haga por medio de construcciones que no sean fijas ni permanentes. En la segunda, los depósitos de piedras de construcción, arenas, tierras y piedras arcillosas ó piritosas, cales, etc., todas las cuales puede extraerlas el propietario ó un tercero con su consentimiento, sin necesidad de autorización administrativa, con tal de que se exploten por medio de galerías subterráneas; siendo de notar que cuando esas materias son necesarias para obras de interés público ó para alguna rama de industria manufacturera, el Gobierno puede ordenar la explotación contra la voluntad del propietario. La tercera clase la forman las turberas, que solo puede explotarlas el dueño ú otro con su permiso, pero ambos necesitan permiso del Estado. En la cuarta clase entran las sustancias metálicas y las minas de sal ó de combustible, las cuales son objeto de una concesión, pero solo cuando exigen trabajos de arte ó establecimientos fijos.

Conforme al Código civil (1), los poseedores de predios rústicos tienen derecho de hacer en sus predios trabajos de investigación y laboreo de minas sin necesitar para ello autorización del Gobierno, y también se concede ese derecho respecto de los ajenos, pero con el consentimiento de los dueños, el cual, en caso de ser rehusado, podrá ser suplido legalmente, esto es, por virtud de concesión previa de la Administración, siendo de notar que el concesionario paga en Portugal un cánon al Estado y otro al dueño del suelo.

En Francia, según el art. 552 del Código Napoleón, la propiedad del suelo lleva consigo la propiedad de todo lo que está encima y de todo lo que está debajo (*du dessus et du dessous*), así que mientras no hay concesión, la propiedad de las minas permanece unida á la del suelo. Pero cuando aquella se otorga por el Gobierno, produce el efecto de separarlas, formando con la primera un inmueble corporal distinto de la superficie, aunque se haga en favor del dueño de ésta. Así que la concesión constituye una especie de expropiación por cau-

(1) Artículos 465 y 466.

sa de utilidad pública, cuyo efecto es destruir todos los derechos reales que antes correspondían al dueño del suelo, y que se transforman en un cánón anual (1) que ha de pagarle el concesionario (2), el cual satisface otro al Estado.

La legislación francesa clasifica las sustancias minerales en tres grupos, análogos á los tres de la española: *carrières*, *minières* y *mines*. Para la explotación de las primeras no es precisa la autorización; para la de las segundas, según la ley de 17 de Mayo de 1866, necesita permiso el no propietario cuando los trabajos se han de practicar á cielo descubierto, pero no el dueño del suelo, mientras que ambos lo han menester cuando se trata de explotaciones por medio de galerías subterráneas; y, por último, las *mines* son objeto de un acto de concesión por parte del Estado, el cual la concede discrecionalmente á quien le parezca que ofrece más garantías, y sin que tenga derecho alguno de preferencia el dueño del suelo (3).

En Bélgica, la ley de 2 de Mayo de 1837, que ha modificado en puntos importantes la de 21 de Abril de 1810, restableció el derecho de preferencia en favor del dueño de la superficie en concurrencia con el inventor ó descubridor, y reguló además lo referente á la indemnización debida á aquel en el caso de concederse la mina á un extraño, y que en la práctica habia ido haciéndose ilusoria (4).

En Alemania, la ley de 24 de Junio de 1865, dada para Prusia, rige desde 1867 en todos los países anexionados á aquella, y más tarde se ha extendido á otros Estados del imperio alemán. El capítulo en que se trataba en el *Landrecht* de esta materia se titulaba: derecho *regaliano* sobre las minas, mientras que la ley de 1865 ha tenido precisamente por obje-

(1) Este cánón es tan módico, que un economista ha dicho que es tan sólo un *simple coup de chapeau tiré á l'art. 552 du Code Napoléon*.

(2) Véase Aubry y Rau, *ob. cit.*, § 223-3º.

(3) La ley de 28 de Julio de 1791 se lo concedía, pero no así la de 22 de Abril de 1810. Véase Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*. §§ 446 y siguientes.

(4) Según el art. 9º de dicha ley, el cánón que se ha de pagar al propietario ha de ser cuando ménos 25 céntimos por hectárea y de 1 á 3 por 100 del producto neto de la mina. Véase Batbie, *ob. cit.*, § 495.

to suprimir por entero el dominio eminente del Estado, así como no concede ningun derecho especial al dueño de la superficie (1), de suerte que su principio en este punto es que la propiedad de las minas pertenece al que las descubre. El Estado continúa haciendo las concesiones, pero como no puede negarlas, salvo existir alguna de las causas determinadas por la ley, su intervencion tiene realmente solo por objeto el reconocimiento oficial del derecho del descubridor (2). En Alemania, como en otros países, hubo un tiempo en que se atribuía la propiedad de las minas al dueño de la superficie, así como más tarde, en la Edad media, los reyes, y siguiendo su ejemplo los señores, pretendieron tener un derecho regaliano sobre ellas, hasta que comenzó á prevalecer, ya desde el siglo XIV, segun Lehr (3), el principio que hoy consagra la legislación, y segun el cual el descubridor adquiere un derecho absoluto (4), en cuanto que nadie puede disputárselo, aunque relativo en cuanto queda obligado á explotar y á hacerlo conforme á las exigencias del arte y puede perderla en ciertos casos (5). No entran en el régimen minero las canteras de mármol, pizarra y demás piedras de construccion, los bancos de arcilla, yeso, etc., y las turberas.

(1) Por excepcion, al promulgarse la ley de 16 de Diciembre de 1873 para Alsacia y Lorena, se concede por su art. 2º al dueño de la superficie la explotacion á cielo descubierto de los minerales de hierro. Véase el *Annuaire de legislation étrangère*, 1874, p. 571.

(2) La ley de 1865 ha sido modificada por la de 24 de Junio de 1873 en lo referente á la copropiedad de las minas. Segun aquella, los copropietarios constituyen una persona moral, única que puede disponer en todo ó en parte de la mina; pero continuó vigente respecto de algunas de éstas el régimen antiguo segun el cual cada uno puede disponer de su parte libremente; y para evitar los inconvenientes que esto producía, la ley de 1873 ordena que la mayoría de los copropietarios, si representa al ménos las tres cuartas partes del valor, podrá optar por el régimen de la ley de 1865.

(3) Véase, *Droit civil germanique*, §§ 87 y 88. En las provincias del Norte todavía es un derecho regaliano la recoleccion del ámbar.

(4) Así la ley de 1863 dice en su art. 52: «Las disposiciones del derecho comun sobre la propiedad de los inmuebles, referentes á los modos de adquirir, á los privilegios é hipotecas y al procedimiento ejecutivo, se aplican tambien á la propiedad de las minas.

(5) Y tambien en cuanto que la consolidacion, division ó cambio de las minas necesitan la aprobacion de la Administracion. Véase el art. 68 de la ley prusiana de 5 de Mayo de 1872 sobre la adquisicion de la propiedad inmueble y sobre los derechos reales.

En Austria, la ley de 22 de Mayo de 1854 ha consagrado plenamente el derecho regaliano de la Corona, en cuya virtud el soberano tiene un derecho exclusivo sobre las *materias minerales reservadas*, esto es, los metales, el alumbre, el azufre, la sal, el grafito y los combustibles minerales. El Estado puede explotar las minas por sí ó concederlas á un tercero, el cual en tal caso adquiere un derecho perpétuo y trasmisible. El dueño de la superficie no tiene preferencia alguna, y ni siquiera puede hacer investigaciones en su propia finca sin la prévia autorizacion oficial; y cuando se concede á un tercero, éste no le debe indemnizacion alguna, quedando solo obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la ocupacion de la superficie (1).

En Inglaterra las minas pertenecen al dueño del suelo, el cual puede explotarlas ó no, según quiera, y sin necesidad de autorizacion alguna del Estado para lo primero. Lo que hacen frecuentemente los propietarios de la superficie es arrendarlas por veinte, treinta, cuarenta, y hasta noventa y nueve años las de hulla, á compañías que pagan por ellas una renta y se obligan por lo general á dejar á disposicion de los dueños las construcciones hechas, á la espiracion del arrendamiento. Para evitar las consecuencias de una explotacion codiciosa, á que conduce á menudo este sistema de arriendos, por parte del arrendatario, se estipulan las condiciones en que debe llevarse aquella á cabo.

En Rusia, las minas (2) se consideran como accesorios de la tierra y pertenecen en propiedad al dueño de la superficie, conforme á los ukases de Pedro I de 1700, ratificados por Pedro II y Catalina II en 1772 y 1782, sin que el Estado tenga otras facultades que la de cobrar el impuesto y la de vigilar é inspeccionar los trabajos. Pero la mayor parte de las minas están situadas en los dominios de la corona, la cual las explota por sí ó las concede á un tercero, mas no por virtud de un

(1) Véase, Batbie, *ob. cit.*, § 500.

(2) Las minas de oro se regian por otras reglas, pero fueron equiparadas á las demás por una disposicion del Consejo del Imperio aprobada por el Emperador en 6 de Junio de 1777.

derecho regaliano, sino como consecuencia de su derecho de propiedad. La concesion, sin embargo, no confiere un derecho de dominio perpétuo y trasmisible, sino tán sólo un derecho de explotar que por lo comun es ilimitado; pero una prueba de que el Estado continúa considerándose como propietario de la mina, es que á veces ha puesto á este derecho límites despues de haberlo concedido sin ellos (1).

En Suecia, Dinamarca y Noruega, las minas constituyen una regalía de la Corona.

En resúmen, unos países, como Austria, mantienen enérgicamente el principio del dominio eminente del Estado; otros, como Inglaterra y Rusia, atribuyen la propiedad de las minas al dueño de la superficie; otros, como muchos de Alemania, al descubridor, y los más vienen á admitir las tres resoluciones   la par, puesto que si bien parten en principio del derecho del Estado, luego las conceden al propietario del suelo   al inventor, dando unas veces la preferencia al primero y otras no dand sela.

Salta   la vista el merecido disfavor en que ha caido el supuesto derecho del Estado en las minas, y por nuestra parte nada tenemos que añadir   lo dicho en otro lugar acerca del llamado *dominio eminente* del Estado (2). Más difícil es resolver el litigio entre el dueño de la superficie y el descubridor, y lo es no solo en principios, sino tambien en el derecho europeo, pues, según acabamos de ver, es la excepcion que se concede exclusivamente al uno ó al otro, y la regla general que se haga con preferencia á uno de ellos segun las circunstancias de cada caso, siendo siempre el Estado el que se atribuye la facultad de discernirlas, unas veces porque afirma en principio aquel dominio eminente; otras, como sucede en Francia, porque reconociendo la propiedad preexistente del dueño del suelo, le expropia por causa de utilidad pública. Pero en medio de esta diversidad de soluciones  chase de ver cómo entre los principios antiguos, favorables al Estado y al propietario

(1) Véase, Lehr, *Droit civil russe*, § 153; Batbie, *ob. cit.*, § 499.

(2) Tomo 1 , p. 92 y sigs.; tomo 2 , págs. 206 y 259. Véase tambien más arriba el cap. xvi.

de la superficie, va abriéndose paso el principio nuevo, favorable al descubridor.

Y es de aplaudir esta tendencia, porque atribuir las minas al dueño del suelo que ignora hasta su existencia, es olvidar que el origen y punto de arranque de la propiedad está en la *intencion* del que se propone utilizar los medios que encierra la Naturaleza para la satisfaccion de nuestras necesidades, despues de la cual vienen la ocupacion del elemento natural, la transformacion del mismo y su aprovechamiento. De aquí la necesidad de distinguir entre el suelo y el subsuelo, como lo hacen todas las legislaciones, salvo las que atribuyen las minas al dueño de aquél, sin que pueda ser otra la base de la distincion que la manifestacion de ese intento. Por eso dice con razon la ley española que el suelo «comprende la superficie propiamente dicha y además el espesor á que haya llegado el trabajo del propietario, ya sea para el cultivo, ya para solar y cimentacion, ya con otro cualquiera distinto de la minería;» y que el subsuelo se extiende indefinidamente en profundidad desde donde el suelo termina (1).

(1) Un comentador de esta ley (citado en la última edicion del Diccionario de Escriche, artículo: *Minas*) ha criticado esta definicion diciendo que «con arreglo á ella el suelo será de mayor ó menor profundidad en un mismo punto, segun se le anteje al dueño del terreno profundizar ó no los trabajos; si el propietario no trabaja, no hay más suelo que la superficie; si lo ara para trigo, el suelo será uno ó dos palmos; si planta, se extenderá á cuatro ó cinco; si edifica, á diez ó doce; si lo perfora para un pozo ordinario, treinta, cuarenta ó ciento; y siendo segun la ley el suelo de propiedad particular y el subsuelo originariamente del Estado, resulta que el propietario del suelo, á manera que va ahondando sus labores, priva al Estado de parte del subsuelo, sin acto ninguno de éste y sólo por la voluntad de aquél.» Aquí el absurdo resulta de poner frente á frente el derecho del dueño de la superficie y el supuesto derecho del Estado, porque evidentemente si éste lo fuera en realidad, no podia quedar á merced de la voluntad del otro; pero cesa el absurdo tan sólo con considerar el subsuelo como cosa *nullius* y apropiable por el descubridor. Asi que ese mismo comentarista propone sustituir aquella definicion con otra que nos parece muy aceptable, y segun la que se reputaria suelo la superficie propiamente dicha y el terreno que, sin embargo de hallarse debajo de la superficie, es como el complemento de ella y necesario é indispensable para que la misma sea útil al hombre, cualquiera que sea el uso á que se le destine. Se parte aquí de una presuncion muy natural, cual es la de que cuando uno se apropia un terreno tiene el propósito de utilizarlo de todos los modos posibles y adecuados á su naturaleza, entre los que no puede encontrarse ciertamente la explotacion de mineras encerrados en su seno sin relacion con la superficie.

CAPITULO XIX.

PROPIEDAD DE LAS AGUAS.

Opiniones respecto de si el agua puede ser objeto de propiedad.—Explicacion de la contraria á esta posibilidad —Circunstancias particulares que influyen en esta forma del derecho de propiedad.—Exámen del punto referente á si todos los rios pertenecen al dominio público ó solo algunos de ellos.

Encuéntrese el agua en tan singulares condiciones, que muchos niegan la posibilidad de que sea objeto de propiedad, y sostienen que puede serlo únicamente de un derecho de uso. Nace, á nuestro parecer, este error, de un lado, de la importancia que se atribuye á la circunstancia de servir en ocasiones la *misma* agua para varios fines y en provecho de varios individuos; y de otro, del concepto equivocado del dominio comun y del público.

Por lo que hace á lo primero, notemos ante todo, que á veces el agua puede ser acaparada por un individuo exactamente lo mismo que cualquiera otro objeto, como sucede, por ejemplo, cuando uno coge en una corriente ó adquiere por compra agua que lleva á su casa para el consumo, ó con la que riega las flores de un jardin sin que discurra sobrante alguno fuera de él. Luego, aún en muchos casos en que despues de utilizada por uno, puede servir á otro y aún á varios, como acontece cuando el dueño de un predio deja de aprovechar parte de la que mana de una fuente situada en aquel y que emplean los propietarios de fincas situadas más abajo, el derecho de propiedad del primero es absoluto y completo, tanto que puede aprovechar por entero el agua y hasta cegar la fuente. Por último, á veces se utiliza á la par ó sucesivamente por muchos,

porque los fines á que se aplica son por su naturaleza compatibles, pues la misma agua que ha servido para mover un artefacto, va luego á procurar á un predio los beneficios del riego.

En cuanto á lo segundo, en otro lugar (1) procuramos demostrar que hay verdaderamente una propiedad *comun*, que es *ilimitada* (cosas comunes) ó *limitada* (cosas públicas), pudiendo *usar* todos de los objetos que constituyen así la una como la otra, pero correspondiendo, por el contrario, el régimen de los mismos á distintos sujetos segun los casos. Así, el agua puede ser de dominio y uso particular, como la extraída por medio de un pozo en una finca de un individuo; de dominio humano y uso comun, como la alta mar; de dominio nacional, provincial ó municipal y uso comun, como un rio navegable, uno no navegable ó un arroyo.

Lo que sucede es, que segun que las aguas son marítimas ó terrestres, pluviales ó manantiales, superficiales ó subterráneas, vivas ó estancadas, comunes ó medicinales; segun que discurren por terrenos particulares ó públicos; segun que el destino á que se aplican es de primera necesidad, como bebida, lavado, abrevadero, etc., ó no, como el riego ó el movimiento de un artefacto; y segun que es ó no posible emplearlas á la vez en distintos usos ó que varios individuos se sirvan de ellas para uno idéntico, nacen relaciones tan complejas y peculiares, que por eso mismo reviste el derecho de propiedad de las aguas un carácter especial (2).

Un punto hay sobre el cual debemos decir algo por ser el que da lugar á mayor divergencia entre las legislaciones, que es el referente á si todos los rios deben ser considerados como de dominio nacional ó solo algunos de ellos (3). Las más de

(1) Véase cap. 10, § 1°.

(2) Y prescindimos aquí de las complicaciones á que da lugar la circunstancia de ir por lo general envuelto en esta materia lo referente á la propiedad de las costas, playas, álveos de los rios, á la accesion, á las servidumbres relacionadas con el uso de las aguas, etc., etc.

(3) Cuestion no resuelta claramente por los Romanos, pues si de un lado en la Instituta (lib. 2°, tit. 1°, § 2°) se dice: *flumina autem omnia et portus publica sunt*, en el Digesto (lib. 43, tit. 12, lib. 1°, § 3°) se hace la siguiente distincion: *flumina quaedam publica sunt, quaedam non*. Cassio, Celso y otros jurisconsultos consideraban como público todo rio perenne.

las legislaciones hacen una clasificación de los ríos según que son ó no navegables ó flotables, declarando de dominio público los primeros, y susceptibles de dominio privado los segundos (1); mientras que algunas no admiten semejante distinción y consideran que todos los ríos son del dominio de la Nación (2). Nótese que las consecuencias prácticas que de hacer ó no esa distinción resultan, vienen á reducirse en suma á conceder una mayor ó menor intervencion al Estado en el régimen de esas aguas (3), y á reconocer ó no ciertos derechos de preferencia á los propietarios ribereños (4). Por lo demás, la cuestión de propiedad se plantea mal á nuestro juicio cuando se supone que los ríos no declarados de dominio nacional, ó

(1) Según el art. 538 del Código Napoleón, los ríos navegables ó flotables constituyen parte del dominio público; pero respecto á los no navegables ni flotables hay nada ménos que cuatro opiniones distintas entre los juristas franceses. (Batbie, *ob. cit.*, §§ 453 y sigs.) Según la primera, pertenecen al dominio público, como los navegables; según la segunda, pertenece á aquél la corriente, pero el lecho á los ribereños; según la tercera, ambas cosas á éstos; y según la cuarta, que es la consagrada por la jurisprudencia, son cosas de uso común que no pertenecen á nadie, conforme al art. 714 del Código Napoleón. El portugués distingue entre unos y otros (arts. 431 y 434), sin declarar si son ó no del dominio público, pero sí que todos pueden usar de las aguas de los primeros conforme á los reglamentos administrativos, y reconociendo en los ribereños de los segundos el derecho de servirse de ellas en beneficio de sus predios. Pero en los arts. 330 y 381 se consideran cosas públicas las corrientes de aguas dulces navegables y flotables, y las que no lo son, como comunes, ó sea aprovechables por los individuos comprendidos en una circunscripción administrativa ó determinada corporación pública.

En Austria, el art. 287 del Código civil no hacía esa distinción, pero la consigna la ley de 30 de Mayo de 1869. En Alemania (véase Lehr, *ob. cit.*, § 84) se asimilan los no navegables ni flotables á los que lo son cuando tienen agua todo el año, conforme al principio romano: *publicum flumen esse Cassius definit quod perenne sit*; solo que á veces se estima del dominio municipal. La ley de aguas de Baden de 25 de Agosto de 1876 admite la distinción, y lo propio sucede en Bélgica, puesto que la ley de 7 de Marzo de 1877 tiene por objeto la policía de las corrientes de agua no navegables ni flotables.

(2) El Código de Italia (art. 427) los declara todos del dominio público, copiando el art. 420 del Código sardo; y lo propio sucede en España conforme al art. 4º de la ley de 13 de Junio de 1879.

(3) Por esto se ha aducido en Italia como razón para declarar todos los ríos de dominio público, que esa es una de las causas de la prosperidad de la agricultura en la Lombardia y en el Piamonte.

(4) Así se ha hecho notar, que mientras en Francia se establecía una jurisprudencia protectora de los derechos de los ribereños, la corriente contraria domina en Bélgica, donde los legistas tienden á igualar unos y otros ríos y á privar á los ribereños de casi todos sus derechos. Véase el *Annuaire de législation étrangère*, 1878.

son cosas *nullius* ó pertenecen á los propietarios ribereños. Sería muy extraño, dice con razon M. Batbie, que los rios no navegables ni flotables no pertenecieran á nadie al mismo tiempo que los navegables ó flotables se declaraban apropiados ó del dominio público. Pero no lo sería ménos que prevaleciera la opinion del mismo escritor, el cual sostiene que pertenecen á los propietarios ribereños, fundándose en los derechos de riego, pesca, etc., que se les reconoce desde luego por la ley, siendo así que estos no arguyen otra cosa que una preferencia natural en el *uso* de las aguas, pero en modo alguno que puedan atribuirse respecto de ellas un derecho igual, y ni siquiera semejante, al que tiene el dueño de un predio en las aguas que manan en la fuente que aparece en el mismo. Todos los rios son de uso *comun* y de dominio *público*, solo que este, segun la importancia de aquellos y la naturaleza del terreno por qué discurren, puede ser nacional, provincial ó comunal, y por tanto su régimen corresponderá al Estado nacional, á la diputacion ó al ayuntamiento; así como respecto de aquel, del uso, es preciso regularlo de modo que sean compatibles los varios de que es susceptible y en el orden que pide su importancia. Por esto es lo primero el uso de ellas para beber, lavar ropas, bañarse, abrevar caballerías, etc., y luego para la pesca, la navegacion y flotacion, y por último, los aprovechamientos que llevan en sí cierto carácter de exclusivismo, como riegos, artefactos, etc., por lo cual exigen una concesion especial (1), dentro de cierto orden de preferencia (2).

Resulta, en conclusion, que el agua puede ser cosa *comun*, y por tanto propiedad de la humanidad, y de la que es dado usar por igual á todos los hombres, como la alta mar; puede ser

(1) Porque miéntras los aprovechamientos comunes, como decia la Comision que redactó la ley de aguas de España de 1836, por no consumir el agua ó consumirla sólo en una pequeña cantidad y no impedir otros iguales, constituyen propiamente un mero uso y no exigen autorizacion, estos otros, «por consumir cantidad considerable de agua é impedir otros aprovechamientos idénticos exigen concesiones especiales por parte del poder público».

(2) Así la ley sobre aguas terrestres de España señala en su art. 160 el siguiente orden de preferencia: abastecimiento de poblaciones, abastecimiento de ferrocarriles, riegos, canales de navegacion, molinos y otras fábricas, barcas de paso y puentes flotantes, estanques para viveros ó criaderos de peces.

cosa *pública*, y por tanto propiedad de la Nación, de la provincia ó del pueblo, de que usarán todos los hombres en la forma necesaria para que sean compatibles algunas de las varias aplicaciones de que es susceptible y posible su aprovechamiento por todos respecto de otras; y puede ser, por último, cosa *privada*, y por tanto propiedad *exclusiva* de una persona individual ó social (1), única facultada para servirse de ella y utilizarla.

(1) Añadimos *social*, porque un pueblo, por ejemplo, tendrá en la fuente que mana en una finca de *propios* el mismo derecho que el individuo en la que brota en su predio, sin que quepa confundirlo con el dominio que tiene ese mismo pueblo en el arroyo que atraviesa su término.

CAPITULO XX.

PROPIEDAD INTELECTUAL.

Especies de esta forma del derecho de propiedad.—Principio generalmente adoptado en cuanto á la *literaria*; tendencia á garantizar el derecho de los autores extranjeros lo mismo que el de los nacionales.—Propiedad *artística* —Propiedad *dramática*; diferencias entre las leyes más recientes.—Propiedad *industrial*.

Aunque en otro lugar (1) hemos dicho lo esencial respecto de esta forma de propiedad y de sus cuatro especies: *literaria*, *artística*, *dramática* é *industrial*, parece oportuno, dado el objeto de esta parte de nuestro trabajo, recordar aquí lo allí expuesto y ampliarlo un tanto, aunque sin entrar en pormenores que no consiente la índole de esta obra.

Vimos entonces que el principio generalmente adoptado, en cuanto á la propiedad literaria, es el de la *limitacion* (2) del derecho del autor por la vida de éste y un período de tiempo que varia segun los países: ochenta años en España (3); cincuenta en Francia, Portugal, Noruega, Suecia y Rusia; treinta en Alemania, Suiza y Dinamarca; y veinticinco en Bélgica. En Italia se reconoce por la vida del autor y despues á los herederos hasta el transcurso de cuarenta años desde la

(1) Tomo 2º, cap. 15, n.º 2.

(2) Hoy es la única excepcion Méjico, donde se ha reconocido la perpetuidad. Sirva esto de rectificacion á lo dicho en el tomo 2º, p. 312.

(3) Con la singularidad, censurada por Mr. Delalande (en el *Annuaire de législation étrangere* de 1880), de que segun el art. 6º de la ley de 12 de Enero de 1879, si el autor trasmite su derecho por un acto *inter vivos*, pasa al adquirente por ochenta años si aquel no deja herederos forzosos, pues en otro caso sólo lo disfrutará por veinticinco, y los herederos por otro periodo igual.

publicacion de la obra; en Austria por treinta, pero pudiendo el Gobierno prorogarlo en [casos especiales; en Inglaterra, de por vida y siete más, sin que pueda bajar de cuarenta la duracion del derecho; y en Holanda, dura respecto de las obras publicadas, cincuenta años á contar desde la publicacion, y en cuanto á las no publicadas, miéntras viva, y treinta años después de la muerte (1).

Y la limitacion no solo consiste en esto, sino que de una parte se autoriza á veces la expropiacion por causa de utilidad pública (2), y otras la reproduccion de la obra por quien no tiene derecho sobre ella. Esto último hacen las legislaciones de España, Portugal, Noruega, Dinamarca é Inglaterra; la primera, autorizando la publicacion de aquella, cuando su autor no la reimprime en el espacio de veinte años (3); la segunda, declarando que aún cuando una obra no haya pasado á ser del dominio público, es lícito expropiarla, si sus ediciones estuviesen agotadas, y no quisieren reimprimirla el autor ó sus herederos (4); la tercera, estableciendo que la prohibicion de reimprimir un libro cesa cuando se ha hecho imposible durante cinco años procurarse ejemplares de la última edicion, aunque renace la prohibicion desde el momento en que publique una nueva el que tenga el derecho de autor (5); la cuarta, estableciendo ese mismo límite (6); y la última, facultando al gobierno para autorizar, después de la muerte del

(1) Ley de 28 de Junio de 1881, que empezó á regir en 1º de Enero de 1882.

«El rasgo más original de esta ley es seguramente la manera de regular la duracion del derecho del autor respecto de las obras publicadas. Es una innovacion feliz. Ha abandonado el sistema comun que hace depender aquélla de la vida del autor, puesto que se concede por cierto tiempo después de su muerte. Este sistema, seguido de ordinario y abandonado hoy por los Países-Bajos, favorece á los autores de constitucion robusta á costa de los débiles; favorece los primeros frutos de la juventud á costa de las obras superiores de la edad madura, y favorece los libros escritos por muchos autores á costa de los escritos por uno solo» Bee-laerts van Blokland, *Annuaire* etc. 1882.

(2) Así el Código portugués (art. 587), autoriza al Estado para expropiar un escrito conforme á los principios generales de la enagenacion por causa de utilidad pública, pero debiendo ser facultado al efecto por una ley.

(3) Art. 40 de la ley de 12 de Enero de 1879.

(4) Art. 81 del Código civil.

(5) Ley de 8 de Junio de 1876, arts. 19 y 20.

(6) Ordenanzas de 29 de Diciembre de 1858 y 5 de Mayo de 1866.

autor, la reimpression de las obras agotadas y no reimpresas por los representantes de aquel.

Es de notar asimismo la tendencia de la legislacion á garantizar el derecho del autor, lo mismo cuando es nacional que cuando extranjero, ya equiparándolos en cuanto á las obras originales, ya prohibiendo ó poniendo límites á la facultad de traducir aquellas, ya en fin garantizando todos estos derechos en los tratados internacionales sobre propiedad literaria.

Dinamarca fué la primera que asimiló en este respecto á nacionales y extranjeros. Este ejemplo fué seguido por muchos Estados secundarios de Alemania en 1829 y 1830; por Grecia en 1833; por Prusia, aunque de un modo condicional, en 1837; por Baviera en 1840; por Sajonia y Suecia en 1844; por Austria en 1846; por Portugal en 1851; en Francia en 1852, etc. (1).

En cuanto al derecho de traduccion, en unos países, como España, se le reconoce al autor plenamente; en otros, como Italia, por un período dado; en Rusia se permite la publicacion de traducciones, pero sin acompañar á ellas el texto de la obra; en Alemania, salvo tres excepciones consignadas en la ley de 11 de Junio de 1870, no se considera fraudulenta la traduccion de obras ya impresas, etc; en Holanda, se le reconoce ese derecho respecto de las obras no publicadas y de las publicadas, cuando se lo reserva expresamente y sale á luz la traduccion dentro de tres años á contar desde la fecha de la edicion original.

Por último, como la índole de esta propiedad se presta cual ninguna otra al fraude cuando un país no reconoce y garantiza los derechos de los autores extranjeros, de aquí los numerosos tratados internacionales celebrados por todos los países de Europa, y que tienden á equiparar sobre una base de reciprocidad á nacionales y extranjeros en este respecto, ya exigiendo algun requisito, ya declarando que los pedidos

(1) Véase el trabajo del Sr. Caravantes: *Revista de Legislacion y Jurisprudencia*, 1877, tomo 1º, p. 126.

y cumplidos en uno aprovechan y bastan para el reconocimiento del derecho en el otro, y extendiéndolo, no solo á la reproduccion de las obras publicadas, sino tambien á la traduccion de las mismas.

En cuanto á la propiedad *artística*, al paso que la ley española incluye bajo la denominacion genérica de propiedad *intelectual* las obras científicas, literarias y artísticas, y declara que sus beneficios alcanzan á los autores de mapas, planos ó dibujos científicos, á los compositores de música y á los autores de *obras de arte*, la alemana de 11 de Junio de 1870 declara que las disposiciones de la misma se aplicarán á los dibujos y grabados de geografía, topografía, etc., con tal que, atendido su fin principal, no deban considerarse como *obras de arte*; y por las leyes de 9, 10 y 11 de Enero de 1876 se concede el derecho de propiedad al autor de obras correspondientes á las artes figurativas (1) durante la vida y treinta años más; al fotógrafo, sobre las suyas, por cinco; y al de dibujos y modelos industriales por tres años, que pueden prorogarse hasta quince. La ley de Noruega de 8 de Junio de 1876 hace la misma exclusion de las *obras de arte*, y las dos de 12 Marzo de 1876 reconocen al autor de éstas el derecho de reproducirla durante la vida, y al fotógrafo sobre la suya por cinco años.

Por lo que hace á la *dramática*, hay notables diferencias entre las leyes más recientes. La de España la equipara á la literaria; en Alemania tambien, pero con la singularidad de que las obras exclusivamente musicales, impresas ya, pueden ejecutarse en público sin que sea necesario el consentimiento del autor, salvo que este se lo haya reservado al frente de la misma, requisito que no se pide para las que son á la vez mu-

(1) Segun M. Morillot (*Annuaire de législation étrangère* de 1877) las leyes anteriores habian expresado con una gran variedad de términos el objeto del derecho del autor en materia de arte. Se dijo unas veces: *kunstwerk* (obra de arte); otras, *artistisches Erzeugniss* (producto artistico) y otras tambien *Zeichnungen oder Gemaelde* (dibujos ó cuadros). Considerando que todas estas formas de expresion eran demasiado vagas, se convino en emplear esta otra: *Werk der bildenden künste* (obras de las artes figurativas), la cual, segun se dice en la exposicion de motivos «distingue claramente las obras de cuya publicacion se trata aquí, de la música y la poesía, y contiene al mismo tiempo la pintura, el dibujo, la escultura, etc.

sicales y dramáticas. En Suecia, por la ley de 10 de Agosto de 1870, el derecho de representar en escena una obra dramática ó dramático-musical pertenece al autor solo de por vida y cinco años más. En este punto es notable el contraste con Italia, donde para obviar ciertos inconvenientes producidos por los términos de la ley de 25 de Junio de 1865, se dictó la de 10 de Agosto de 1875, segun la cual el autor de una obra hecha para ser representada en público tiene el derecho exclusivo de representarla ó ejecutarla durante ochenta años, á contar desde el dia de la publicacion ó de la primera ejecucion. En Holanda, dura, respecto de las no publicadas, de por vida y treinta años más, y en cuanto á las publicadas, diez á contar desde la fecha del depósito, siendo preciso en este caso que el autor se reserve expresamente ese derecho.

Finalmente, en cuanto á la *propiedad industrial*, ó sea, los llamados *privilegios ó patentes de invencion*, ya dijimos en su lugar que en unas legislaciones se describe lo comprendido en este término; diciendo, por ejemplo, que pueden obtenerse aquellos por el establecimiento de nuevas industrias, la invencion de máquinas, aparatos, instrumentos, procedimientos, operaciones químicas y mecánicas, etc., que es lo que hacen la ley española, la francesa, la italiana, etc., mientras que en otras, como acontece en Bélgica y Alemania, se deja esto á la interpretacion de los Tribunales y de la administracion; que se distinguen los privilegios de invencion, los de perfeccion y los de introduccion, concediendo naturalmente diferentes derechos en cada caso; que se exceptúan determinadas cosas de este derecho ó privilegio, como los alimentos y demás objetos de consumo, que las dos leyes más recientes en esta materia, que son la de España de 30 de Julio de 1878 y la de Alemania de 25 de Mayo de 1877 (1), lo conceden, la primera por veinte años, y la segunda por quince; y por último, que

(1) Puede verse en el *Annuaire de législation étrangère* del año 1878, págs. 106 y siguientes, esta ley con notas extensas é interesantes y una introduccion sobre la historia de esta cuestion en Alemania, por M. Lyon-Caen.

nuevo en cuanto al *tercero* y dejan subsistente el antiguo en cuanto á los contratantes, ó dan á la inscripcion un valor absoluto unas veces y relativo otras, por donde ni aquella ha sustituido á los tradicionales modos de adquirir, ni tampoco valen estos por sí y sin ella.

Prusia es el país que más se acerca al primer tipo, y casi coincidiría con lo que se puede considerar como ideal en esa direccion, si las cuatro leyes de 5 de Mayo de 1872, que constituyen su actual régimen hipotecario, hubieran consagrado todos los principios consignados en el primitivo proyecto de 28 de Noviembre 1868, segun el cual lo que consta en los libros mereceria una fe absoluta é inatacable: «es propietario el que aparezca como tal en el Registro.» La trasmision de los bienes inmuebles se verifica en Prusia por virtud de la *Auflassung*, esto es, de la investidura que confiere el Juez-Registrador al propio tiempo que practica la inscripcion, constituyendo ambas cosas un acto indiviso (1) y el único eficaz para efectuar la enajenacion (2), porque el convenio solo produce un derecho á

(1) La primera de las cuatro leyes, *sobre la adquisicion de la propiedad inmueble y sobre los derechos reales inmobiliarios*, dice en su art. 1º: «en caso de enajenacion voluntaria, la propiedad de un inmueble no se adquiere sino por virtud de una inscripcion en el libro territorial, hecha á seguida de un acto de investidura (*Auflassung*);» y en el 2º: «la investidura se lleva á cabo mediante la siguiente doble declaracion: 1º, el propietario actual segun el Registro declara que consiente en que se haga la inscripcion en favor del nuevo adquirente; 2º, este declara que reclama la inscripcion. Ambas declaraciones se harán simultáneamente y en alta voz ante el Juez-Registrador competente.» Resulta así una especie de enajenacion consentida ante los tribunales, una *cessio in jure*. «La investidura, se dice en el preámbulo, y la inscripcion que la sigue, son dos operaciones inseparables, y constituyen en su conjunto un solo acto jurídico, que produce la trasmision de la propiedad, como lo hacia en otro tiempo la tradicion. En la investidura, las dos partes expresan solemnemente su voluntad reciproca de enajenar y de adquirir; en la inscripcion el juez consagra y da validez al consentimiento de las partes. Una investidura sin inscripcion ó una inscripcion sin investidura serian impotentes para transferir la propiedad.»

(2) Cuando esta es voluntaria, porque el art. 5º dice «fuera del caso de enajenacion voluntaria, la propiedad inmueble continuará adquiriéndose como antes;» esto es, cuando se adquiera por herencia, legado, comunidad legal entre cónyuges, expropiacion forzosa, etc. Sin embargo, cualquiera que sea el modo de adquisicion, el adquirente no podrá consentir una investidura ni constituir un derecho real sobre un inmueble, si no ha inscrito antes su derecho en el libro territorial. Es decir, que en estos casos la inscripcion no es un modo de adquirir, ni tiene otro valor que el que alcanza, por ejemplo, en Francia ó España. Solo los coherederos pueden, antes de la particion, transmitir los bienes sin inscribir previamente su derecho.

pedir el registro. El conocimiento que tenga el adquirente de un título anterior por el que se haya obligado el enajenante á transferir la cosa á un tercero, no será obstáculo á que se verifique la adquisicion (art. 4º) (1). La prescripcion adquisitiva no tiene lugar en contra del propietario que tiene inscrito su derecho (art. 6º). Al que por ser *acreedor* de un inmueble, tiene derecho á obtener la investidura ó la inscripcion, le es dado mantenerlo por medio de una *prenotacion* en el libro territorial (2). Puede pedirse la nulidad de cualquiera inscripcion de propiedad conforme á las reglas de derecho civil; pero si aquella se declara, la anulacion no perjudicará á los terceros que, fiados en la inscripcion, hubiesen adquirido derechos sobre el inmueble á *título oneroso y de buena fe* (3). La demanda de nulidad procede tambien por algun vicio del título que ha dado lugar á la investidura, pero los de forma quedan salvados por la inscripcion (4). Las restricciones (5) del derecho de enajenar solo producen efecto contra tercero, si se ha hecho

(1) Salvo el caso de que se haya hecho constar la promesa de enajenar en el Registro por medio de una *prenotacion*, con arreglo al art. 8º.

(2) Art. 8º. Como observa M. Gide, teniendo el comprador de un inmueble, mientras no haya recibido la investidura, tan sólo un simple derecho de crédito, este no puede inscribirse, porque no es *real*, pero si ser objeto de una *prenotacion*, es decir, de una *reserva de inscripcion en el porvenir*. Por virtud de esta *prenotacion*, que no exige el consentimiento del deudor, el derecho del acreedor se hace publico, puede oponerse á tercero y adquiere cierta especie de *realidad*. Viene á ser este sistema como un término intermedio entre la doctrina romana, segun la cual el pacto de enajenar sólo produce efecto entre las partes, y la francesa que estima la simple convencion como un acto traslativo de la propiedad.

(3) Art. 9º. Las últimas palabras: *á título oneroso y de buena fe*, no estaban en el primitivo proyecto de 1808, el cual, segun hemos dicho, daba un valor absoluto á la inscripcion. En el preámbulo del de 1871 se justifica esta adición del modo siguiente: «Una inscripcion *falsa*, y que resulta de una falta del registrador, no puede conferir la propiedad: la persona que de este modo haya inscrito su derecho es un propietario *falso*. Ciertamente que el interés publico exige que esta inscripcion haga fe, y por consiguiente que los derechos concedidos por este propietario sean inatacables; pero esta fe debida á la inscripcion no puede invocarla el mismo que conoce la falsedad.» Repárese que, segun queda dicho, el art. 4º no exige la buena fe, puesto que no es obstáculo para la adquisicion de un inmueble el que tenga conocimiento el adquirente de un título anterior por el que se haya obligado el enajenante á transferir aquel á un tercero, porque en este caso la enajenacion la consiente el *verdadero* propietario en perjuicio de quien no tiene sino un derecho personal, mientras que en el del art. 9º la consiente un propietario falso lo supuesto.

(4) Art. 10. Esta disposicion tampoco se hallaba en el proyecto de 1868.

(5) Estas restricciones de que habla el art. 11 son, no los derechos reales, sino

mencion de ellas en los libros territoriales, ó si los terceros han tenido conocimiento de las mismas (1). Los derechos reales, por lo general, tampoco perjudican á tercero si no se inscriben (2). El Registrador ó Juez-conservador está obligado á examinar la validez, en el fondo y en la forma, del acto de la investidura y del consentimiento necesario para hacer la inscripción; pero los vicios del título que ha servido de fundamento no le autorizan para denegar la inscripción (3). Los Registradores son responsables de las faltas en que incurran en el ejercicio de sus funciones, y en caso de insolvencia responde el Estado (4). Toda inscripción de propiedad deberá notificarse, bien al propietario que ha inscrito precedentemente su derecho y á las demás personas que tengan sobre el inmueble derechos reales inscritos, bien á la administración del catastro (5).

Suecia es un ejemplo del segundo tipo. Cualquiera que examine someramente las *diez* leyes hipotecarias promulgadas en 1875 (6), pensaría que había allí un régimen perfecto y completo, y sin embargo, puede decirse que en realidad de verdad no existe en aquel país lo que hoy se estima como un

algunas de las que limitan el derecho de enajenar, como las condiciones resolutorias, el pacto de retroventa, etc., ó las que proceden de la condición del propietario cuando es rio, menor, pródigo, etc.

(1) Estas últimas palabras tampoco se hallan en los proyectos anteriores.

(2) El proyecto primitivo decía: *no nacen*. Como está redactado el artículo, la inscripción es necesaria para oponer el derecho á tercero, no para crearlo, por donde aquella vale como en el sistema de otros países.

(3) Art. 46 de la ley sobre los libros territoriales. El 48 ordena que el Registrador examine si hay algo que se oponga á la investidura; esto es, si el enajenante es propietario según los libros, si tiene capacidad de enajenar, si es susceptible el inmueble de ser enajenado, y si el adquirente tiene capacidad de adquirir.

(4) Art. 29. Hé aquí la razón aducida por la Cámara de Señores en apoyo de esta responsabilidad subsidiaria del Estado: «La ley hace depender el derecho de propiedad de la inscripción, poniendo así en cierto modo la fortuna de los particulares en manos de los Registradores; y es por lo mismo justo que en compensación garantice plenamente al propietario contra las faltas que aquellos puedan cometer. Esta garantía, provechosa para el crédito territorial, no será onerosa para el Estado, que podrá hacer pesar esta carga sobre los propietarios, aumentando un poco la tarifa de los derechos de inscripción. Resultará así una especie de seguro mutuo entre todos aquellos contra los errores posibles de los libros territoriales.

(5) Art. 57.

(6) Véase el *Annuaire de législation étrangère* de 1876.

verdadero Registro de la propiedad. De antiguo venia siendo necesario un acto público para hacer válida la trasmision de los inmuebles contra tercero, y esto mismo se consigna en la nueva legislacion, segun la cual aquella se lleva á cabo por medio del *lagfart aa faang*, especie de investidura legal ó procedimiento para entrar en posesion de la finca adquirida, que se confiere por los Tribunales y que se hace constar en libros destinados á este fin. Pero despues de hacer obligatoria esta investidura y de dar la preferencia á la anterior sobre la posterior, todo viene al suelo con la declaracion de que *la investidura concedida no empece el ejercicio de la accion reivindicatoria* (1). Y como por añadidura en Suecia no se reconocia la *prescripcion adquisitiva*, resulta que falta lo que constituye la esencia del Registro de la propiedad, como han observado algunos jurisconsultos suecos que han pedido con insistencia la reforma en el sentido de sustituir los actuales libros, que no son otra cosa que un índice de actos del tribunal, con verdaderos *libros territoriales*, al modo de los que se llevan en Alemania, Dinamarca y Noruega.

Estas reclamaciones han sido satisfechas en parte por dos leyes recientes, de 22 de Abril de 1881. La primera declara que «cuando una persona ha adquirido de buena fe un inmueble, y, despues de haber obtenido la investidura, la ha poseido en concepto de propietario y sin interrupcion durante veinte años, no se dará accion alguna, fundada en un derecho anterior, contra la prescripcion». Por la segunda se autoriza á los tribunales para conceder la investidura, cuando no se puede justificar la propiedad, acudiendo al medio de los edictos. Al cabo de diez años, á contar desde el último, si nadie ha intentado la reivindicacion, y el interesado figura como propietario en las oficinas de hacienda, se le concede la investidura (2).

Entre estos dos tipos pueden colocarse los demás países europeos.

(1) Arts. 3, 12 y 15 de la primera de esas diez leyes.

(2) Véase el *Annuaire* de 1882. Sirva de rectificacion lo dicho en el texto á lo expuesto en la pág. 43 sobre la prescripcion en Suecia, escrito y corregido cuando no habia llegado aún á nuestras manos la ley de 1881.

En Francia, el sistema, por todo extremo deficiente, del Código Napoleon, ha sido completado por la ley de 23 de Marzo de 1855 y la de 21 de Mayo de 1858. Segun aquella es precisa la inscripcion de todo acto *inter vivos* traslativo de la propiedad ó de derechos reales susceptibles de ser hipotecados, y los referentes á la anticresis, servidumbres, usufructo, etcétera, pudiendo oponerse á tercero sólo los títulos inscritos. Pero, aparte de las hipotecas legales ocultas en favor de los menores y de las mujeres casadas, queda en pié el principio de que, entre las partes, por la convencion se trasmite sin más la propiedad del inmueble. La inscripcion no convalida en modo alguno el acto nulo. Italia tiene un régimen basado con más rigor sobre los principios de publicidad y especialidad, y por lo que ampara el derecho del tercero, ha dado lugar á que un jurisconsulto italiano apellidara al legislador *terzomano* (1). En Portugal, los títulos no inscritos pueden invocarse en juicio entre las partes ó sus herederos ó representantes; pero en cuanto á tercero no produce efecto sinó desde que han sido registrados, y la prioridad de las inscripciones se determina por la fecha en que han sido hechas (2). En España, los títulos no inscritos no perjudican á tercero (3), y los inscritos no surten efecto, en cuanto á éste, sinó desde la fecha de la inscripcion; esta no convalida los actos ó contratos que sean nulos con arreglo á las leyes (4); pero, eso no obstante, los que se ejecuten ú otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán, en cuanto á tercero, los que con ella se hubieren celebrado por título oneroso, aunque despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título

(1) Véase en el Código civil los arts. 1932 y sigs.; el 2066 y el 1942, y la *ob. cit.*, de Huc, § 11.

(2) Arts. 951 y 956.

(3) Art. 23 de la ley Hipotecaria, adicionado cuando se reformó aquella por la de 19 de Diciembre de 1869 con este párrafo: «la inscripcion de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia ó legado, no perjudicará á tercero, si no hubiesen trascurrido cinco años desde la fecha de la misma.» Y luego por la ley de 17 de Julio de 1877 se dispuso esta otra adicion: «exceptuáanse los casos de herencia testada ó intestada, mejora ó legado, cuando recaiga en herederos necesarios.»

(4) Art. 33 de la ley Hipotecaria.

lo anterior no inscrito, ó de causas que no resulten claramente del mismo Registro, ó si la inscripcion se hubiere notificado ó hecho saber á las personas que en los veinte años anteriores hayan poseido, segun el Registro, los mismos bienes, y no hubieren reclamado contra ella en el término de treinta dias (1).

En Inglaterra, despues de numerosas tentativas fracasadas durante veinte años, se publicaron en 1869 dos estatutos que iniciaron en aquel país el establecimiento del Registro de la propiedad (2), y en 13 de Agosto de 1879 se dictó otro más

(1) Art. 34. El último párrafo, referente á la notificacion, se adicionó por la ley reformadora de 1869, y lo modificó, limitando la excepcion á los que hubiesen adquirido por titulo oneroso, la de 17 de Julio de 1877. En cuanto á la novedad introducida en 1869, decia el Sr. Cárdenas que la liberacion introducida en el art. 34 estaba en pugna con el sistema de publicidad adoptado por la ley. «Si todo derecho real, para ser efectivo contra tercero ha de constar en el Registro, ¿para qué notificar y anunciar su constitucion cada vez que se trasmite ó modifica? Y si el derecho real no ha de ser efectivo contra tercero, sinó cuando se haga saber por la notificacion y el edicto, ¿qué vale su inscripcion, ni para qué los requisitos y solemnidades con que se verifica..? Y no dudó (la Comision de Códigos) en preferir como sistema permanente, la publicidad del Registro á la de la liberacion, porque si la primera envuelve hasta cierto punto una ficcion legal, la de que todos pueden enterarse de los asientos del Registro, la segunda se apoya tambien en otra ficcion de la misma especie, la de que todos pueden leer los edictos que se fijan en la Casa Consistorial, ó se insertan en el *Boletin* de la provincia, aunque se hallen ausentes á mucha distancia, y sin tiempo material para ejercitar su derecho... Con la adicion hecha al art. 34, lo transitorio se convierte en permanente; las causas de resolucion de los derechos inscritos, se multiplican de un modo indeterminado, y del sistema aleman de publicidad previa y efectiva, pasamos al sistema francés, mixto de publicidad, con efectos limitados y sin eficacia verdadera; á ménos de completarla con un procedimiento especial, dilatorio, costoso, y que repugnarían de seguro los propietarios.» Véase en los *Comentarios á la legislacion hipotecaria de España y Ultramar* de los Sres. Galindo y Escosura, los referentes á los artículos 23, 33 y 34.

Consecuencia de esta innovacion son los artículos 97 y 99. Según el primero, «la cancelacion de las inscripciones ó anotaciones preventivas solo extingue, en cuanto á tercero, los derechos inscritos á que afecte, si el titulo en virtud del cual se ha verificado es falso ó nulo, ó se ha hecho á los que puedan reclamar la nulidad ó falsedad, la notificacion que prescribe el art. 34, sin haberse formalizado tal reclamacion, y no contiene el asiento vicio exterior de nulidad de los expresados en el artículo siguiente.» Según el segundo, «podrá declararse la cancelacion con perjuicio de tercero, fuera del caso de haberse hecho la notificacion del art. 34: 1º, cuando se declare falso, nulo ó ineficaz el titulo en cuya virtud se hubiese hecho; 2º, cuando se haya verificado por error ó fraude; 3º, cuando lo haya ordenado un Juez ó Tribunal incompetente.»

(2) Estatutos «para facilitar la prueba de la propiedad y su transmision» (25 y 26, Vict. c. 53) y «para obtener una declaracion sobre el titulo de propiedad» (25 y 26, Vict. c. 67).

importante «para simplificar los títulos y facilitar la trasmisión de la propiedad territorial en Inglaterra» (1). Según éste la inscripción es facultativa, y solo se registran el pleno dominio sobre inmuebles (*freehold*) y el arrendamiento (*leasehold*) de los mismos. De la inscripción puede resultar que el propietario lo sea con un título *absoluto, posesorio ó calificado*. Para obtener el primero, que implica el reconocimiento de todos los derechos y prerogativas del dominio, el título ha de ser examinado y aprobado por el Registrador, no siendo posible invocar contra el que lo tiene la prescripción. El segundo deja en pié la posibilidad del reconocimiento de otro derecho que destruya el del primer propietario así inscrito. Y el tercero tiene lugar cuando se solicita la inscripción con carácter absoluto, y resultando que el título no puede ser admitido sino por un período limitado, ó bien que está sujeto á ciertas reservas, el Registrador hace constar los límites del derecho. Cuando se expide una certificación (*land certificate*), se hace constar en ella si el título del propietario es absoluto, posesorio ó calificado. El arrendamiento se inscribe cuando es por más de veintiun años ó por una ó más vidas. Salvo mención en contrario, las cargas inscritas se colocarán por el orden de su inscripción, y no por el de las fechas de los contratos en que se hayan establecido. La trasmisión de la propiedad se verifica inscribiendo el acto de la enajenación en el Registro. El que tenga algún derecho que hacer valer contra un propietario que ha inscrito el suyo, puede entablar la correspondiente reclamación ante el Registrador, por cuyo medio, parecido al de una *anotación preventiva*, ya no puede aquel ceder sus bienes con daño del otro. Cuando al Registrador ocurra duda sobre un punto de hecho ó de derecho referente al título cuya inscripción se pide, puede, á instancia del interesado, elevarlo á la resolución del Tribunal, el cual está facultado para someter la cuestión de hecho al jurado. «La inscripción de un acto de trasmisión de la propiedad inmueble ó de

(1) 38 y 39, Vict. c. 87. *An Act to simplify Titles and facilitate the Transfert of Land in England*. Véase el *Annuaire* etc., de 1876.

un derecho real á título oneroso, no convalida los que, caso de no registrarse, serian nulos por causa de dolo» (art. 98). Finalmente, sólo los que aparecen en el Registro como dueños, sus mandatarios y los que tengan autorizacion de los Tribunales pueden consultar los libros y pedir certificacion de lo que en ellos resulta (1).

En Rusia, se ha publicado el 19 de Mayo de 1881 un decreto del Emperador sentando «los *principios generales* referentes á la constitucion del derecho de propiedad y demás derechos reales», calcado en el sistema prusiano de la ley de 1872. Segun él, el registrador, que forma parte del órden judicial, está facultado para calificar el derecho del que solicita el registro; depende el derecho de propiedad de la inscripcion en los libros; la hipoteca es independiente del crédito y puede constituir la el dueño del fundo á su nombre para trasmitirla luégo. Es de notar la facultad que se confiere al propietario de renunciar al derecho de enajenar y gravar, solicitando el *cierre* del registro, hecho lo cual, se le expide un certificado, que es el que transfiere á la persona á quien se enajena ó hipoteca el inmueble, para que lo presenta en el Registro á fin de que se inscriba el derecho adquirido sin otro requisito (2).

Casi todas las legislaciones exigen la inscripcion del título, pero únicamente para poderlo oponer á tercero, dejando en pié, respecto de los contrayentes, el principio de la tradicion ó el de que basta el contrato para la trasmision, resultando así que solo en parte puede decirse que se ha creado un nuevo modo de adquirir en sustitucion de los antiguos (3). La inscripcion, ó se impone por el legislador, ya en todo caso, ya en algunos, ó se deja á la voluntad de los interesados, pero áun entonces resulta forzosa por las consecuencias que produce el no hacerla, como sucede en España. En cuanto al valor de aquella,

(1) Artículos 2, 5—11, 21, 29—32. 53, 74, 98, 104 y 129. Véase además, en el *Annuaire* de 1882, *The conveyancing and law of property act* de 1881, dictada para Inglaterra é Irlanda, que empezó á regir el 31 de Diciembre del mismo año.

(2) Véase en el *Annuaire* de 1882, y las interesantes observaciones que le preceden del Conde Kapnist sobre la historia de esta cuestion en Rusia.

(3) Véase lo dicho más arriba, cap. 8º, § 1º.

hay pueblos que le atribuyen uno tan absoluto é irrevocable, dice Lehr, «que hasta la inscripcion hecha por error á instancia de uno que no sea propietario ó de una persona que carezca de capacidad para enajenar, produce sin embargo el efecto de transferir la propiedad (1);» pero los más no llegan á atribuir al Registro una virtud *curativa* tan extraordinaria, aunque sí la bastante para que la institucion cumpla su fin (2). En todas partes, al lado de la inscripcion de los derechos indubitables, para garantizar otros más ó menos dudosos, se establece la anotacion preventiva, prenotacion ó registro provisional. Quedan, segun hemos visto en su lugar, todavia *privilegios* é hipotecas *legales* que surten efecto sin la inscripcion, aunque la tendencia general es á reducir aquellos, suprimir éstas y someterlo todo á los principios de publicidad y de especialidad. Tambien hay diferencias: en cuanto al número y naturaleza de los documentos, actos ó derechos inscribibles (3), siendo de notar la generalidad con que se incluye en ellos el arrendamiento cuando es por cierto número de años ó se anticipan las rentas de varios de ellos (4); en cuanto al modo de llevar los libros, clases de estos y forma de hacer la inscripcion, que es por lo general preferida á la transcripcion (5); en cuanto á la publicidad absoluta ó relativa de aquellos (6), y finalmente, respecto de la naturaleza de la funcion del Registrador, pues segun el valor que se atribuye á los asientos y las facultades que se le confieren para calificar los títulos, así es un mero tenedor de libros ó un fun-

(1) *Droit civil germanique*, § 67.

(2) Segun el artículo 34 del capítulo 17 del Código del czar Alejo Mikhaïlovitch de 1649, el segundo adquirente, que ha inscrito su derecho, es preferido al anterior que no lo ha registrado, y se ordena que el ejecutante, que ha hecho el fraude, sea publicamente *azotado* para que los demás no caigan en la tentacion de seguir su ejemplo.

(3) Las legislaciones que sujetan mayor número de actos ó documentos al Registro son la española (art. 2) y la italiana (arts. 1932, 1933 y 1934).

(4) Véase más arriba el cap. 11, § 5.

(5) La transcripcion se exige en Berna, Hannover y Lucerna; en Bélgica, Francia, Holanda é Italia, se transcriben los derechos reales y se inscriben las hipotecas; y todos los demás han adoptado la inscripcion.

(6) Es absolutamente público en Francia, Italia y Portugal; sólo para los interesados en España, Alemania é Inglaterra.

cionario análogo en importancia al Juez ó Tribunal (1).

Aunque no cabe decir aún que «la inscripción en el Registro puede, desde hoy, considerarse como la forma moderna de la trasmision de la propiedad,» es, sin embargo, manifiesta la tendencia á considerar aquel como el testimonio auténtico, público é indubitable de la condicion jurídica de los bienes

(1) En Prusia é Inglaterra tiene este carácter el juez, según hemos visto. En Brunswick, las leyes de 8 de Marzo de 1878, calçadas sobre las prusianas de 1872, encomiendan el Registro á los tribunales. En Polonia los documentos inscribibles se someten al exámen de la autoridad hipotecaria, es decir, de una comision compuesta del Presidente y de un juez del tribunal del distrito y del conservador de la cancilleria territorial. Véase Lehr, *Droit civil russe*, § 402.

En un número del periódico *El Progreso* de Febrero de este año aparece un artículo suscrito por un registrador, el Sr. Agulló, y que transcribimos á continuación, ya porque en él se muestra cómo las condiciones del registro determinan la consideracion que alcanzan los funcionarios encargados de llevarlo, ya porque resume el carácter de nuestro régimen hipotecario y lo que falta para llegar á lo que para muchos es el ideal en esta materia. Dice así:

•Los Registradores de la propiedad.

¿Para qué fueron creados?

Es la primera pregunta que ocurre y no todos se dan exacta respuesta.

Si el Registro de la propiedad no fuera más que un libro en el cual se tomara nota más ó menos sucinta (inscripción) de los actos y contratos sobre la propiedad inmueble que directa ó indirectamente afecten al dominio, ó simple nota de los actos transitorios ó defectuosos (anotacion), ó sólo extracto del contenido de un documento con el cual se extinga un derecho de hipoteca (inscripción de cancelacion) ó un derecho transitorio (anotacion de cancelacion), ó un registro del cumplimiento de condiciones suspensivas (nota marginal); aunque este Registro se lleve más ó menos ordenadamente (por fincas y por pueblos); ciertamente no hubiera merecido llamar la atencion de los hombres pensadores, ni exigir que fuera abogado el jefe de la dependencia.

El verdadero carácter de los registros se deduce de los siguientes artículos de la ley hipotecaria.

Art. 24. Los títulos inscritos surtirán su efecto áun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislacion comun.

Art. 25. Los títulos inscritos no surtirán su efecto, en cuanto á tercero, sinó desde la fecha de la inscripción.

Y el verdadero carácter de los Registradores se desprende del siguiente:

Art. 65. El Registrador denegará la inscripción del título que contenga alguna falta que produzca la nulidad de la obligacion; y suspenderá, tomando en su caso anotacion preventiva, la inscripción del documento, cuyo defecto no produzca necesariamente la nulidad de la obligacion.

Se considera como falta insubsanable, y por lo tanto se denegará la inscripción, cuando el inmueble ó derecho real aparezca inscrito á favor de persona distinta de la que enajene, grave ó cancele. Art. 20. de la Ley y del Reglamento.

Dedúcese de estas disposiciones, que el Registrador es un juez que resuelve el derecho á favor de una persona determinada, oyendo:

inmuebles. Hacer que conste en él lo que se ha llamado el *estado civil* de la propiedad, al modo que consta en el catastro el *estado material*, de suerte que para conocerlo baste consultar los libros, es sin duda el ideal. Ciertamente que la ocasión de esta reforma, obra verdadera del derecho moderno, tiene un origen utilitario, en cuanto se ideó como el único medio de hacer posible el *crédito territorial*, garantizando el derecho de los que prestaban sus capitales con la garantía de una hipote-

1º Al que trasfiere.

2º Al que adquiere.

3º A todo el que pueda alegar algún derecho, á cuyo efecto consulta el Registro.

Y el registro es, por consiguiente, la parte contraria al título presentado, el fiscal que representa á los ausentes.

Las consecuencias inmediatas de estas disposiciones, parece, pues, que debieran ser:

1º Hacer imposibles los pleitos, ó al menos tener la seguridad de que el perturbador ha de ser condenado al pago de las costas del juicio.

2º Tener la seguridad de que el Registrador, mediante el registro, no sólo procederá con imparcialidad al calificar los títulos, sino que decidirá siempre á favor del título primeramente inscrito.

3º Que los tribunales decidirán siempre según la resultancia del registro.

Pues esto, que parece lo natural y lógico, no acontece:

1º Porque el art. 33 de la ley hipotecaria derriba todo el sistema al sentar la regla general de que «la inscripción no convalida los actos ó contratos que sean nulos con arreglo á las leyes»; y el Supremo Tribunal de Justicia no ha admitido el principio: «la inscripción es un medio de adquirir,» que se deduce del art. 25 citado.

Ahora bien: si lo que es verdad en el registro no es cierto ante los tribunales; si el título válido según el Registrador no lo es para los jueces; si el interesado no puede creer en la seguridad de la adquisición, por más que esté inscrito su derecho, repetimos, ¿qué son los Registradores? ¿para qué sirven los Registros? Para nada, una fórmula más, un nuevo empleado y mayores gastos.

Precisa, pues, conservar á los Registros y á los Registradores su verdadero carácter, y el día en que los títulos inscritos surtan aquí, allá y en todas partes efecto aún contra los acreedores singularmente privilegiados, y contra todo demandante, la propiedad territorial aumentará tanto en valor, cuanto representan las contingencias de un pleito y temores consiguientes. Y si á esto se añadiera la movilización de la propiedad, considerándola como la caja de un banquero, por cierto menos segura, y el valor territorial se echará á la plaza mediante obligaciones hipotecarias al portador y previa plena justificación del valor de la finca, y mediante sencillísimo procedimiento de apremio, como acontece con las letras de cambio, el crédito territorial sería lo que debe ser: el *Haber* y el *Debe* que en forma documental circularía en las Bolsas.

Jamás podrá ofrecer un banquero mejores garantías con su papel que el propietario territorial con sus valores movilizados; tan sólo falta quitar á los inmuebles las trabas que les impiden remontarse á la calidad de muebles por el valor que representan. Hágase esta revolución y se tocarán los resultados. Deróguese el artículo 33 de la Ley hipotecaria y admitanse por el legislador los billetes hipotecarios al portador.

ca (1), pero no lo es ménos que se funda en razones nacidas de la naturaleza misma del derecho de propiedad y de las condiciones propias de la trasmision de esta, segun hemos visto en otro lugar (2). Si «la propiedad es un derecho inmediato y absoluto que vale respecto y contra todos, y que todos están obligados á respetar;» si en esta relacion jurídica el sujeto pasivo no es una persona determinada, sinó que lo son todas, por donde para que respeten ese derecho se hace preciso que todos puedan conocerlo, es evidente la necesidad del Registro, de esta institucion *formal* y de *garantía*, cuyo fin es hacer público el estado de los bienes inmuebles mediante la inscripcion de todos los actos por los cuales se crean, modifican ó extinguen relaciones jurídicas referentes á los mismos, para que de este modo cada finca tenga su historia y sepa el que quiere adquirirla, constituir un derecho sobre ella ó prestar con la garantía de la misma, que solo puede perjudicarle cuanto en él consta, esto es, que no hay más dueño que el que figura en el Registro como tal, ni el fundo tiene otros gravámenes que los que resultan allí consignados.

Sólo hay una dificultad para que el Registro llegue á ser reflejo fiel del estado jurídico de la propiedad, testimonio auténtico é indubitable de los derechos referentes á la misma, en una palabra, única garantía del adquirente, pero tan eficaz, que nada pueda destruirla; y es la referente á si debe darse á la inscripcion un valor absoluto. La solucion quizás mejor del problema la ha hallado la legislacion prusiana al hacer al Estado responsable subsidiariamente por las faltas del Registrador insolvente, solo que deberia extenderse á todos los casos

(1) Asi, cuando se discutió en la sesion de 13 de Enero de 1870, en la *Société del legislation comparée*, la exposicion hecha por M. Gerardin del proyecto de ley de Prusia, decia M. Laboulayé: «respecto á la trasmision de la propiedad inmueble, dos sistemas irreductibles están frente á frente desde hace siglos: el germánico, que hace intervenir á la Nacion, que exige formalidades públicas y que atribuye al cumplimiento de estas formalidades un efecto absoluto; y el romano, que no hace depender la trasmision de la propiedad de ciertas condiciones de publicidad, y que se preocupa ménos del interés general de los compradores ó prestamistas que del interés del propietario actual.»

(2) Véase tomo 1º, cap. V, § 6; tomo 2º, cap. XV, § III, 1; y en este cap. 8, § 1º; cap. 11, § 8.

en que resulte un perjuicio, no imputable al que lo padece, de dar ese valor á los asientos. Si despues de tomar todas las precauciones posibles y debidas respecto á las solemnidades de la trasmision y al modo de hacerla constar en el Registro, todavía se realiza un fraude, de esta impotencia de la ley debe responder el Estado. Sin esto habrá siempre una víctima inocente: ó el tercero de buena fé, si se ampara el derecho del propietario; ó éste, si se ampara el derecho de aquel. Si sucede lo primero, el fin con que se ha instituido el Registro no se cumple; si lo segundo, se sacrifica la justicia á la conveniencia, á un interés general en verdad, pero al fin un interés (1).

El ideal, en materia de Registro de la propiedad, se ha realizado al parecer, no en Europa, sino en Australia. El señor Costa (2), despues de notar las imperfecciones de esta institucion en España y en los más de los pueblos de nuestro continente, dice: «Se quiere que las trasmisiones sean casi gratuitas, casi instantáneas, y con garantía absoluta é infalible, á prueba de litigios; que se reduzcan á un sólo pago todos los tributos, á un sólo acto todas las operaciones, á un sólo dia todos los términos; que la compra de la tierra no ofrezca mayores dificultades que la adquisicion de efectos públicos ó el descuento de pagarés; que los títulos de propiedad lleven consigo su propia justificacion y puedan servir de garantía para tomar dinero á préstamo sin constituir hipoteca, lo mismo que un objeto mueble, una alhaja, obligaciones de una sociedad, etc.: en una palabra, que esos títulos formen perfecta ecuacion con la cosa ó derecho cuyo dominio expresan, y sean una representacion exacta de su valor, independientemente de toda matriz, de todo protocolo y de todo registro. Este ideal ha sido realizado en parte en Alemania y Polonia por medio de un sistema de obligaciones territoriales constituidas sobre los inmuebles, expedidas por establecimientos de crédito que

(1) Para evitar repeticiones, remitimos al lector á los distintos pasajes indicados en la nota precedente y cuyo contenido es el complemento de lo dicho en este capitulo.

(2) En un artículo publicado en el *Boletín de la Institucion libre de enseñanza* del 15 de Abril de este año.

que se han creado bajo los auspicios del Gobierno, y negociables como las acciones de los ferro-carriles, ó cualesquiera otros efectos públicos; é íntegramente en Australia, por medio de un sistema original de titulacion que vamos á describir.

Registration of title.—Así se denomina este sistema, imaginado por Sir Roberto Torrens, y vigente desde 1855 en la Australia del Sur (Adelaida.) Posteriormente lo han ido adoptando Queensland, Nueva-Gales del Sur, Victoria, Tasmania, Australia Occidental, Nueva-Zelanda, la Colombia británica, Fiji, (todas las colonias inglesa de la Occenia) y uno de los Estados-Unidos del Norte de América, Iowa. Hay motivos para creer que no tardará en introducirse y generalizarse en Europa. En 1879 se abrió en Inglaterra una informacion para estudiar el medio de aplicarlo, y sólo encontró oposicion por parte de los *solicitors*, cosa bien natural, puesto que el establecimiento del sistema Torrens viene á hacer inútil esta profesion, como el telégrafo eléctrico á los funcionarios del telégrafo óptico. El Cobden-Club ha publicado el año pasado un opúsculo que redactó el mismo Sir Torrens, á fin de mover la opinion y apresurar el dia de su establecimiento. (*An essay on the transfer land by registration*, by Sir R. Torrens, 1882.) En Francia lo ha recomendado hace pocos meses el economista Yves Guyot, y en Suiza, Numa Droz. Importa, pues, que principiemos á ocuparnos en España de un invento llamado, sin género alguno de duda, á penetrar en dia no lejano, en nuestra legislacion y en nuestras costumbres. Las condiciones del sistema Torrens son en sustancia las siguientes:

Su carácter voluntario.—El nuevo sistema de registro y el de la antigua legislacion coexisten el uno al lado del otro y rigen simultáneamente, siendo libres los propietarios de mantener sus bienes raíces sometidos á este último régimen ó de adoptar el de la *registration of title*. Siendo tantas sus ventajas, ya se comprenderá que los propietarios se habrán apresurado á ponerse en condiciones de disfrutarlas. El comprador de un predio, el prestamista hipotecario, principia por exigir la prévia sumision al nuevo sistema. Así es, que en 1878 se habian acogido á él el 98'18 por 100 de las fincas rústicas del

Queensland. Al antiguo régimen seguian fieles únicamente aquellas propiedades que habian perseverado sin alteracion en poder de sus antiguos dueños, libres de hipotecas, de permutas, de usufructos y de particiones. En la Australia del Sur es rarísimo encontrar una propiedad que no se haya incorporado al nuevo sistema de registro.

Constitucion del título.—Cuando un propietario opta por el nuevo sistema, presenta en la oficina del registro sus antiguos títulos, acompañados de un plano de la finca. El registrador examina escrupulosamente todas sus condiciones, la suficiencia del deslinde, la legitimidad de la posesion, las cargas y las servidumbres que pesan sobre ella, etc., etc.; inmediatamente se publican anuncios en los periódicos y se dirigen comunicaciones especiales á los propietarios colindantes. Si se suscita alguna oposicion de parte legítima, se suspende el curso del expediente de informacion hasta que haya sido satisfactoriamente resuelta. Si nadie formula reclamacion, el registrador ó jefe de la *real property transfer office* admite á registro la finca por el régimen de la *registration of title*. A este efecto, inscribe el título de propiedad, con su plano correspondiente, en un fólío especial de cierto registro, en el cual especifica circunstanciadamente todas las cargas, servidumbres, hipotecas y arredamientos á que está sujeta la finca, y entrega al propietario un duplicado exactamente igual á la matriz del registro, sacado de ella algunas veces fotográficamente.

Como se vé, las operaciones preliminares al libramiento del título son semejantes á las que tiene establecidas nuestra legislacion hipotecaria para el caso de derechos anteriores á la ley é inscritos en los antiguos libros de las Contadurías de hipotecas, ó de derechos no inscritos y que no resultan de documento alguno.

Una vez expedido el título, en lo sucesivo, si la finca se divide en dos ó más por efecto de particiones, adjudicacion ó venta parcial, etc., se anula el título primitivo y se libran en su lugar tantos otros como propiedades independientes han resultado.

Valor y uso de este título.—1º. Trasmision de la propiedad.

Basta para esto que el propietario endose el título á favor del comprador, firmando al pié de una fórmula de transferencia que va impresa en el dorso, y legalizando las firmas un alcalde ú otra autoridad ó funcionario público; en esta disposicion, se expide el título por el correo al registro central; si no consta en sus libros ninguna reclamacion, se le estampa el sello correspondiente y se devuelve por el mismo conducto.—2º Préstamos hipotecarios y pignoraticios. Para constituir una hipoteca ordinaria, se procede exactamente del mismo modo que respecto de una enajenacion. Pero si el propietario quiere tomar un préstamo con garantía real sin gravar su finca con una hipoteca, entrega su título en calidad de prenda á un Banco de préstamos: dicho se está que el acreedor no corre ningun riesgo, porque mientras conserva en su Caja aquel título, el dueño de él no puede vender ni hipotecar su finca. En la informacion ántes citada de 1879 declaró Sir A. Blyth, que habia sido director de un Banco consagrado especialmente á este género de operaciones, que en veinte años no habia tropezado con ninguna dificultad. A la entrada del verano, es muy frecuente en nuestro país que los labradores tomen á rédito pequeñas cantidades por uno ó dos meses, para sufragar los gastos de recoleccion de mieses; pero como el sistema vigente no se presta á estas facilidades, ó no encuentran lo que necesitan, ó lo encuentran en condiciones onerosísimas, equivalentes á una sequía parcial, que merma considerablemente el producto de su cosecha.

Como se vé, la inscripcion en la oficina de trasmisiones de la propiedad real es una sola, y ésta, no del acto de adquisicion, sino del título original y único que existe, que es precisamente lo que constituye la originalidad del sistema y le da nombre (*registration of title*): los actos de trasmision, hipoteca, mandamiento, etc., se inscriben por los interesados en el título mismo, el cual lleva consigo, por donde quiera que va, su propio registro de la propiedad. Acaso sospechará alguién que tan extremada sencillez sea incompatible con la complicacion de ciertas transacciones; nada de eso: la estadística en 1880 arrojaba ya una cifra de 537.000 operaciones de

todo género, hechas por este sistema, muchísimas de ellas de una gran complejidad, y nunca se había tropezado con la más ligera dificultad.

Coste de la titulación.—Hay que distinguir entre la constitución primera del título y las inscripciones posteriores hechas en él. La incorporación de un inmueble al nuevo sistema, y la consiguiente obtención del título, cuesta en la Australia del Sur, según el valor que aquel alcance, de 10 á 100 reales. (además de los gastos de anuncios). Una vez obtenido el título, las inscripciones sucesivas de ventas, arrendamientos, hipotecas, etc., vienen á costar unos 50 reales cada una, exceptuando en la Nueva Gales del Sur, donde las transmisiones entre vivos son del todo gratuitas.

Seguridad de las transacciones.—El que adquiere un inmueble ó presta con hipoteca, puede dormir tranquilo: los títulos de propiedad con el sistema Torrens llevan la garantía del Gobierno que responde de toda reclamación que pudiera dirigirse contra ellos. Si una vez expedido un título, resulta que se ha perjudicado á un tercero, el Gobierno le indemniza, pero no le restituye la propiedad. Exceptuáse, por supuesto, el caso de que el poseedor haya procedido con dolo. Para prestar esa garantía, el Gobierno percibe en el acto del registro un derecho de seguro que no excede de 2 por 1000. Para comprender cómo puede la Administración con una prima tan mínima garantizar los actos celebrados por los particulares y registrados por ella, conviene tener en cuenta la escrupulosidad con que se ejecutan las operaciones preliminares á la primera inscripción, ó mejor dicho, al libramiento del título, por consecuencia de lo cual, no se ha dado todavía el caso de que un acto haya sido anulado por los tribunales en Nueva Gales del Sur, y uno sólo en Queenland, otro en Nueva Zelanda, dos en la Australia del Sur, etc., según los *Official reports on the working of the system in the colonies*, redactados por los gobernadores de las colonias inglesas, en contestación á la circular de Lord Kimberley de Setiembre de 1880, y publicadas por acuerdo de la Cámara de los Comunes en 10 de Mayo de 1881.»

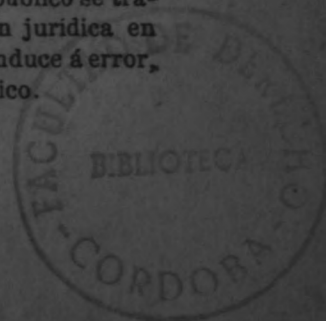
CAPITULO XXII.

LA PROPIEDAD Y EL DERECHO INTERNACIONAL.

Derecho internacional público; consecuencias del principio de que la guerra se hace entre los Estados y no entre los individuos; distinta condicion de los bienes del Estado y los de los particulares; prohibicion del botin y del corso.—*Derecho internacional privado*; teoría de los estatutos; aplicacion á los bienes inmuebles y á los muebles; critica de las doctrinas consagradas en la materia en ambos respectos; exámen de lo referente á sucesion hereditaria.

Bajo este epígrafe vamos á hacer someras observaciones sobre dos puntos que tienen entre sí tan sólo una relacion accidental, nacida de la circunstancia de aparecer como dos especies del derecho internacional el *público* y el *privado*, cuando son dos esferas jurídicas completamente distintas (1).

(1) Hay entre uno y otro una diferencia tan esencial (la que había en Roma entre el *jus honorarium*, derivado del edicto del *pretor peregrinus*, y el *jus feciale*) que algunos llaman al privado: «*Teoría de los conflictos entre las leyes de los diferentes Estados*» y áun los que mantienen la denominacion de *derecho internacional privado*, como Fiore, luégo dicen que lo constituyen «los principios para resolver los *conflictos* entre las legislaciones y para determinar «las relaciones reciprocas entre los distintos Estados» ó «el conjunto de reglas segun las cuales se ventilan y resuelven los *conflictos* entre el derecho privado de las diversas naciones» como dice Félix. Si hubiera barreras infranqueables entre los pueblos, no existirían estos conflictos; pero no sólo comunican entre sí, sino que cada día lo hacen con más frecuencia é intimidad, y de aqui las dificultades que toca resolver al llamado derecho internacional privado. Un individuo nace en un Estado y se domicilia en otro, reside en su patria, adquiere propiedad en el extranjero y dispone de ella aqui y allá; contrae matrimonio ó celebra un contrato en su país ó en uno extraño, con un nacional ó con otro que no lo es, etc., etc. ¿qué ley regirá estas relaciones? ¿La del país de que es ciudadano, ó la de aquel donde reside, ó la del territorio en que está enclavada la propiedad, ó la del lugar donde celebró el matrimonio ó el contrato? De suerte que en este caso, léjos de faltar un *derecho positivo*, como falta, segun algunos piensan, aunque sin razon á nuestro juicio, cuando del internacional público se trata, hay varios que se disputan la competencia para regir la relacion jurídica en question. Por esto convendría que en vez de hacer esta division, que induce á error, se diera el nombre de *derecho de gentes* solamente al internacional público.



En cuanto al primero, prescindiendo de la capacidad del extranjero para adquirir propiedad y de las garantías que á la intelectual conceden unas naciones en favor de los miembros de otras, extremos de que hemos dicho ya algo en su lugar (1), debemos exponer brevemente el respeto que alcanza este derecho en nuestro tiempo cuando la guerra constituye á dos pueblos en relaciones hostiles.

Todos los escritores modernos de derecho de gentes reconocen como un principio que las guerras son de Estado á Estado, no de individuo á individuo; que no hay más enemigos que los combatientes. Si en la práctica fuera tambien esto verdad, la única propiedad que tendria que sentir las consecuencias de la guerra seria la del Estado, pues el invasor, al sustituir á éste, se apodera de todo cuanto le pertenece, no porque los bienes del enemigo se hagan *res nullius*, como pensaban los romanos, y puedan por tanto ser propiedad del primer ocupante, sinó porque este apoderamiento es un medio adecuado y legítimo para obligarle á ceder. Así, material de guerra, fondos de las arcas públicas, productos de los bienes inmuebles del Estado, etc., etc., de todo esto puede echar mano el vencedor. Pero es el caso que como, segun dice Lieber, «todo ciudadano ó natural de un país enemigo, es enemigo por el solo hecho de ser miembro de la Nacion ó del Estado enemigo, y como tal está sujeto á las calamidades de la guerra» y esta «no se hace solamente con las armas, sino que es conforme á sus leyes reducir por hambre al enemigo, armado ó *desarmado*, con el fin de someterle más pronto,» puede acontecer y acontece, segun observa Bluntschli, «que algunos propietarios sean grandemente perjudicados por la guerra, que se talen sus campos, se destruyan sus casas, se incendien sus alquerías; estos males son inevitables; el propietario debe soportarlos como una nube de piedra, una inundacion, un incendio producido por fuego del cielo; es víctima de una calamidad, no de una injusticia (2).»

(1) Cap. 2º y 20.

(2) Véase: *Ensayo sobre el derecho de gentes*, por Doña Concepcion Arenal, cap. VIII, § VI, y *Le Droit international codifié*, por Bluntschli, arts. 644 y sigs.

En principio, «el invasor no tiene derecho alguno á la propiedad privada de los habitantes del país invadido; es contra las leyes de la guerra el apropiársela, destruirla ó menoscabarla, cuando esta destruccion ó perjuicio no sean indispensable para las operaciones militares (1).» Pero como el invasor tiene derecho á apoderarse del material de ferro-carriles, de los buques y demás medios de transporte, aunque sean de particulares, y lo propio cabe que haga con los almacenes de vestuario, comestibles y calzado; y además impone arbitrariamente contribuciones, exige prestaciones personales y en especie; en suma, como vive á costa del país invadido (2), resulta en la práctica grandemente relajado el principio (3).

Así y todo, son dos conquistas del moderno derecho de gentes la prohibicion del botin (4) y la del corso. La segunda ué consagrada en la declaracion de Paris de 16 de Abril de 1856, y se adhirieron á ella todas las Naciones menos tres: los Estados-Unidos, Méjico y España, notas discordantes en el concierto universal. Pero continúa todavía en pié el principio de que «todos los bienes del enemigo que bajo bandera enemiga se hallen en el mar, ya pertenezcan al Gobierno ó á particulares, se consideran de buena presa; es decir, que se capturan y se apropian.» Resulta así que «las leyes de la guerra sobre propiedad privada, varían segun esta se halla en la habitacion ó almacen de un edificio, ó en la bodega de un barco;» y resulta que si con la abolicion del corso «se niega á los particulares beligerantes el derecho de despojarse mútua-

(1) Sra. de Arenal, *ob. cit.*, cap. VIII, § IX.

(2) Cítase con elogio la conducta observada en la guerra de Abisinia por los ingleses, quienes parece que tenían contratados todos los servicios, y si algo exigieron en el país invadido, abonaron su importe. En cambio, se acusa á los alemanes de haber, no solo vivido sobre el país en la última guerra con Francia, sino de haberlo esquilado.

(3) El proyecto de declaracion de Bruselas lo formulaba en estos términos en su art. 40: «Como la propiedad particular ha de respetarse, el enemigo no pedirá á los habitantes sinó las prestaciones y servicios que estén en proporcion con las necesidades de la guerra generalmente admitidas y con los recursos del país.

(4) Solo, por excepcion, pueden ser objeto de botin los bienes del Estado, las armas y el equipo de los soldados vencidos, y el contrabando de guerra. Todavía hay quien añade á estas: las presas maritimas y el saqueo de una plaza cuando ántes de tomada se ofrece. Véase Bluntschli, arts. 657 y sigs.

mente en el mar, los Gobiernos lo conservan todavía, puesto que sus barcos se apoderan de los bienes de los particulares de la Nación enemiga: estos *corsarios* se llaman *cruceros*, pero el nombre no hace á la cosa; el vestir uniforme y llevar cañones de mayor calibre, no varía el hecho de apoderarse de los bienes de los particulares sin más razon que la fuerza (1).»

Como se ve, el derecho *positivo* en este punto está en verdad lejos del *ideal*, pero lo está tambien mucho del que rigió en los pasados tiempos. Ya no se supone que el enemigo, solo por serlo, deja de tener derechos; ya no se hacen por lo mismo sus bienes cosas *nullius* de que puede apoderarse el primer ocupante; ya no se proclama la fuerza como reina y soberana cuando estalla la guerra, sinó que se afirman la subsistencia de los derechos del enemigo en cuanto no deja por eso de ser hombre y el respeto á la propiedad de los particulares, como consecuencias lógicas del principio fundamental de que la guerra es de Estado á Estado y no de individuo á individuo. Hoy, ni aquella es *bellum omnium contra omnes*, ni es lícito ya proclamar el *proae victis!* de los antiguos.

Viniendo ahora al derecho internacional *privado*, observaremos que, en medio de las diferencias que sin duda hay entre las legislaciones positivas, en Europa predomina como base para resolver los conflictos de este carácter la conocida teoría de los *estatutos*, y que por regla general los bienes inmuebles siguen el *real* y los muebles el *personal*. «Las más rigurosas y arbitrarias aplicaciones de esta doctrina se encuentran, dice Fiore (2), en la legislación y en la jurisprudencia inglesa (3), y en las de la América septentrional, de Escocia (4) y de algunos puntos de Alemania (5). No nos detendremos en enumerarlas, porque el principio general, segun el *common law*, es que las relaciones de toda especie sobre la propiedad inmueble deben ser regidas por la ley vigente en el territorio en donde

(1) Sra. de Arenal, *loc. cit.*

(2) *Derecho internacional privado*, §§ 191, 192, trad. esp. de Garcia Moreno.

(3) Story, *Conflict of law*, cap. 10; Burge, *Common law*, part. 2ª, cap. 12.

(4) Livermore, *Disertaciones*.

(5) Mittermaier, *Proced. comp.*, § 109.

los bienes están situados. Este principio se aplica rigurosamente á todos los pormenores, y por consiguiente á la capacidad de adquirir, de enajenar y de transmitir; á los derechos derivados de una ley, de un contrato ó de un acto de cualquiera naturaleza, y hasta las formas y solemnidades necesarias para adquirirlos deben ajustarse exclusivamente, en cuanto á su validez, al *common law*... Las disposiciones vagas é indeterminadas de las legislaciones de Europa favorecen en cierto modo la opinion predominante. El Código de Baviera, el primero en el orden cronológico de los de Alemania, somete á la *lex rei sitae in causis realibus et mixtis*, todos los bienes corporales ó incorporales, muebles ó inmuebles (part. 3^a, c. 2, §. 17). El Código prusiano (§. 35, introd.), establece que los bienes inmuebles se regirán por la ley del país en cuyos dominios están situados, sin tener para nada en cuenta la persona del propietario. El austriaco (§. 300), consigna que todas las cosas inmuebles están sometidas á la ley del lugar en que se encuentran. Segun el Código francés (art. 3^o, §. 2^o), los inmuebles, áun los poseidos por extranjeros, son regidos por la ley francesa. Una disposicion conforme con este principio hallamos en el Código badenés, el de Polonia (art. 3^o), el de Holanda (art. 7^o), el del canton de Vaud (art. 2^o), el de Berna (art. 4^o) y el de Friburgo (art. 1^o). El Código civil italiano dispone tambien que los inmuebles quedan sometidos á las leyes del lugar en que están situados» (1).

(1) En cuanto á Italia, Fiore sostiene que al declarar el Código en su art. 7^o que los bienes muebles están sometidos á la ley de la Nacion á que pertenece su propietario, y los inmuebles á la del lugar en que están situados, «no ha querido poner sobre el tapete las famosas cuestiones de la personalidad y de la realidad; ántes, por el contrario, las ha eliminado absolutamente por las disposiciones contenidas en los arts. 6^o, 8^o y 9^o con las que se debe armonizar el 7^o. La capacidad de un extranjero para adquirir ó enajenar un inmueble, se regula en efecto por la ley nacional (art. 6^o). Los derechos que los extranjeros pueden adquirir sobre los inmuebles existentes en Italia, ya en virtud de una sucesion legitima ó testamentaria, ya por donacion, y la reserva de los derechos sucesorios, son regulados por la ley nacional de la persona de cuya herencia se trata (art. 8^o). Los derechos que se derivan de un contrato, se rigen por la ley que en un principio ha dado la forma para el mismo (art. 9^o). Resulta, pues, que el art. 7^o debe ser interpretado como sancion juridica del principio general segun el cual el poder soberano ejerce exclusivamente el poder y la jurisdiccion en todo el territorio, y por consiguiente conserva el régimen de la propiedad, determina la condicion juridica de las co-

En cuanto á los muebles, rige casi en absoluto la ley *personal*, estimándose que deben aquellos ser regidos por la ley de la Nación ó del domicilio del propietario, en cuanto, en virtud de una ficción jurídica, se regulan como inherentes á la persona del mismo, según el antiguo adagio: *mobilia ossibus personae inhaerent; mobilia sequuntur personam*. Sin embargo, el Código de Baviera, como hemos visto, no distingue entre muebles é inmuebles, y los somete todos á la *lex rei sitae*, y según Lehr (1) «en otros países se tiende más bien hoy á admitir que toda cosa corporal, mueble ó inmueble, debe seguir la ley del lugar en que se encuentra; en este sentido estatuye el nuevo Código sajón (art. 10).»

Este sistema de los *estatutos*, á primera vista tan sencillo, no tiene esta condición cuando de cerca se le examina, ni satisface, como pretenden sus mantenedores, á las exigencias de la justicia y á las conveniencias de la práctica. Menos absurdo que el de territorialidad, en un tiempo tan en boga, y que el de represalias, consagrado por el Código Napoleón (2), es,

sas y arregla el ejercicio de los derechos del propietario, sea ciudadano ó extranjero. El art. 7º, de este modo interpretado, significa que el magistrado italiano no debe permitir que un extranjero invoque la ley de su país para alterar el régimen económico de la propiedad en Italia (como, por ejemplo, para gravar los bienes con ciertas servidumbres permitidas por el derecho feudal, pero no reconocidas por nuestra legislación), para alterar la condición jurídica de los bienes y la naturaleza y los efectos de la posesión, para introducir medios de ejecución que no están permitidos por nuestra ley, ó para ejercer los derechos procedentes del matrimonio, de contratos, de donaciones, de sustituciones y otros análogos en contradicción con el régimen económico, industrial y agrícola de la propiedad en Italia. No puede decirse, sin embargo, que el magistrado italiano deba impedir que el propietario invoque la ley de que depende en todas las cuestiones de interés privado, como para decidir si los bienes del menor extranjero son ó no enajenables, con ó sin la promulgación del Tribunal; si los bienes pertenecientes á la mujer extranjera son dotales ó comunes; si es tanta ó cuanta la posesión legítima correspondiente al hijo extranjero, etc.»

La verdad es que si esto quiso decir el Código italiano, pudo decirlo más claro, pues tal como lo consigna, da seguramente lugar á las dificultades y dudas expuestas por Huc. (*Le Code civil italien et le Code Napoléon*, parte 1ª, § 3º. II.)

(1) *Droit civil germanique*, § 11.

(2) Consagrado en los artículos 726 y 912, derogado por la ley de 14 de Julio de 1819, que consignó á su vez el principio de la *realidad* del estatuto sucesorio, puesto que se reconoce á los extranjeros el derecho de disponer y suceder en los mismos términos que á los franceses. Hoy todavía rige el principio de reciprocidad en Suiza y en algun otro país. Pero adviértase que este punto toca más á la cuestión de la *capacidad jurídica* del extranjero que no á la del *conflicto* entre las leyes.

sin embargo, tan inadmisibles como el de la aceptación presunta de las partes, el de las *sententiae receptae*, y el del consentimiento expreso ó tácito de los pueblos, é inferior sin duda á las doctrinas que sirven de base á las soluciones defendidas por Savigny (1), Schöffner (2) y Fiore. Como es una abstracción el considerar las cosas por sí y aparte del sujeto ó propietario, bien pronto resultó que habia muchos casos en que, por combinarse las relaciones de propiedad con otras de distinta índole, como, por ejemplo, el matrimonio, el peculio, etc., no era suficiente esa teoría, y de aquí la adición del estatuto *mixto*, la exigencia de que una ley sólo cae dentro del estatuto *real* cuando tiene por objeto *inmediato y principal* determinar la condición jurídica de los bienes, y otras soluciones que se han ideado para salir al encuentro de las numerosas dificultades que ocurren en la práctica.

Fiore resuelve la cuestión en general sentando que cada poder soberano puede ejercer sus derechos más allá de su propio territorio, con tal que no lastime el de los demás, como sucedería si quebrantara los principios del orden público ó del interés económico, político, moral ó religioso de otro Estado; y consiguientemente, en cuanto al caso concreto de la propiedad, dice: «las leyes que se refieren á las cosas deben, en nuestro sentir, dividirse en dos categorías: unas que sirven para conservar el principio político, económico y constitucional del Estado, y la organización de la propiedad; otras que proveen al interés privado del propietario. Ningun extranjero

(1) Savigny dice que no hay que desechar la doctrina de los estatutos como absolutamente errónea; que es susceptible de las más distintas interpretaciones y aplicaciones, entre las cuales pueden encontrarse algunas perfectamente justas; pero que como es incompleta y se presta á numerosos errores, no debe tomarse como base de investigación.

(2) Schöffner (*Desarrollo del derecho privado internacional*, § 32, (cit. por Fiore, § 33)) sostiene el siguiente principio: *toda relación jurídica debe ser juzgada por las leyes del lugar donde ha nacido*, y por tanto, el estado y la capacidad jurídica de una persona deben regirse por las leyes del país en que esta tiene su domicilio estable. En cuanto á los derechos sobre las cosas, hace una distinción entre los pertenecientes al propietario sobre el todo de la propiedad, los cuales se rigen por la legislación del lugar en que aquel tiene su domicilio estable, y los derechos sobre las cosas consideradas como partes distintas, muebles ó inmuebles, las cuales siguen la ley del lugar en que se encuentran.

puede, en virtud de actos, de contratos, de disposiciones, ni de obligaciones de cualquier naturaleza que sean, derogar el derecho público del Estado; pero puede exigir que el derecho de la Nación de que es miembro, que rige sus intereses privados como propietario, sea aplicado también á los bienes que posee en territorio extranjero en todo aquello que no perjudique al interés del Estado ni al derecho público del lugar en que estén situadas las cosas.» Es de notar que en otro lugar dice, «que al derecho público pertenecen, no solo las leyes constitucionales, sino también todas las disposiciones contenidas en las demás partes de la legislación que son de interés general y que se hallan establecidas para la conservación del Estado. De estas disposiciones, unas tienen por objeto amparar las buenas costumbres, la moralidad pública, los intereses económicos de la sociedad y el régimen territorial de la propiedad; otras están dictadas por motivos de humanidad; otras, en fin, protegen los intereses morales y religiosos (1).» La generalidad del principio obliga á Fiore á sentar que «en los casos dudosos, únicamente la magistratura puede juzgar si una ley extranjera puede ser considerada como contraria á los principios de orden público del Estado (2).»

En el fondo hallamos justo el criterio con que resuelve la cuestión el distinguido escritor italiano; pues si, por ser el derecho de la persona y no de la cosa, es justo que por regla general rijan la ley nacional de aquella, sería contradictorio, sin embargo, que un Estado dejara abierta esta puerta para que el interés individual viniera á trastornar las que estima bases fun-

(1) Véanse el cap. 4º y el § 195.

(2) Un criterio análogo al de Fiore inspiran los artículos 13 y 14 del título primero de los preliminares del Código argentino que dicen así: «La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos que este Código las autoriza, nunca tendrá lugar sinó á solicitud de parte interesada, á cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptuáanse aquellas leyes extranjeras que se hicieron obligatorias en la República por convenciones diplomáticas ó en virtud de ley especial.»

«Las leyes extranjeras no serán aplicables: 1º, cuando su aplicación se oponga al derecho público ó criminal de la República, á la Religión del Estado, tolerancia de cultos ó á la moral y buenas costumbres; 2º, cuando su aplicación fuese incompatible con el espíritu de la legislación de este Código; 3º, si fuera de mero privilegio; y 4º, cuando las leyes de este Código en colisión con las leyes extranjeras fueren más favorables á la validez de los actos.»

damentales de su organizacion social, jurídica y política. Así, por ejemplo, nada le importa que en materia de usufructo rija una legislación ú otra, pero no puede consentir que se constituya una hipoteca de modo que contradiga la esencia del régimen del Registro de la propiedad que ha considerado justo y conveniente establecer. Nada le importa que el dueño de los bienes situados en su territorio pueda disponer de ellos libremente por testamento ó que esta facultad esté limitada por la institucion de las legítimas, pero no puede tolerar que se vinculen, si por razones de justicia y de conveniencia social ha prohibido las vinculaciones, como no puede tampoco reconocer la incapacidad para ser heredero del hereje ó del que ha sufrido la muerte civil.

En cuanto á la distinción según que los bienes sean muebles ó inmuebles, aunque la generalidad de los Códigos y de los escritores (1) la admiten como cierta, estimando que los unos deben regirse por la *lex rei sitae* y los otros por la nacional ó la del domicilio fijo del dueño, no es tan fundada como parece á primera vista. ¿Cómo es posible, por ejemplo, que respecto de la trasmision de las cosas muebles verificada en un país, deje de regir el principio consagrado en la legislación del mismo, ya sea aquel que basta la posesion para el caso, ya sea el que exige además el título?

No nos es dado entrar aquí en pormenores sobre cada una de las cuestiones concretas que pueden ocurrir: prescripcion, tradicion, servidumbre, hipoteca, etc.; pero sí haremos notar que la teoría de los estatutos conduce al principio, casi universalmente admitido, de que en materia de sucesion rigen tantas leyes cuantos son los diversos países en que están situados los bienes: *quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonia intelliguntur*, lo cual da lugar, entre otras consecuencias, á la absurda de que en la sucesion intestada, como cada derecho positivo, al interpretar la voluntad del que ha muerto intestado, adopta la presuncion general que le parece

(1) Mülebruch, Eichhorn, Savigny y Chassat combaten esta distincion juzgándola arbitraria.

más apropiada á la naturaleza de las relaciones de familia y á otras circunstancias, resulta, como observa Fiore (1), una série de presunciones diferentes, ó lo que es lo mismo, que aquel de cuya herencia se trata ha tenido «tantas voluntades presuntas cuantos son los lugares diversos en que se hallan sus bienes, ó que tiene voluntades opuestas, puesto que se declara su heredero, para los bienes situados en un país, al que ha sido excluido para los situados en otros diferentes; cuando se debe presumir, por el contrario, que ha querido que su sucesion sea regida por una ley única, á saber: aquella á que estuvo él mismo sometido durante su vida (2).» Piénsese lo que se quiera de los estatutos, pueden subordinarse al real los derechos sobre las cosas consideradas como partes *distintas*, pero los pertenecientes al propietario sobre el *todo* de la propiedad, como dice Schœffner, deben regirse por una sola ley, que no puede ser otra que la personal del dueño, cabiendo solo discrepancia en cuanto á si ha de darse la preferencia á la de su domicilio ó residencia estable ó á la de la Nacion de que es miembro. De otro modo, es imposible mantener el principio de la *unidad de patrimonio* (3), así como considerar la herencia como un todo indivisible, como una *universitas juris*.

(1) *Ob. cit.* § 392.

(2) «Esta opinion, dice Fiore, conforma en lo esencial con la de Savigny y con la de Mittermaier y está en vias de adquirir gran prestigio en Alemania, hasta el punto de ser ya aceptada por la mayoría de los autores, sobre todo desde que Manken la ha sostenido con valiosos argumentos» *Ob. cit.* § 393.

(3) Característico del derecho romano, como el de *diversidad* lo es del germano. Por esto los romanistas alemanes defienden la solucion del texto.
