

la cosa un carácter que la ponga fuera del comercio é impida que un extraño la prescriba, y adquiera su propiedad por la posesión. Este derecho fué introducido por bien público, el que no tienen los particulares el derecho de derogar. Es necesario, dice d'Argentré, que la prohibición esté sancionada por la ley. (1) Tal es la imprescriptibilidad del fundo dotal: la inenajenabilidad del fundo dotal resulta, es verdad, de la convención de los esposos; pero para que esta regla, tan contraria al interés general, se convierta en una ley para los terceros fué necesario que la ley lo consagrara; y no pertenece á las partes contratantes poner fuera del comercio bienes que la ley pone dentro del comercio. Hemos dicho en otra parte que el legislador se conformó en admitir este principio del derecho romano sólo bajo la presión de los antiguos países de derecho escrito; pero una vez sancionada como regla tiene que admitirse bajo todos los regímenes.

§ II.—DE LAS COSAS DE ORDEN PUBLICO.

Núm. 1. Libertad.

225. Nuestra libertad nació con la revolución de 1789: la Asamblea Constituyente proclamó por primera vez los derechos naturales del hombre y los declaró imprescriptibles; bajo el punto de vista del derecho absoluto las convenciones y posesiones contrarias sólo eran usurpaciones. En realidad las convenciones que los hombres de 1789 reprobaron como manchadas de feudalismo habían sido libremente consentidas; ¿qué digo? fueron el primer paso hacia la libertad. Fué necesario una revolución para completar la liberación. Transladamos á nuestros *Estudios acerca del feudalismo y sobre la revolución*. La celebre declaración de

1 D'Argentré, sobre el art. 266 de la Costumbre de Bretaña, citada por Du-rod, parte I, cap. XII, p. 80.

los derechos del hombre comienza con las siguientes disposiciones: "Los hombres nacen y permanecen libres é iguales en derechos. El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales é imprescriptibles del hombre." El preámbulo dice que estos derechos son *inenajenables*. Cuando se trata de la libertad puede decirse que es imprescriptible, porque es inalienable; no está dentro del comercio.

El régimen feudal no era un régimen de servidumbre como se creía en 1789; puso, al contrario, fin á la antigua esclavitud, reemplazando la dependencia que resultaba de una pretendida diferencia de naturaleza con la dependencia resultante de las convenciones. Pero esta transformación amenazaba perpetuar la dependencia feudal; aun había héroes en el momento en que estalló la Revolución y aun había una multitud de derechos feudales ligados á la posesión del suelo, para cuya liberación hubiera sido necesario un convenio entre el señor y los detentores del suelo ó los deudores de los censos. Los privilegiados no hubieran consentido nunca en abdicar voluntariamente sus privilegios; lo hicieron en la célebre noche de 4 de Agosto, bajo la presión de la Revolución; desde entonces cuenta la libertad del suelo y la de las personas. No puede haber convención contraria; el art. 686 permite á los propietarios establecer en sus propiedades ó en favor de sus propiedades las servidumbres que les parezcan; siempre, sin embargo, que estos servicios nada tengan de contrario al orden público; es decir, á la libertad de las heredades y á la libertad de las personas. Transladamos á lo dicho en el título *De las Servidumbres*. Lo que la ley dice de las convenciones se aplica á la prescripción; si hay un derecho fuera del comercio es, seguramente, la libertad; mejor dicho, la noción del comercio no recibe aplicación á la libertad; desde luego no puede tratarse de prescripción.

226. El feudalismo y sus abusos pertenecen á la Historia, que ya está completamente ignorada. ¿Quién no conoce las *poyas* que tanto hicieron sufrir á nuestros antepasados? Por *ban* (*bannum*) se entendía el derecho de prohibir, y lo que los señores prohibían á sus vasallos era el uso más natural de la propiedad: «Prohibición al propietario de cazar en sus tierras, pescar en sus aguas, moler en su molino, cocer en su horno, afilar sus utensilios en sus mollejonas, hacer su vino, su aceite, su cidra en sus prensas, vender sus semillas en el mercado público, tener palomas en sus palomares, conejos en sus conejeras y el mismo padre para su ganado.» Por consecuencia, derecho exclusivo en todos sus goces. Prohibir á los hombres el uso más natural de sus facultades, obligarlos á moler sus granos en el molino del señor, cocer su pan en su horno, hacer su vino en su prensa, tales eran los odiosos abusos del régimen feudal. (1)

Esos abusos ya no se cometen hoy entre nosotros, aunque no haya transcurrido un siglo desde su abolición; ya no se piensa en restablecerlos. En derecho es evidente que las *poyas* no podrían revivir por una posesión, por muy larga que fuera; la violación de la propiedad no se legitima por el tiempo. Cosa notable, aun en el derecho antiguo las *poyas* no podían adquirirse por la simple posesión; aunque fuesen feudales ó convencionales no podían resultar más que de títulos expresos y en buena forma. Se juzgó por la Corte de Casación que las *poyas* feudales abolidas por las leyes de 15-18 de Mayo de 1790 no se pueden restablecer por la prescripción, aunque no sea interrumpida, puesto que no se podría hacer por una especie de convención tácita lo que sería ilícito hacer por una convención expresa. (2)

Lo que era más extraño y á la vez más odioso en los abusos feudales era ver á los obispos y abates ejercer los de-

1 Championnière, De la propiedad de las aguas corrientes, núm. 332.
2 Denegada, Sala Civil, 16 de Junio de 1841 (Daloz, en la palabra Prescripción, núm. 147).

rechos de *poya*. En un proceso reciente un municipio reivindicó el uso de una cesión de pesca y de caza que le hicieron los obispos de Montpellier. Constaba que habían concedido esos derechos no como propietarios particulares de la laguna y de las tierras en las que recaía la cesión sino en su calidad de señores grandes justicieros del Condado de Montpellier; los derechos de caza y de pesca concedidos con cargo de pagar los derechos señoriales tenían, pues, un carácter esencialmente feudal; por consecuencia, la Corte de Aix los declaró abolidos. En vano los habitantes invocaron la prescripción; la Corte se negó á admitirlos á la prueba de los hechos de posesión articulados por ellos, porque los derechos en los que se fundaban eran feudales y no podían servir de base á una posesión útil. (1)

Núm. 2. De los derechos de pura facultad.

227. Las concesiones feudales eran abusos, como lo eran los derechos feudales; el hombre no tiene necesidad de una concesión para ejercer los derechos que tiene por naturaleza y por la propiedad. El ejercicio de esos derechos constituye la libertad civil, tan preciosa como la libertad política de que procede. Consiste en el derecho de hacer todo lo que es lícito. Así, pues, yo puedo usar de mi propiedad como yo quiera, variar á mi antojo el cultivo de mis campos. No pierdo los derechos innatos á la libertad civil por el motivo de que no los use por más de treinta años; del mismo modo yo no perdería el goce de mis derechos políticos por no haberlos ejercido durante treinta años. Sólo con que se trate de derechos que tienden á la libertad el hombre puede usarlos ó no; en eso consiste la libertad; usa, pues de ella no ejerciendo los derechos que le pertenecen;

1 Denegada, Sala Civil, 28 de Mayo de 1873 (Daloz, 1873, I, 365).
P. de D. TOMO XXXII—32

desde luego no se puede tratar de declararlo decaído de derechos de que ha usado como quiso, aun no ejerciéndolos. (1)

228 La aplicación de esos principios no sufre ninguna dificultad cuando se trata de derechos que proceden de la libertad de la persona y de la libertad de las tierras. Pero la dificultad es mayor cuando se deben distinguir los derechos que constituyen las facultades, y que á ese título son imprescriptibles, de los derechos que prescriben. El art. 2232 dice que «los actos de pura facultad no pueden fundar ni posesión ni prescripción.» ¿Qué se entiende por actos de *pura facultad*? Este es uno de los puntos más oscuros del título de la prescripción. Las facultades también son derechos, y es de la naturaleza de todo derecho que uno sea libre de hacer ó no uso de ellos. Sin embargo, las facultades no perecen, aunque no se las ejerza; mientras que los derechos se extinguen cuando se descuida ejercerlos. ¿Cómo se distinguirán los derechos prescriptibles de las facultades imprescriptibles? Uno de nuestros buenos autores declara que por mucho tiempo buscó una fórmula que comprendiera todos los casos y que no encontró ninguno que lo satisficiera completamente. (2) Creemos que se debe uno atender á lo que d'Argentré propuso y que Dunod reprodujo.

D'Argentré comienza por decir que lo que caracteriza las facultades es que no suponen un derecho perteneciente al que lo ejerce, son un dominio común del que todos participan, al menos los que están en el caso de reclamar su uso; si, pues, una persona reclama el goce no es en virtud de un título que le sea particular sino en virtud de un título común á todos. ¿De dónde se derivan esas facultades? Ese punto nos parece esencial para distinguir las facultades de

1 Leroux de Bretagne, t. I, p. 97, núm. 122.

2 Mourlón, Repeticiones, t. II, p. 757, núm. 1831.

los derechos. Es la Naturaleza, dice d'Argentré, la madre común, la que nos da las facultades, porque son necesarias á todos los hombres, es un bien común, ¿No son esos derechos análogos á aquellos de los que se habla en la declaración de los derechos del hombre (núm. 225), derechos inalienables é imprescriptibles porque el hombre no pueda enajenar las facultades con que la Naturaleza lo invistió y sin las que no podría ser libre? D'Argentré agrega que las facultades son anteriores á todo contrato, á todo comercio, tomando la palabra *comercio* en el sentido que le daban los romanos. En otras palabras: las facultades son inherentes á la naturaleza del hombre, no nacen de convenciones; d'Argentré habría podido agregar que no están establecidas por la ley; aunque ésta las consagre tienen su nacimiento en la naturaleza humana. Comparando á d'Argentré con la declaración de 1789 diremos que las facultades son el ejercicio de la libertad en su aplicación con las relaciones civiles; hé aquí por qué, lo mismo que la libertad, son inalienables é imprescriptibles. Hemos visto una aplicación de ese principio al tratar del amojonamiento (t. VII, número 429). (1)

Sucede de otro modo con los derechos. Esa palabra despierta la idea de una obligación, y la obligación supone una liga particular que se forma por la vía del convenio ó que el legislador establece fundándose en la intención de las partes contratantes; no se trata de todo el mundo ó de todos los que tuvieran interés en ejercer los derechos: el interés no da ningún derecho y no engendra ninguna obligación; se necesita una voluntad particular para crear obligaciones y derechos; no existen más que en favor de una persona determinada que ha estipulado el derecho y contra una persona determinada que ha contraído la

1 ¿El derecho de cortar las raíces es de *pura facultad é imprescriptible á ese título*? Véase el t. VIII de estos Principios, núm. 21.

obligación correlativa, sin la que el derecho no sería más que una palabra ilusoria. Las facultades pertenecen á todos porque todos las necesitan; hé aquí por qué la Naturaleza se las da á todos. Pero además de esas necesidades generales que engendran derechos comunes á todos cada uno puede tener y tiene necesidades particulares; para satisfacerlas se necesitan derechos especiales; debe estipularlos. Los derechos nacen de las convenciones; es el comercio en la aceptación latina el que les da nacimiento; varían hasta lo infinito, como las necesidades de la vida; cada cual los estipula como le sea más ventajoso. Los derechos son, pues, convencionales, mientras que las facultades son naturales; los derechos son de una propiedad particular de aquellos que los han estipulado en su provecho particular. Las facultades son sea en común del que todos participan, porque sin ellas la vida útil sería imposible. (1)

229. Troplong tiene otra teoría; debemos mencionarla, aunque sólo sirva para demostrar la dificultad de esa materia. Según él es de la esencia de nuestras facultades obrar únicamente por nosotros mismos y en cosas que estén en á nuestra disposición; de modo que la facultad consistiría en el derecho que tenemos en nuestra persona y en nuestros bienes; usando de una facultad no entendemos someter ni la persona ni los bienes ajenos á ninguna obligación. Sucede de otro modo con los derechos: lo que los caracteriza es precisamente la acción que nos dan contra una persona obligada y en los bienes que nuestro derecho afecta. En nuestro concepto esa teoría es falsa. El derecho es una faz de la vida, y la vida no se concentra en nuestra persona y en el dominio estrecho de las cosas que nos pertenecen, se extiende más; no hay ningún acto de nuestra existencia que nos sea exclusivamente personal; la sociedad es una

1 D'Argentré, 2.ª consulta, núm. 5, p. 2120. Dunod, parte I, cap. XII, números 86 y 89. Compárese Leroux de Breñaña, t. I, p. 102, núm. 127.

condición de vida y, por consiguiente, un elemento esencial de nuestra naturaleza. No se conciliaría la vida sin relaciones sociales; luego no hay punto de derecho solitario.

Creemos inútil insistir acerca de esas abstracciones; baste con citar las facultades para probar que se ejercen con relación á los terceros. Troplong reconocía que el derecho que el art. 645 concede á todo propietario para obligar á su vecino al amojonamiento de sus propiedades contiguas es una facultad, lo mismo que el derecho que en virtud del art. 815 pertenece á todo comunero de pedir la partición. El autor trata en vano de conciliar esas disposiciones con su doctrina; los textos mismos atestiguan contra él, puesto que esas facultades no se ejercen más que por una acción contra los terceros. Citaremos además el derecho que tiene todo propietario en una pared para hacerla medianera (artículo 661); es una facultad; sin embargo, no se ejerce contra los terceros. Las leyes sobre bosques dan al Estado, á los municipios y á los particulares el derecho de librar sus bosques de los derechos de uso mediante una indemnización: todavía una facultad que se ejerce contra los terceros y apesar de ellos; sucede lo mismo con las facultades creadas por las leyes promulgadas en Francia y Bélgica en favor de la irrigación y de la agricultura; los propietarios pueden obtener, sea el paso de las aguas en los fundos limítrofes, ya el derecho de apoyar en la heredad del ribereño opuesto las obras necesarias para una toma de agua; en fin, la facultad de acueducto en el caso en que los fundos estén ó sean pantanosos. (1) Todas esas facultades se ejercen contra los terceros y tienen por efecto gravar sus propiedades con un cargo. Son imprescriptibles, mientras que en la teoría de Troplong se debería declararlas prescriptibles á título de derechos contra los terceros.

1 Leroux de Bretagne, t. I, p. 99, núm. 124. Compárese el t. VII de estos Principios, números 375-417 (2).

Esos ejemplos prueban al mismo tiempo la exactitud de la doctrina que hemos tomado de d'Argentré. Todas las facultades que acabamos de enumerar son de interés general; aunque la ley las haya consagrado tienen su primer fundamento en la naturaleza del hombre y en su misión. El hombre está llamado á explotar las riquezas que el Creador depositó en la tierra; necesita para eso la más grande libertad de acción; es esa libertad el primer principio de las facultades que la ley ha organizado sin crearlas. Pertenecen á todos sin previa convención, y también se ejercen en interés de todos, puesto que es por el trabajo de cada uno por lo que la riqueza pública se acrecenta. ¿Se concibe que después de treinta años se diga al propietario que ya no tiene el derecho de amojonar su propiedad, que ya no tiene el derecho de mejorar su heredad? El tiempo, que es un elemento de vida y de progreso, conduciría, pues, á hacer inmueble todo; es decir, ¡á matar el principio de vida!

230. La jurisprudencia ha confirmado la doctrina de d'Argentré. Una ley de 20 de Agosto de 1790 da á los municipios el derecho de obligar á los propietarios de mercados á venderlos ó á arrendarlos. La Asamblea Constituyente, al dar ese derecho á los municipios, tuvo presente, primero, suprimir los derechos de mercado establecidos por los señores, y después quiso facilitar los abastecimientos colocando bajo la vigilancia de la autoridad local los lugares consagrados á ese destino. La ley de 1790 tiene, pues, por objeto un interés de libertad y uno de interés público. Con ese doble título el derecho que confiere á los municipios debe considerarse como una facultad imprescriptible. Sin embargo, la corte de Caen decidió que el derecho de los municipios prescribe á los treinta años. Dice que ese derecho no constituye una simple facultad, porque los propietarios podían, por su parte, obligar al municipio á comprar los mercados ó arrendarlos; ese derecho recíproco de

los municipios y de los propietarios debe asimilarse á un derecho convencional y, por consecuencia, es prescriptible.

En el recurso la sentencia fué casada. La Cámara Civil dijo que el derecho concedido á los municipios por la ley de 1790 es una simple facultad que no puede perderse por la falta de uso durante treinta años. En efecto, esa facultad fué creada con un fin de utilidad general y municipal, sin fijarse ninguna época precisa para su ejercicio. Habría sido absurdo fijar una. La utilidad general es, después de treinta años, lo que era en el momento en que se dió la ley; sería un contrasentido someter la prescripción á un derecho cuya razón de ser es permanente. (1)

231. Puede parecer extraño que los municipios, es decir, las personas civiles ó ficticias, gocen de derechos que nosotros consideramos como dados por la Naturaleza al hombre. En realidad no es el ser ficticio el que goza sino los habitantes del municipio los que la aprovechan; y esos derechos entran en la definición que tomamos de d'Argentré y que Dunod desarrolla en estos términos: "Lo que es de pura facultad no es prescriptible, y esa calidad viene de la cosa ó de la persona. Lo que viene de la cosa trae su origen de la naturaleza de su destino. De la naturaleza cuando la facultad se ejerce en lo que la Naturaleza dió á todos los hombres para usar de ello sin apropiárselo. De aquí el destino cuando las cosas susceptibles por sí mismas de ocupación, de posesión y de propiedad están afectadas al uso de todos ó de personas de cierta sociedad, como son los caminos, las calles, las fuentes públicas, los lugares comunes en que se habita. No se pierde la libertad de servirse de esa clase de cosas aunque no se haga uso de ellas, y no se

1 Casación, 25 de Marzo de 1844 (Dalloz, en la palabra *Mercados*, núm. 51). En el mismo sentido, Burdeos, 30 de Abril de 1830, criticada por Troplong y aprobada por Leroux de Bretagne (t. I, p. 100, núm. 125).