

obligación. Si la cosa estuviese en manos de un tercer adquirente, habría lugar á aplicar la disposición del artículo 2279 concerniente á las cosas halladas, que explicaremos más adelante (1).

Queda por averiguar de qué manera el actor justificará su propiedad. Si quien reclama es un heredero de el que hizo el depósito, podrá, sin duda alguna, invocar la prueba testimonial, y por consiguiente, las presunciones que la ley abandona á la prudencia del magistrado. En efecto, la prueba testimonial se admite indefinidamente para establecer los hechos puros y sencillos, los hechos que por sí mismos no engendran ni derecho ni obligación; ahora bien, el hecho de depositar algunas piezas de moneda en un fundo no engendra vínculo ninguno entre el que deposita y los terceros; es, pues, un hecho material que podrá probarse por medio de testigos. El mismo que hace el depósito podría invocar este principio; con mayor razón sus herederos pueden prevalerse de él; ellos están en la posición del acreedor que no ha podido procurarse una prueba lietral de la obligación contraída con él (art. 1348) (2). Y cuando la prueba testimonial es admisible, lo son también las presunciones (art. 1353).

457. Según los términos del art. 716, la cosa que no se descubre por puro efecto de la casualidad no es un tesoro. Nosotros hemos hecho la aplicación al caso en que un tercero hiciese excavaciones en un fundo que no le pertenece para buscar en él un tesoro (núm. 449). Por más que la ley no distinga entre el propietario y los terceros, todos admiten que el propietario es libre para hacer en su fundo las excavaciones que tenga por convenientes. Esto

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 242 y nota 39. Demolombe, t. 13, p. 47, núm. 38 bis.

2 Burdeos, 22 de Febrero de 1827, y Amiens, 19 de Enero de 1826. (Daloz, "Propiedad," núm. 194 y 195). Compárese Demolombe, t. 13, p. 47, núm. 39; Aubry y Rau, t. 2º, p. 242 y nota 38.

es de toda evidencia, puesto que es el ejercicio del derecho de propiedad. Pero si el propietario busca un tesoro y si tropieza con uno ¿la cosa se volverá su propiedad á título de tesoro? Según el texto del art. 716, debe contestarse negativamente; porque la misma definición del tesoro exige que la cosa haya sido descubierta por puro efecto de la casualidad. Es de la esencia del tesoro que sea un dón de la fortuna; el que busca un tesoro y lo encuentra, nada debe á la casualidad, luego no es un tesoro. ¿A quién perteneciera la cosa así buscada y hallada? Será propiedad del que la ha buscado, si nadie se presenta para reclamarla. ¿Pero con qué título? No es una cosa perdida, dícese, supuesto que estaba enterrada y escondida. No es un tesoro, supuesto que no es un dón de la fortuna. Sólo queda un título, el de la accesión; pero ¿puede decirse que unas piezas de moneda sean dependencia del suelo? Nosotros preferiríamos aplicar por analogía los principios que rigen las cosas perdidas. No se requiere, para que haya cosa perdida, que la cosa esté en la superficie del suelo, no se requiere que sea hallada por casualidad; luego aquello es una cosa encontrada. Más adelante veremos á quién pertenece las cosas perdidas (1).

§ II.—DE LAS COSAS QUE NO TIENEN DUEÑO.

458. Cítanse en primer lugar, entre las cosas que no tienen dueño y que, por consiguiente, pertenecen al primero que las ocupa, las conchas y las piedras que se encuentran en las playas del mar y á orillas de los ríos. Claro es que si sólo se consulta el hecho, nada parece más evidente. ¿Quién de nosotros no ha recogido del suelo una concha ó un guijarro? Y al recogerlos, hemos venido á ser propietarios. Esta es realmente la ocupación en toda su sencillez.

1 En sentido coctrario, Demolombe, t. 13, p. 50, núm. 41.

Sí, pero esta toma de posesión tan natural, es al mismo tiempo una imagen de la incertidumbre del derecho. La ocupación ya no es un puro hecho bajo el imperio de nuestro código; preciso es que encuentre su justificación en un texto de ley. ¿Y en dónde está la ley que autorice al primer advenedizo para apoderarse de las conchas y de las piedras que se encuentran en las riberas del mar y de los ríos? No hay una ley posterior al código. Los autores que por un instante se ocupan de esta materia tan elemental, invocan el derecho romano. En efecto, Pothier enseña, conforme á una ley del Digesto, que habiendo permanecido estas cosas en el estado de comunidad negativa, es decir, no perteneciendo á nadie, cada cual tiene el derecho de adquirirlas en propiedad reconociéndolas; el jurisconsulto romano dice que eso es de derecho natural (1). Los autores modernos que citan el derecho romano, invocan, pues, el derecho natural y lo que Pothier llama la comunidad negativa; ellos olvidan que bajo el imperio de nuestra legislación positiva, ya no hay derecho natural; en cuanto á la comunidad negativa, tampoco existe, porque los arts. 539 y 713 atribuyen al Estado la propiedad de todos los bienes que no tienen dueño. Luego las conchas pertenecen al Estado, y necesitamos una ley que permita que los particulares se apoderen de esta parte del dominio público. ¿Existe una ley anterior al código civil? Respecto á Bélgica, no conocemos otra que un edicto de 1547 para los Estados flamencos, es decir, una ley que sólo tiene una autoridad local, supuesto que no se publicó en las demás provincias. Y aun cuando fuese una ley general, no por eso estaríamos más adelantados. En efecto, los edictos y ordenanzas anteriores al código Napoleón, están tan abrogados como el derecho romano; para que estén vigentes,

1 L. 3, D., "de rer. divis." (I, 8). Pothier, "De la propiedad," número 58. Demolombe, t. 13, p. 73, núm. 56.

se necesita que el código los mantega remitiendo á ellas; y el código guarda silencio sobre las conchas y las piedras más ó menos preciosas que uno se encuentra en las orillas del mar y de los ríos. No queda más ley que los arts. 539 y 713, según los cuales dichas cosas son propiedad del Estado. Así, pues, la ocupación se ejerce con la autorización tácita del Estado. Queda por averiguar si el Estado tiene el derecho de abdicar su propiedad, y la negativa es evidente. En definitiva, hay un vacío en nuestra legislación, de lo que resulta que en derecho estricto la ocupación que los romanos declaraban de derecho natural, se ha convertido en una usurpación, y en una sociedad bien organizada no debe haber usurpación. Nuestra conclusión es una apelación al legislador para que llene los vacíos que existen en el código.

459. En Bélgica, sobre todo, son numerosos estos vacíos. En el antiguo régimen casi no había reglas generales aplicables á todas las provincias. Después de la reunión con la Francia, se publicó un gran número de antiguas leyes francesas, pero la publicación no se hizo sino á medida que ocurrían las necesidades prácticas. Así es como se conformaron con publicar parcialmente la ordenanza de 1681, que prevee diversos casos de ocupación. Pero precisamente tales disposiciones no se publicaron en Bélgica. Hé ahí por qué carecemos de ley sobre lo que se llama despojos marítimos.

El art. 717 dice que los derechos sobre las plantas y yerbas que crecen á orillas del mar están regidas por leyes particulares. En Francia se sigue la ordenanza de 1681, y hay, además, algunos decretos de reciente fecha. La ordenanza marítima, según acabamos de decirlo, no se publicó en Bélgica; existe, cierto es, un acuerdo de 18 termidor, año X, que autoriza á los prefectos para que determinen por medio de reglamentos *conformes á las leyes*, todo

lo concerniente á las plantas ó yerbas llamadas *varech*. Esto supone que hay leyes, y las antiguas francesas no han llegado á ser obligatorias en Bélgica sino por su publicación; luego no es posible prevalerse de las disposiciones de la ordenanza de 1681, las cuales no han sido publicadas. Por lo tanto, estamos sin ley. Pasa lo mismo con todo lo que el mar cría, como ámbar, coral, peces y otros semejantes; la ordenanza establece (lib. IV, tít. IX, art. 29) que estas cosas y otras análogas, se les queden á los que las hayan sacado del fondo del mar ó pescado sobre las olas; si las han encontrado en las arenas, sólo tendrán una tercera parte, y las otras dos se repartirán entre el dominio y el almirante (1). En ausencia de leyes ¿qué se hace? Se practica el derecho de ocupación como si existiese siempre con la misma extinción que tenía cuando no había leyes. Este es un nuevo vacío que señalamos á la atención del legislador.

460. Entre las cosas que á nadie pertenecen se encuentran, además, aquéllas cuyo propietario ha abdicado la propiedad; ellas dejan de tener dueño; luego el que se apodera de ellas, dice Pothier, adquiere su propiedad por la ocupación (2). Luego, decimos nosotros, pertenecen al Estado, en virtud de los arts. 539 y 713; se necesitaría una ley que las atribuyese al primero que las ocupase. Respecto á leyes, no conocemos otras que las romanas invocadas por Pothier. Ahora bien, el derecho romano está abrogado y el código no lo mantiene en lo concerniente á las cosas abandonadas, y ni siquiera pronuncia esta expresión. El art. 717 prevee, únicamente el caso de efectos arrojados al mar ó de objetos que el mar desecha, de cualquiera naturaleza que puedan ser; el artículo dice

1 Duranton, t. 4º, p. 262, núms. 305 y 306. Demolombe, t. 13, página 74, núms. 57 y 58.

2 Pothier, "De la Propiedad," núm. 60. L. 2, D., "proderel." (XLI, 7).

que el derecho sobre estas cosas está regido por leyes particulares. En Francia se tiene la ordenanza de 1681, la cual no se publicó en Bélgica. ¿Existen leyes belgas anteriores al código? La cuestión se ha presentado ante el tribunal de Bruselas. La tripulación de una chalupa de pesca del puerto de Auvers se encontró en el Mar del Norte una cantidad de sebo y de grasa, que vendió en Flessingue por un precio de cinco mil francos sobre poco más ó menos. De vuelta á Auvers, los pescadores fueron amenazados con persecuciones por capítulo de robo; ellos pusieron el juicio en manos del comisario marítimo, quien lo depositó en manos del receptor de los dominios. Como los antiguos propietarios no interpusieron ninguna reclamación, los pescadores pidieron la restitución de los cinco mil francos depositados por ellos. El Estado se negó á restituirlos. Como depositario, el Estado debía devolver la cosa depositada al deponente, á menos que él mismo tuviera derecho en ello á título de propietario. De aquí la cuestión de saber: ¿existe una ley que atribuya al Estado los efectos echados al mar y encontrados en alta mar? El artículo 717, al decir que los derechos sobre estas cosas se rigen por leyes particulares, decide por esto mismo que no pertenecen al Estado. Porque el Estado no puede inmolar los arts. 539 y 713, que suponen que los bienes reclamados por él se hallan en el territorio belga; ahora bien, en el presente caso, constaba que los efectos habían sido recogidos en alta mar. Era, pues, preciso una ley que atribuyese su propiedad al Estado. Se va á ver el embarazo de los jueces en esta materia. El Estado invocó la ordenanza francesa de 1681; el tribunal resolvió que las disposiciones de la ordenanza, relativas á los despojos marítimos, al no haberse publicado en Bélgica, no tenían en ella ninguna fuerza obligatoria. El Estado citó el edicto de 1476, el cual era especial para Holanda y Zelanda;

luego no tenía aplicación en Bélgica. En cuanto al edicto de 1547, ya dijimos que sólo se dirigía á los Estados de Flandes, por lo que no era obligatorio en el Bramante. El Estado invocaba, además, el edicto de 15 de Mayo de 1574, pero el texto prueba que era especial á Holanda y á Frisia y que no se había publicado en el Bramante, por lo que en éste no tenía ninguna fuerza. El edicto de 16 de Octubre de 1663, que se citaba á favor del Estado, se limita á recomendar á los fiscales la observancia de las leyes existentes, pero no cría un derecho de desechos marítimos; en cuanto al edicto de 1663, emanaba de los Estados de Holanda y de Frisia, y por consiguiente, era extraño á Bélgica. En una palabra, no había ley. Luego no podían atribuirse los desechos marítimos al Estado. Tampoco pertenecen á quien se los encuentra, porque los efectos echados al mar ó provenientes de naufragio no son bienes sin dueño. El que se los encuentra está en la misma posición que el que se halla cosas perdidas; él tiene la retención de las cosas y su guarda y está obligado á devolverlas al propietario que las reclame en el periodo de treinta años. Quedaba por averiguar quién, en el presente caso, era retenedor y guardián. Evidentemente que los pescadores. El tribunal condenó al Estado á restituir el depósito que ellos habían puesto en sus manos (1).

§ III.—DE LAS COSAS PERDIDAS.

461. En el antiguo derecho, se llamaban *cosas extraviadas* ó *cosas gayves*, á las cosas perdidas ó extraviadas cuyo propietario era desconocido. Estas cosas pertenecían, según el lugar en donde eran encontradas, al rey ó al señor, cuando en el plazo prescrito por las costumbres, no las

1 Fallo del tribunal de Bruselas, de 23 de Diciembre de 1865, ("Bélgica judicial," 1866, p. 126).

había reclamado el propietario. Esto era lo que se llamaba *derecho de cosa perdida* (1). Este derecho fué abolido por la ley de 13 de Abril de 1791 (t. I, art. 7). El código civil dice que los derechos en las cosas perdidas cuyo dueño no vuelve á presentarse estarán regidos por leyes particules (art. 717). Más adelante citaremos algunas leyes especiales sobre ciertos objetos perdidos, extraviados ó no reclamados. Ley general no la hay. Por esto son las dudas y la controversia. Sobre un punto sí hay acuerdo, y es que las cosas perdidas no pertenecen al propietario del fundo en el cual se encuentran (2). ¿Con qué título las reclamaría él? ¿Cómo tesoro? Las cosas que están en la superficie del suelo no son un tesoro. ¿Como un accesorio del fundo? Ninguna relación jurídica existe entre el predio en el cual se deja caer por accidente una cosa cualquiera, y esta cosa ni siquiera puede decirse que el poseedor del predio tiene la guarda de ella, porque el descubridor es el que tiene la retención y la guarda. ¿Hay excepción de este principio cuando la cosa se encuentra en una casa? Se lee en una sentencia de la corte de casación que no es lo mismo respecto de las cosas que se encuentran en el piso de un aposento que respecto á las que se encuentran en un camino público; que las primeras, si se han extraviado, no por esto se vuelven objetos perdidos y sin dueño; que todo lo que existe en una casa se queda en ella bajo la autoridad y debe reputarse en la posesión del jefe, y que nada puede desviarse de ella sin su consentimiento (3). Hay algo de verdad en esta proposición, pero es demasiado absoluta. Era el caso que un dependiente se había hallado en el suelo unos billetes de ban-

1 Merlin, "Repertorio," en las palabras "Epaves y Cosas gayves."

2 Durantón, t. 4º, p. 273, núm. 323. Demolombe, t. 13, p. 86, número 10.

3 Sentencia de casación, de la sala de lo criminal, 7 de Septiembre de 1855 (Daloz, 1855, 1, 384).