

441. Después de haber declarado que todo propietario puede cercar su heredad, el art. 647 agrega: "Salvo la excepción de que habla el art. 682." Este artículo establece una servidumbre de paso en provecho del propietario cuyos predios están enclavados en los de sus vecinos. Debiendo éstos sufrir el paso, naturalmente no pueden cercar la heredad por la cual el propietario enclavado tiene derecho á pasar. Lo que el código dice del paso, en caso de enclave, es cierto de toda servidumbre de paso; el art. 647 no hace más que aplicar un principio general, según el cual el propietario del predio sirviente nada puede hacer que disminuya el uso de la servidumbre, y menos aún puede impedir su ejercicio, art. 701. La servidumbre de paso puede impedir al propietario deudor de la servidumbre el cercarse, sea de una manera absoluta, sea de una manera relativa; esto depende de las estipulaciones de las partes. Se ha fallado que el propietario del predio sirviente no puede establecer en él barreras que se cierren por medio de una llave, que entrega al propietario del predio dominante, porque es volver el uso de la servidumbre más incómodo y disminuir su utilidad; en efecto, es obligar al que tiene derecho á pasar ha cargar siempre una llave so pena de no poder pasar, lo que, en el caso que se analiza, modificaba la servidumbre, tal como se había establecido y practicado, y dificultaba su ejercicio (1). Por el contrario, la corte de Bruselas resolvió que no era embarazar la servidumbre establecer una barrera que se habriese y cerrase fácilmente, sin estar sujeto por ninguna cerradura, ni candado, ni otro medio de este género; que en esto era llegado el caso de aplicar el principio que permite al propietario del predio sirviente ejercitar las obras necesarias para hacer menos perjudicial la servidum-

1 Sentencia de denegada apelación, de 28 de Junio de 1853 (Daloz, 1853, 1, 308).

bre, si no impiden al propietario del predio dominante usarlas cómodamente conforme á su título (1). Más adelante volveremos á tratar esta cuestión (2).

442. Puede también hacer excepción al derecho de cercado en caso de indivisión. El co-proprietario de una cosa indivisa no tiene ya el derecho de exclusión de que disfruta el propietario único y absoluto; por lo mismo, no puede invocar el art. 647; su derecho se rige por los principios que rigen á la comunidad. Ahora bien, si cada comunista puede disfrutar de la cosa común según el destino de ésta, también es de principio que el goce del uno no puede embarazar el derecho igual del otro. Al juez corresponde, en caso de disputa, decidir si el derecho de uno de los comunistas puede conciliarse con el derecho de los demás. Por aplicación de estos principios, la corte de Metz ha fallado que el co-proprietario de un patio no puede cercarlo, si los inconvenientes que resulten para los demás comunistas exceden de las ventajas que aquél obtuviese (3).

§ III.—DEL DERECHO DE HACER PASTAR EL GANADO EN TERRENO AGENO (*vaine páture y parcours*).

*Núm. 1. Casos en que se mantienen estas servidumbres.*

443. Según los términos del art. 648, el propietario que quiere cercarse pierde su derecho á mandar pastar á su ganado á terreno ageno. Esta es una servidumbre mantenida por la ley de 6 de Octubre de 1791. Cuando este derecho lo ejerce un particular sobre un fundo perteneciente á otro propietario, se llama derecho de pastura, *pacage*, servidumbre discontinua que sólo se adquiere por medio de un título. En el antiguo derecho, esta servidumbre ha-

1 Burdeos, 14 de Mayo de 1832 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 844).

2 Véase el tomo 7° de esta obra, núm. 273.

3 Metz, 6 de Febrero de 1857 (Daloz 1857, 2, 196).

bía establecido la costumbre en provecho de los habitantes de una comuna, los cuales gozaban de la facultad de mandar á sus animales á pacer en las heredades despojadas de frutos: esto se llamaba *pasto vano* (*vaine páture*). Cuando el derecho era recíproco entre dos comunas, tomaba el nombre de *pasto* ó de reciprocidad de pastos (*parcours, entre-cours*) (1).

Se pregunta si el *pacto* y el *pasto vano* son verdaderas servidumbres. En el antiguo derecho, se enseñaba la afirmativa respecto al *pasto vano*; en efecto, es de la misma naturaleza que el derecho de pastura, *pacage*, que incontestablemente es una servidumbre; sin embargo, algunas veces se le calificaba de *co-propiedad* (2). La ley de 1791 da el nombre de servidumbre al *pacto* y al *pasto vano*, y el código civil consagra implícitamente la misma doctrina, supuesto que mantiene entre derechos tales como los había definido el código rural. Se objeta que no hay servidumbre sin una heredad dominante y una heredad sirviente; y en el caso de que se trata, dicese, ninguna heredad es dominante ó sirviente, todas están igualmente gravadas; hay, por consiguiente, comunidad de pastos más bien que servidumbre. Eso no es exacto. Es claro que el *pasto vano* impone una restricción al derecho de propiedad, luego hay heredades sometidas, y ¿por interés de quién? En provecho de las heredades cuyos propietarios tienen el derecho de mandar pacer á sus animales: he aquí ciertamente las fincas dominantes. Por lo tanto, hay servidumbre. ¿Qué importa que sea recíproca? La reciprocidad no impide que haya un derecho al mismo tiempo que una obligación (3). En cuanto á la expresión de *co-propiedad*

1 Pardessus, t. 1º, p. 322, núm. 132. Demolombe, t. 11, p. 315, número 286. Aubry y Rau, t. 2º, p. 176, nota 18, y p. 177, nota 22.

2 Edicto del mes de Mayo de de 1771, en Merlin, "Cuestiones de derecho," en la palabra *pasto vano*, pfo. 1º (t. 16, p. 325).

3 Compárese, Dalloz, en la palabra *derecho rural*, núm. 39, y en la palabra *servidumbre*, núm. 394.

nos parece enteramente inexacta. Sin embargo, la corte de casación la ha reproducido al decir que el *pasto vano* y el *pacto* son una sociedad y comunidad tácitas de *pasto*; pero la sentencia agrega que modifican el derecho absoluto de propiedad (1). Esta restricción proviene, no de que los habitantes de la comuna sean co-proprietarios, porque evidentemente no lo son; implica, por el contrario, una simple servidumbre. Esto no es una disputa de palabras: ya en otro lugar hemos dicho cuáles son las diferencias entre la servidumbre y la co-propiedad (2).

444. Ya antes de 89, se ponía en duda la utilidad de estas servidumbres; los labradores reclamaban la facultad de poner sus fincas al abrigo del *pasto vano* por medio de setos; los reyes cedieron á esta aspiración, con gran ventaja de la agricultura, como lo comprueba el edicto de Mayo de 1771. Este era un primer paso dado hacia la abolición de esas antiguas servidumbres, si el legislador de 1791 las conservó, fué porque no gustaba de chocar con los hábitos antiguos; pero las modificó profundamente, salvo el abolirlas más tarde. Se lee en el tít. I, sec. IV, art. 2: "Continuará vigente *provisionalmente* la servidumbre recíproca de parroquia á parroquia, conocida con el nombre de *pacto*, y que trae consigo el derecho de *pasto vano*." Pero la ley agrega algunas restricciones; ella no mantiene más que las servidumbres fundadas en un título ó en una posesión autorizada por las leyes y las costumbres; bajo otros conceptos, dice el art. 2, quedan abolidas. Aun las servidumbres que el código rural ha creído que deben conservarse están abolidas en su esencia; porque se permite á todo propietario eximirse del *pasto vano*, ro-

1 Sentencia de casación, de la cámara criminal, de 16 de Diciembre de 1841 (Dalloz, en la palabra *derecho rural*, núm. 30).

2 Véase el núm. 162 de este tomo.

deando sus predios con un coto. El ejercicio de este derecho da lugar á serias dificultades.

*Núm. 2. Del derecho de cercarse.*

445. El art. 4 de la sección IV, está concebido en estos términos: "El derecho de pacto y el derecho simple de pasto vano no podrán, en *ningún caso*, impedir que los propietarios cerquen sus fincas." Y las heredades cerradas dejan de estar sometidas al pacto y al pasto vano. Nosotros volveremos á insistir acerca de este último punto. Está fuera de duda que los propietarios pueden emanciparse de estas servidumbres, cuando se fundan en una posesión autorizada por las leyes y las costumbres. ¿Pero el art. 4 se aplica también al caso en que la servidumbre se halla establecida por un título? Nosotros vacilamos en contestar afirmativamente. El art. 5 relacionado con el 2 es de tal modo explícito que, si no hubiera otras disposiciones, maravillaríamos que la cuestión hubiese dado lugar á largos debates. ¿Cuáles son las servidumbres de paso mantenidas por el código rural? El art. 2 contesta: las que se fundan en un título y las que descansan en una posesión autorizada por las leyes y costumbres; todas las demás quedan abolidas" ¿Y qué dice el art. 5? *En ningún caso* podrán impedir los derechos de pacto y de pasto vano que los propietarios se cerquen.

Hay que preguntar ¿en qué casos pueden cercarse los propietarios, cuando la ley declara formalmente que pueden hacerlo en *todos los casos*? Estos casos están enumerados en el art. 2, uno de ellos es aquél en que la servidumbre está establecida por *título*. Así, pues, el texto resuelve la cuestión. En vano se objeta que esto es contrario á todo principio: los títulos, dicese, son convenios, y los contratos hacen ley respecto á las partes contrayentes, leyes de las cuales no pueden desligarse. Nosotros dirigimos la ob-

jeción al legislador; cuando éste ha hablado, el intérprete no tiene que hacer más que una cosa, obedecer la ley, salvo el investigar los motivos que la han determinado. Y no es difícil justificar la ley de 91. ¿Qué cosa son los títulos de que habla el código rural? ¿Son verdaderos contratos celebrados entre los habitantes de una ó de varias comunas, por los cuales gravan los predios con una servidumbre? Mucho dudamos de que exista semejante contrato. El pacto y el pasto vano no se han establecido por vía de convenio, sino por la costumbre, y los títulos no tienen por objeto más que hacer constar lo que el uso ha creado. Agregamos que se trata de servidumbres recíprocas, fundadas en un interés común; cada habitante, al ser á la vez deudor y acreedor, lo que gana como deudor cuando se cerca, lo pierde como acreedor; luego no hay atentado ninguno á un contrato, sino un acuerdo mejor de los intereses comunes (1).

446. Lo que ha dado margen á la controversia, es que se ha confundido el caso previsto por el art. 5, según el cual puede uno emanciparse de las servidumbres de pasto vano, aun cuando se hubiesen establecido por título, con las servidumbres de pasto de las que no puede uno emanciparse, cuando un título las ha constituido. Tal es desde luego el caso previsto por el art. 7, por cuyos términos "el coto emancipa de la misma manera del derecho de pasto vano recíproco ó no recíproco entre particulares, si ese derecho no está fundado en un título." Hé aquí una excepción al derecho de coto que el legislador de 1791 acababa de proclamar en términos solemnes. Pero la excepción está restringida á las relaciones de dos ó varios particulares que gravan sus predios con una servidumbre de pasto. Esta á decir verdad es una servidumbre

1 Demolombe, t. 11, p. 319, núm. 288, y las autoridades que él cita. Ahbry y Rau, t. 2º, p. 176, nota 19.

de (*pacage*) pasto, servidumbre esencialmente personal, las más de las veces establecida á título oneroso, mediante cierto precio; la ley respeta tales convenios; pero como se han celebrado en época remota en que la agricultura estaba en mantillas, el legislador permite que se rescaten esos derechos onerosos. El derecho de rescate, que el código rural concede á pesar de la existencia de un título, confirma la interpretación que nosotros damos al art. 5. Si en el caso de una servidumbre comunal establecida por título, el legislador no hubiese admitido el coto, ciertamente que habría aceptado el rescate; sin embargo no habla de rescate en el art. 5: y es porque esta disposición da un derecho más extenso, el de emancipar de la servidumbre por medio del coto.

La excepción admitida por el art. 7 recibiría también aplicación si la servidumbre de pasto se hubiese establecido en una heredad particular en provecho de una comuna. Esto no es ya el pasto vano definido por el código rural, y del cual permite emanciparse en todos los casos por medio del coto. Así, pues, no estamos en el caso del art. 5. Es verdad que el art. 7 supone que la convención se celebra entre *particulares*; pero por esta palabra la ley da á entender *propietarios*, luego también una comuna estipulante en nombre de los habitantes. El motivo para decidir es que la servidumbre realmente es convencional, y el legislador respeta los convenios, salvo el derecho de rescate consagrado por el art. 8 (1).

447. Hay una segunda excepción concerniente á las praderas. En este punto se halla el verdadero terreno de la dificultad, y es grande, por más que diga Demolombe (2). Uno de nuestros más grandes jurisconsultos, Mer-

1 Sentencia de casación, de 15 de Diciembre de 1808 (Daloz, en la palabra *derecho rural*, núm. 67). Demante, t. 2º, p. 593, núm. 502 bis, 1.

2 Demolombe, t. 11, p. 321, núm. 288, se admira de que Merlin haya cambiado de opinión á causa del artículo 2º.

lin, se ha equivocado en esto, según propia confesión. El art. 10 comienza por decir que "por todas partes en donde las praderas naturales estén sujetas al pacto y al pasto vano, estos derechos no tendrán lugar provisionalmente sino en la época autorizada por las leyes y costumbres, y nunca mientras no se hayan recogido las primeras yerbas." En seguida el art. 11 agrega: "Tiene lugar el derecho que disfruta todo propietario para cercar sus heredades, aun respecto á las praderas, en las parroquias en donde, "sin título de propiedad y únicamente por la costumbre," se vuelven las praderas comunes á todos los habitantes, sea inmediatamente después de cortada la primera yerba, sea en cualquiera otra época determinada." Luego en el caso del art. 11, los propietarios no tienen el derecho de cercarse cuando los habitantes tienen un "título de propiedad." ¿Lo que la ley dice en el art. 11, no debe decirse de "todo derecho de pasto vano" fundado en un *título*? ¿Quiere decir que el art. 11 ha de servir para interpretar los arts. 2 y 5? Así se pretende, en apoyo de la doctrina que acabamos de combatir, núm. 445, y según la cual el *título* pone siempre obstáculos al derecho de cercarse. ¿Qué resulta de esta interpretación? Que el art. 11 derogaría realmente el art. 5. El art. 5 en combinación con el 2, dice: Los propietarios tienen el derecho de cercar sus heredades, aun cuando el pasto vano se funde en un *título*. Y el art. 11 diría: Los propietarios no tienen el derecho de cercarse cuando los habitantes tienen un título. Esto es inadmisibile. Merlin tiene razón: el legislador no puede pronunciar el pró y el contra en una sola y misma ley, si en el art. 5 y nó, en el art. 11.

Pero si el art. 11 no impide á los propietarios el cercarse, aun cuando el "pasto vano" esté fundado en un título, ¿cuál es, pues, el caso en el cual, conforme á esta disposición, el título es un obstáculo para el coto? Tal es

la verdadera dificultad. Merlin interpreta la ley de 1791 por el edicto de 1771. Es claro que el legislador de 1791 no ha hecho más que aplicar á toda la Francia el edicto de 1771, que únicamente se había expedido para algunas provincias. Ahora bien, ¿qué es lo que dice el edicto? Se lee en el preámbulo, que el objeto del edicto ha sido hacer cesar los obstáculos que los habitantes del Hainaut y de Flándes experimentaban en la libertad natural de disfrutar de sus posesiones, aboliendo todos los abusos que el derecho de vano pasto había introducido, "sin atentar, no obstante, á los derechos de legítima propiedad de las comunidades." Y ¿de qué manera poner remedio á los abusos resultantes del pasto vano, sin atentar á los derechos adquiridos, y por consiguiente á la propiedad? El edicto distingue. Cuando el pasto vano constituye una servidumbre, permite al propietario que se liberte de ella por el coto, "interpretando á este efecto, dice el art. 2, todas las leyes, costumbres usos y reglamentos en contrario, y aun derogándolos si necesario fuere." El art. 6 aplica el derecho de cercarse á las praderas gravadas con pasto vano, y en seguida viene el art. 7 concebido en estos términos: "Por las disposiciones del artículo precedente, no se entiende un embargo, que se dañen ó perjudiquen los derechos que algunas de dichas comunidades pudieran tener en la propiedad de las mencionadas praderas, y que se hallasen en estado de justificar por medio de títulos válidos." Este art. 7 ha sido reproducido por el 11 que acabamos de transcribir; luego debe entenderse en el mismo sentido, es decir, del caso en que los habitantes invoquen, no la servidumbre de pasto vano, porque tal caso está regido por los arts. 2 y 5, sino el caso en que invoquen la propiedad de las praderas; por esto el texto exige un título de propiedad para impedir el ejercicio del derecho de cercarse. En definitiva, el art. 11, lo mismo que el edicto,

supone que los habitantes tienen un derecho de "co-propiedad en la segunda yerba de las praderas" (1). La interpretación propuesta por Merlin no fué aceptada por la corte de casación. La interpretación descansa en una distinción entre el derecho de servidumbre y la propiedad, distinción que no se halla escrita en el texto de la ley, ni aun en el art. 1771 (2). En efecto, la servidumbre da un derecho en las yerbas tanto como la propiedad; ¿acaso la servidumbre no es un derecho real, un desmembramiento de la propiedad, y por consiguiente, una propiedad? ¿Y en dónde estaría la razón de esta distinción entre el pasto fundado en una "servidumbre" y el pasto fundado en una "co-propiedad?" El legislador, que declara que quiere respetar los derechos de propiedad legítima ¿puede atentar á una "servidumbre" adquirida por un "título legítimo" más bien que á una "propiedad?" Si el legislador quisiera mantener los derechos adquiridos en materia de pasto vano, debería mantener las servidumbres establecidas por título, tanto como la propiedad. La interpretación de Merlin crea una autonomía insoluble entre el art. 11 y los arts. 2 y 5.

448. Si tal no es el sentido del art. 11, ¿entonces cuál es su verdadera significación? Para penetrarla, deben compararse los términos del art. 11 con los del 5. Esta última disposición no es tan general ni tan absoluta como lo pretenden. La ley no dice que los propietarios puedan emanciparse de todo pasto vano usando del derecho de cercarse, sino que dice que el derecho *simple* de pasto vano en ningún caso puede impedir que los propietarios cierren sus heredades. Hé aquí una restricción. El art. 5 no se aplica más que al "derecho simple" de pasto vano, lo que

1 Merlin, "Cuestiones de derecho," en la palabra *pasto vano*, párrafo 1º. Compárese, Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 187, núm. 279. Merlin dice en su *Repertorio*, que él se equivocó.

2 Aubry y Rau, t. 2º, p. 178, nota 23.

implica que existe otro caso de pasto vano, en el cual el derecho de cercarse no recibe ya aplicación. ¿Cuál es este caso? El que prevee el art. 11. Este artículo supone que las praderas se vuelven comunes á todos los habitantes, después de recogida la primera yerba. Este no es ya un derecho simple de pasto vano; en efecto, el pasto vano supone terrenos en donde no hay ni semillas ni frutos (1), no se ejerce sino cuando se ha levantado la cosecha; ahora bien, las praderas dan dos cosechas aun en nuestros climas; de aquí la distinción de dos yerbas, la primera que se llama heno y la segunda, á la cual en el lenguaje vulgar se le da el nombre de retoño. Luego, en su aplicación á las praderas, el *pasto vano* supone que la cosecha de las *dos yerbas* se ha operado; entonces hay un *derecho simple* de pasto vano. Más si los habitantes de una comuna tienen el derecho de pasto en las praderas después de la primera yerba, como lo expresa el art. 11, entonces su derecho es mucho más considerable, porque tienen derecho á la segunda cosecha, la del retoño, la cual á veces es más ventajosa que la primera, cuando la buena estación ha sido seca, mientras los últimos días del estío y el principio del otoño son lluviosos.

Ahora se comprenderá la diferencia que la ley establece, respecto del derecho de cercarse, entre el caso del artículo 11 y en el caso del 5. Cuando se trata de un derecho simple de pasto vano, el pastoreo se ejerce después de levantadas todas las cosechas; y el propietario casi ningún interés tiene en oponerse, y precisamente su falta de interés es lo que ha hecho que se introduzca el uso del pasto vano; aun cuando exista un título no hace más que hacer constar el uso y la falta de interés para oponerse. Así, pues, se concibe que el legislador permita á los propietarios emanciparse de este vano pasto cercando

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *pasto vano*, (t. 35, p. 455).

sus fincas por medio de un coto. No despoja de un derecho adquirido, no viola la propiedad, aun cuando existiese un título. En efecto ¿qué cosa es este título? El propietario consiente en que los habitantes manden pastar á sus ganados en predios despojados de sus cosechas, en heredades abiertas; si hubiesen estado cerradas, jamás se habría tratado de pasto vano. Así, pues, consentir en el pasto vano implica que los predios no están cercados y que el propietario no tiene ningún interés en circuirlos. Desde el momento en que hay interés en cerrarlos, el propietario debe tener el derecho de hacerlo, porque él no había consentido en entregarlos al pasto vano sino con la condición tácita de la falta de interés.

La posición del propietario que entrega sus praderas al pasto vano después de la cosecha de la primera yerba, es muy distinta. Hay todavía que levantar una cosecha, y él la renuncia en favor de los habitantes de la comuna. Esto no es más que la abdicación de un derecho á los frutos, la abdicación de un derecho de propiedad. ¿Puede presumirse esta renuncia? Nó, porque no se presume que uno renuncie á su derecho. Si el propietario lo renuncia, será á título oneroso; luego entonces hay una verdadera convención, que da un derecho á los habitantes en una parte de los frutos. Esto es lo que el art. 11 llama un *título de propiedad*. El legislador debe respetar este título y lo respeta. Pero si los habitantes no tienen título, si sólo invocan una antigua costumbre, el legislador permite al propietario que se emancipe de ella y que se circuya; ¿por qué? Porque dicho uso no es más que el efecto de la tolerancia, y la tolerancia no da ningún derecho. Este es un acto de benevolencia, de generosidad, que se renueva ó no se renueva, según le ocurre al propietario. Desde el momento en que quiere encerrarse, tiene derecho á hacerlo.

449. Hay, pues, un pasto vano que admite el derecho de cercarse; y lo hay que no lo admite. ¿De qué manera distinguir el *derecho simple de vana pastura* que permite á los propietarios circuir sus heredades, aún cuando aquél derecho se fundase en un título, y la "vana postura" del artículo 11 que cuando se funda en un título, excluye el cercado? Nosotros hemos intentado establecer un principio; pero la aplicación no carece de dificultades. Si diésemos crédito á la jurisprudencia de las cortes de Bélgica, la cuestión sería una cuestión de hecho, abandonada, como tal, á la apreciación del juez. ¿Qué cosa es el pasto vano? La ley de 1791, según se dice, lo mantiene, pero no lo define, y tampoco el código. He aquí lo que leemos en el código rural (tít. I, sec. IV, art. 3): "El derecho de vana pastura en una parroquia, acompañado ó nó de la servidumbre de reciprocidad, no podrá existir sino en los lugares en que se funde en un título particular, ó autorizado por la ley ó por una costumbre local inmemorial, y con la condición de que la vana pastura no se ejercerá sino conforme á las reglas y usos locales que no contraríen las reservas de que hablan los artículos siguientes." Cuando hay un título, éste tendrá fuerza de ley para las partes, y por consiguiente, también para los tribunales; el título resolverá si se trata de un derecho á las segundas yervas, que no admite el derecho de cercarse ó si se trata de un derecho simple de vana pastura que permita á los propietarios circuir sus predios ó heredades. Si no existe título ¿de qué modo se distinguirán estas dos especies de vana pastura? Esta es una cuestión de hecho, se dice, supuesto que ninguna ley define la vana pastura; de lo que se infiere que los tribunales juzgan soberanamente en esta materia, y que sus decisiones eluden la inspección de la corte de casación. Nosotros no creemos que la definición de la vana pastura sea una cuestión de hecho. El ar-

tículo 11, que es el verdadero asiento de la dificultad, define claramente la vana pastura que excluye el derecho de cercarse: y es cuando las praderas se vuelven comunes á los habitantes después de la cosecha de la primera yerba, en virtud de un título de propiedad; mientras que hay simple derecho de vana pastura, en el sentido del art. 5, cuando de conformidad con las antiguas costumbres, el pastoreo se ejerce en las tierras y praderas despojadas de sus cosechas. Hemos dicho que de conformidad con las costumbres. No puede decirse que las costumbres estén abolidas por el código Napoleón, porque el artículo 648, que mantiene las servidumbres de reciprocidad y de pasto vano, mantiene por este hecho la ley de 1791; ahora bien, esta ley dice que la vana pastura *continuará* subsistiendo, art. 2, luego tal como existía en el antiguo derecho; y el art. 3, al agregar que se ejercerá de "conformidad con las reglas y usos locales," conserva á las costumbres su fuerza obligatoria en esta materia. Luego existen costumbres con fuerza de ley, que definen el pasto vano; puede vérselas en el *Repertorio* de Merlin. Luego existe una definición legal de la vana pastura: nosotros la hemos dado en un párrafo anterior. Vamos á ver cómo la corte de casación de Bélgica no ha permanecido fiel á su doctrina; ella ha casado una sentencia que decidía que no había pastura vana en el sentido del art. 5. Esto equivale á decir que en este punto hay cuestiones de derecho que dan lugar á muchas dudas.

450. ¿Hay un derecho simple de vana pastura cuando los habitantes tienen el derecho de vender la segunda yerba? El tribunal de Lovaina, juzgando en apelación sobre una acción posesoria, resolvió que había vana pastura, y por lo tanto, un goce precario, no susceptible de prescripción, ni de ser mantenido por la acción posesoria. A recurso de casación, recayó el fallo que acabamos de comba-

tir; siendo la cuestión de hecho, dice la corte, se escapa al examen de la corte suprema. Nosotros creemos que tanto el tribunal como la corte han fallado mal. En el caso al debate, tratábase de un derecho de pasto ejercido sobre una heredad particular, y no sobre todos los predios de la comuna, lo que excluye desde luego la idea de un pasto vano, la cual implica un goce recíproco de todos los habitantes sobre todas las heredades. ¿Y cuál era el carácter del derecho litigioso? No consistía únicamente en el pasto, sino que daba á la comuna el derecho de vender la segunda yerba. Esto es más que una servidumbre, es una propiedad, supuesto que el propietario es el único que tiene el derecho á vender. No puede decirse que la propiedad es un acto de tolerancia, un goce á título precario. ¿Un propietario permite á los habitantes que vendan la segunda yerba que él tiene derecho á vender? ¿y se lo permite á título de tolerancia? Se está fuera del texto como del espíritu de la ley (1).

No quiere decir que el derecho de pasto cese de ser un pasto vano sólo porque los que lo ejercen están en posesión de vender las segundas yerbas. Para determinar la naturaleza de un derecho, se necesita saber lo que es de su esencia. Si los habitantes de una comuna tienen el derecho de pasto en todos los prados de una comuna después de la primera yerba, este derecho es una vana pastura, aun cuando de hecho la comuna vendiese las segundas yerbas en lugar de dejarlas pacer; la venta de las yerbas, en este caso, no es más que un modo de ejercer el derecho; él que tiene el derecho de consumir las yerbas tiene, por esto mismo, el derecho de venderlas, por lo menos si tal es la costumbre, porque su posesión es la que deter-

1 Compárese la Memoria de los demandantes de casación, firmada por D'Elohmge, padre; D'Elhomge, hijo; y Dedryver (*Pasicrisia*, 1840, 1, 379). En sentido contrario, Bruselas, 14 de Agosto de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 425) y 25 de Enero de 1845 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 60)

mina el modo de ejercer las servidumbres. En esta suposición, la pastura seguirá siendo pasto vano, y en consecuencia, los propietarios tendrán el derecho de cercarse, á menos que tengan un título que les dé derecho á las segundas yerbas.

451. Hay otra cuestión acerca de la cual está dividida la jurisprudencia. El pasto se ejerce en fecha fija, el 24 de Junio á medio día, en prados pertenecientes á un propietario, aun cuando el heno no estuviese cortado ni quitado. De esto la corte de Lieja ha inferido que este pasto no era vano, sino pingüe y vivo. De donde se seguiría que no estamos en el caso de la servidumbre comunal mantenida bajo ciertas restricciones por la ley de 1791, que la servidumbre es una servidumbre de pasto (*pacage*), y que, por consiguiente, el propietario no puede librarse de ella por medio del coto. Lo que da gran peso á esta decisión, es que el pasto litigioso no se ejercía en la generalidad de los prados de la comuna, sino únicamente en ciertos prados, llamados *prados del día de San Juan*. Esta circunstancia es, á nuestro juicio, determinante, en lo concerniente al derecho de cercarse. Según los términos del artículo 648, el propietario que quiere cercarse pierde su derecho á la reciprocidad y vana pastura, en proporción del terreno que él subtrae. Esto supone que la vana pastura es una servidumbre general y recíproca. Luego desde el momento en que es particular y determinada á ciertos fundos, deja de haber vana pastura. En consecuencia, se vuelve al derecho común que rige las servidumbres. En el caso al debate, tratábase de saber si este derecho podía adquirirse por la prescripción; como los hechos de posesión subían á una época anterior al código civil, la corte de Lieja resolvió que la comuna había adquirido el derecho de pasto que se le había disputado (1).

1 Lieja, 23 de Marzo de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 176).