

## PARRAFO CCLXIV.

Qué respecto de las accesiones mixtas.

Finalmente, los mismos principios nos sirven para decidir respecto de la *siembra* y de la *plantacion*, que hemos enumerado entre las accesiones mixtas. (§. 250.) Porque, 89. las plantas y los árboles, ántes de que echen raíces, pueden separarse del suelo con facilidad; y por lo mismo, se deben entregar á su dueño. (§. 257. 67.) Por el contrario, 90. los que ya arraigaron, lo mismo, 91 que las semillas esparcidas en el campo, que ya no pueden separarse fácilmente de él; como no admiten precio de afeccion, se hacen del dueño del fundo, quien deberá pagar, no solo el precio de los árboles y de las semillas, sino tambien, los gastos que se hayan erogado en su cultivo; (§. 258. 70.) á no ser, 92. que en el segundo caso, el dueño del suelo prefiera que el que lo cultivó le pague una justa pensión por él, y se lleve la cosecha. (\*)

## PARRAFO CCLXV.

Qué respecto de los frutos de un árbol colocado en los confines.

Finalmente, por lo que respecta al *árbol* colocado en los confines de las heredades, el que lo planta con-

(\*) Várias causas racionales podría tener el dueño del campo para obrar en este sentido; tal sería v. gr. la de que la siembra ó el cultivo se hubiesen hecho mal, y esto hiciese esperar que la cosecha fuese escasa. Esta, en tal caso, sería inútil para el dueño del fundo, y se encontraría en el caso del axioma primero. (§. 256. 66.)

siente en que una parte de sus ramas caiga sobre la área del prédio vecino; y el vecino que pudiendo excluir á otro del uso de su área, no lo hace; se entiende que presta tambien su consentimiento. Y como la accesion que se verifica por consentimiento de ámbos dueños, hace comun la cosa que de ella resulta: (§. 256.) es consiguiente, 93. que tal árbol sea comun á ámbos, *pro indiviso*, mientras está en sus confines, y *pro diviso*, cuando se separa de ellos; y por lo mismo, 94. en el primer caso deben dividirse proporcionalmente entre ámbos, los frutos y las hojas; y en el segundo, 95. la madera. (\*)

## CAPITULO X.

*De las adquisiciones derivativas del dominio, que se verifican viviendo el primer dueño.*

## PARRAFO CCLXVI.

Transición á las adquisiciones derivativas.

Una vez adquirido el dominio, puede sobrevenir alguna circunstancia en virtud de la cual adquiriera otro en una cosa determinada, la propiedad ó el do-

(\*) Nuestros antepasados prefirieron la sencillez de estas doctrinas, á las sutilezas del derecho Romano, segun las cuales, los árboles se alimentan por las raíces, y por ellas mudan su sustancia. l. 26. §. 2. *D. de adquir. rer. dom.* En los *Elem. jur. Germ.* 2. 3. 69. hemos demostrado ya que las naciones de origen germano, tomaban en cuenta más bien las ramas que las raíces.

minio, que ántes no tenia. Ya hemos dicho que estas *adquisiciones* se conocen con el nombre de *derivativas*. (§. 240.) Como la cosa cuya propiedad adquirimos, debe haber sido ántes *comun*; y aquella que constituimos en nuestro dominio, haya sido *propia* de alguno: siempre que de una cosa comun recibimos la parte que nos pertenece, se verifica una *division*; cuando la adquirimos toda para nosotros, se efectúa una *cesion*; (\*) y finalmente, cuando la cosa propia de otro, pasa por la voluntad de este, á nuestro dominio, se verifica una *tradicion*.

## PARRAFO CCLXVII.

Por ellas se hace la enagenacion voluntaria ó necesaria, pura ó condicional.

En todos estos casos, lo que ántes fué nuestro, deja de serlo en todo ó en parte, y pasa á ser del dominio ó propiedad de otro. Esto es lo que llamamos *enagenacion*: si ella se verifica en virtud de un dere-

(\*) En otro sentido es más lato el significado de la palabra *cesion*, porque comprende toda traslacion de cualquier derecho ó accion, que se hace en favor de otro. Pero como estas traslaciones pueden comprenderse en la *tradicion*, nos ha parecido conveniente circunscribir en límites más estrechos el significado del vocablo *cesion*, de manera que podamos definirlo, diciendo que es: "la traslacion de un derecho ó de un dominio comun á muchos, hecha en favor de uno de los sócios; por consentimiento de todos los demas." Y así, v. gr. si los coherederos convienen en que uno solo de sus coherederos se quede con todo el acervo hereditario, se dice que se lo han *cedido*.

cho anterior del adquirente, se llama *necesaria*; y si tiene lugar en virtud de un derecho nuevo, que provenga del libre consentimiento de uno y otro, entónces se dice *voluntaria*. (\*) Ambas producen el efecto de que uno se coloque en lugar de otro, y le suceda en el derecho sobre aquella cosa, con las cargas que le son anexas. Así tambien: la enagenacion, respecto de la cual no hay circunstancia alguna que suspenda la traslacion del dominio, se llama *pura*, y si lo suspende, *condicional*.

## PARRAFO CCLXVIII.

Esta puede ser de presente ó de futuro.

Como la enagenacion voluntaria no puede hacerse, ni aun concebirse, sino por el consentimiento de ámbos. Y como cualquiera puede consentir en la enagenacion *presente*, en virtud de la cual trasfiera el dominio de su cosa para que otro la adquiriera aun en vida del que la enagena; ó en una enagenacion *futu-*

(\*) Así, v. gr. es necesaria la enagenacion de la cosa comun cuando se hace porque la provoca un sócio, en razon de que este tenia de antemano el derecho de provocarla. Es tambien necesaria la enagenacion que hace el acreedor, de una prenda que se le haya empeñado, porque el que la empeñó, concedió desde luego ese derecho al acreedor. Por el contrario: es voluntaria la enagenacion que hace de sus cosas, el que las vende únicamente porque quiere cambiar de domicilio, y no porque alguno tenga derecho respecto de ellas. Así debe explicarse la division que establece la jurisprudencia Romana, l. 1. D. de fund. dot. l. 2. §. 1. D. de reb. eor. qui. sub. tut. l. 13. l. 14. D. famil. ercisc. y otras muchas.

ra, por médio de la cual, alguno confiere à otro el dominio y posesion de sus cosas para despues de su muerte; y como, finalmente, ese consentimiento para la enagenacion futura, puede ser *verdadero*, ó se deduzca del *fin* y de la *intencion* del hombre: (\*) del primero suele derivarse la sucesion testamentaria; y del segundo, la intestada. Trataremos en este capítulo, de la enagenacion *presente*, y en el siguiente, de la *futura*.

(\*) Referimos, pues, á la enagenacion futura, aquella en cuya virtud se entrega á los herederos, despues de nuestra muerte, la posesion de todos nuestros bienes. Si esto se hace mientras vivimos, y porque *verdaderamente* lo queremos así; esta voluntad se llama testamento, y la sucesion misma se dice que es testamentaria. Si del fin y de la intencion del finado se infiere que ha querido que su herencia recaiga más bien en unos que en otros individuos, entónces se llama *sucesion ab intestato*. Contra una y otra sucesion parece que podria decirse que nadie puede querer algo para un tiempo en que ya no es posible que quiera, y que tales enagenaciones no se hacen, ni por un vivo, puesto que no trasfiere el dominio á sus herederos mientras vive, ni por un muerto, puesto que malamente podria transferir á otros lo que él mismo no tiene. De aquí es que muchos hombres instruidos dicen que la *testamentifaccion*, no es de derecho natural. Si esos argumentos tienen alguna fuerza cuando se trata de la voluntad *verdadera* de los que han muerto; esto es, de sus testamentos; mucho más fuertes serán cuando se opongan á la voluntad *presunta*, que sirve de fundamento á las sucesiones intestadas: de manera que serán insostenibles las *enagenaciones futuras* de que aquí tratamos. Pero así como ya en otra parte hemos convenido en que estos argumentos destruyen completamente la *testamentifaccion*, tal como la establece el derecho Romano; *Vid. exerc. nostr. de testam. jur. Germ. arct. lim. circunse. §. 3.* así tambien diremos, que tales argumentos no obstan á todas las disposiciones de sucesion futura. En el capítulo siguiente trataremos de ellas hasta donde deban extenderse segun el dictámen de la recta razon.

## PARRAFO CCLXIX.

Qué sea division, y por qué pueda provocarla cualquiera.

Hemos dicho ya, (§. 266.) que de la comunion se pasó á la propiedad por médio de la *division*, que es la asignacion de la parte que corresponde á cada uno de los sócios, de aquello que tenían en comunion positiva. Y como el sócio puede excluir del uso de la cosa comun á todos los demas; que no sean sus sócios: (§. 251.) es consiguiente, 1. que cada uno de los sócios pueda pedir para sí la parte que le pertenece; y por lo mismo, 2. provocar la division, sin que, 3. los demas sócios puedan oponerse á esa division porque al estado actual del género humano no conviene la comunion positiva. (\*) (§. 228.)

## PARRAFO CCLXX.

Qué deba hacerse cuando la cosa sea divisible, y qué cuando la cosa sea indivisible.

La cosa comun es *divisible* ó *indivisible*. Es divisible cuando puede dividirse fácilmente en partes;

(\*) Esta comunion solo puede existir entre hombres muy virtuosos, y por lo mismo, resfriada la virtud, es consiguiente que concluye tal comunion. (§. 238. \*) Y siendo esto así, ¿cómo podria durar entre nosotros la comunion? ¿qué sócio no envidiaría al otro? ¿quién cuidaría la cosa comun con tanta diligencia como la propia? ¿quién no impediría lo que otro quisiera hacer

y es indivisible cuando no puede fraccionarse por impedirlo la naturaleza, las leyes ó las costumbres. Provocando, pues, el sócio la division de su cosa, cuando esta es *divisible* por su naturaleza; 4. nada más justo que el dividir la cosa en tantas partes cuantos sean los sócios, y que la suerte decida cuál es el lote que deba aplicarse á cada uno. Pero cuando la cosa es *indivisible*, 5. entónces se aplica á aquel de los sócios que sea designado por la edad ó por la suerte, pagando á los demas la justa estimacion que les pertenece, ó, 6. se vende bajo las mejores condiciones posibles, y se reparte proporcionalmente el precio entre los sócios; ó, 7. se concede su uso alternativamente á cada uno de ellos. (\*)

---

en la cosa comun? ¿quién no trataria de quitar á los demas la parte que les correspondiera en las utilidades? Tal comunion produciria infinitas disensiones, segun lo demostró Aristóteles, refutando la comunion Platónica, *Polit. 2. 2.* Con razon, pues, los Romanos dijeron que la comunion era la madre de muchas discordias, y dieron facultad á cada uno de los sócios para provocar la division. *l. 77. §. 2. D. de legat. 2.*

(\*) Así: sabemos que los Hebreos encomendaron á la suerte la division de la Palestina, y que de cada provincia hicieron tantas partes, cuantas eran necesarias segun el número de las tribus. Por el contrario, sucede muchas veces entre los hermanos coherederos, que uno de ellos, designado por los mismos hermanos ó por la suerte, se quede con todo el prédio indivisible, comprándolo en un precio determinado, y pagando de él lo que corresponde á cada uno de sus coherederos. En el mismo caso sucede tambien con frecuencia, que si ninguno de los coherederos, tiene con que pagar su parte á los demas, se vende el prédio á un extraño en lo más que se pueda, y se reparte el precio entre ellos. Finalmente; pudieran ponerse vários ejemplos del uso alternativo de la cosa comun entre los condueños.

## PARRAFO CCLXXI.

Cuándo deba observarse la igualdad en la division de las cosas perfectamente comunes.

Como puede suceder que todos los sócios tengan un derecho igual en la cosa comun, ó que unos lo tengan mayor ó menor que otro: (§. 251.) fácilmente se deduce, 8. que la division puede ser *igual* ó *desigual*; y que en el primer caso, 9. todos tienen derecho á partes iguales; y que en el segundo, 10. estas deben ser desiguales. Pero como la misma igualdad natural de los hombres exige de cada uno, que no pretenda atribuirse sobre los demas, y sin justa causa, prerogativa alguna en aquellas cosas, que por derecho perfecto pertenecen á muchos; (§. 177. 5) cualquiera comprende, 11. que en caso de duda, la division debe hacerse por partes iguales; y que nadie (11. \*) debe pretender mejora alguna sobre los demas, si no puede probar clarisimamente el derecho que para ello tenga. (\*)

---

(\*) Tal derecho de preferencia puede competir á alguno por la ley, por el pacto y por la última voluntad del primer poseedor; pero no por mayor fuerza ó poder, sin embargo de que Hobbes, *de cive. 3. 15. seq.* diga que esa fuerza es una justa causa de prerogativa entre los sócios que dividen la cosa comun, llamándola muy impropriamente *suerte natural*. Segun esa doctrina, no habria razon alguna para calificar de inícuo la division que hizo el leon para repartir la presa que habian hecho en la caza. Fedro, *Fab. 1. 5.* “Yo, dijo, tomo la primera parte, porque me llamo leon. Me dareis la segunda, porque soy fuerte. Se me

## PARRAFO CCLXXII.

Si acaso se haya de observar en la division de las cosas imperfectamente comunes.

Las reglas que hemos expuesto se refieren á la comunion *perfecta*. A más de esa existe la *imperfecta*, que es aquella en la que ninguno de los sócios tiene un derecho perfecto en la cosa comun. (§. 251.) Y como en tal caso, la cosa es comun á muchos por la benevolencia de otro: es consiguiente, 12. que esté en el arbitrio de este, dividirlo por iguales partes; ó, 13. dar á unos más y á otros ménos, segun sus méritos respectivos; (\*) y por tanto, 14. que seria injustísima la queja de aquel que reclamara diciendo que se le equiparaba á un hombre de ménos mérito que él; *Matt.* 20. 12. ó, 15. el que se cree competente para juzgar de sus propios méritos; ó, 16. el que cree que deben servir de regla los beneficios que se hayan concedido á ciertas y determinadas personas.

“adjudicará la tercera, porque tengo más poder. Mal la pasará el que quiera tocar la cuarta. Así, solo la maldad se apoderó de toda la presa.” Cada uno podrá juzgar de la justicia y de la equidad de esa division. Creemos que ni el mismo Hobbes aprobaria esa *suerte natural*.

(\*) Esta es aquella *justicia distributiva*, compañera de las virtudes que producen utilidad á los otros hombres, y que sirve de guía á la liberalidad, á la misericordia y á la providencia. Grocio, *de jur. bel. et pac.* 1. 1. 8. 1. nota rectamente que en la aplicacion de esta justicia, no siempre se observa la proporcion comparada, que llaman geométrica; y que por tanto, esa doctrina

## PARRAFO CCLXXIII.

Qué sea cesion de la cosa comun.

Si toda la cosa comun se aplica á uno de los sócios por voluntad de los demas, esa aplicacion se llama *cesion*. Por lo que, sucediendo en tal caso uno en lugar de todos los demas: es consiguiente, 17. que los suceda tambien en los derechos que tenian en la cosa cedida; así como tambien, 18. en las cargas y gravámenes que le son anexos. (§. 272.) De ese mismo principio dedujeron rectamente los jurisconsultos Romanos, 19. que se pueden oponer al cesionario las mismas excepciones que se hubieran podido oponer al cedente. *l. 5. C. de hered. vel. act. vend.*

de Aristóteles, es de aquellas que tienen lugar muchas veces, pero no siempre. n. 2. Ni resuelve Puffendorf, *de jur. nat. et gent.* 1. 79. este argumento de Grocio, porque aquel habla de la distribucion de aquellas cosas que se deben á los que las han merecido por derecho perfecto, proveniente de pacto ó de promesa. En tal caso, es de todo punto cierto lo que dijo Arriano, *Epic.* 3. 17. “La ley de la naturaleza prescribe que el mejor, en aquello en que lo es, sea de mejor condicion, que aquel que es peor.” Pero tal ley de la naturaleza no puede tener aplicacion en aquellas cosas, que provienen únicamente de la benevolencia: por esto es que no podian quejarse de injuria aquellos soldados á quienes mandó Adriano que se lavasen mutuamente en el baño, por cuanto que el mismo Adriano habia mandado pocos días ántes, que sus esclavos lavasen á uno de los mismos soldados que restregaban sus miembros con una piedra; porque los beneficios no deben servir de regla.

## PARRAFO CCLXXIV.

Obligacion de los sócios de prestar la eviccion al sócio.

Finalmente, como cuando se *divide* una cosa comun, ó cuando se *cede* toda ella á uno de los sócios, se lleva el objeto de que aquellos que reciben la cosa por la division ó la cesion, adquieran su dominio, y por lo mismo, la facultad de excluir del uso de ella á los demas: (§. 251.) es claro, 20. que en uno y en otro caso, los sócios están obligados á hacer que en realidad obtenga la cosa aquel á quien la han trasferido; y por tanto, 21. que lo están tambien á la eviccion; y, 22. á resarcirle todos los daños que se le hayan causado en el caso de que otro lo prive de ella con derecho y sin culpa del posesor; con tal de que, 25. á ellos les queden salvas sus porciones; y, 25. la cosa se haya trasferido al otro por título oneroso. (\*)

(\*) Y así la doctrina de la *eviccion* que tiene lugar tambien en las tradiciones, se deriva de la misma equidad natural, pues aunque en el derecho civil se encuentran várias disposiciones, que le son relativas, ellas realmente no establecen cosas nuevas, sino más bien tienen por objeto ilustrar la materia, determinando su forma y efecto. Así sucede, v. gr. con las disposiciones que exigen que alguno haya trasferido á otro la cosa á su debido tiempo; que el poseedor denuncie á su autor el pleito con oportunidad; que la cosa haya sido evincida por causa antecedente al contrato, con derecho, y no por fuerza mayor, etc. Pues cualquiera comprende perfectamente que todas estas cosas fluyen por sí solas, de los mismos principios que dejamos expuestos.

## PARRAFO CCLXXV.

Qué sea tradicion, y si es necesaria para trasferir el dominio.

Pasamos ya á la *tradicion*, por médio de la cual, el dueño que tiene derecho y voluntad de enagenar, trasfiere el dominio á otro, que lo recibe por una justa causa. He dicho: *el dominio*. Porque aunque el derecho Romano previene que se trasfera la cosa misma y su posesion, estableciendo que miéntras esto no se verifique, tampoco se adquiera derecho alguno en la cosa: l. 20. C. de pact. es muy difícil poder sostener esta sutileza segun el derecho natural y de gentes, (\*) como ya lo han observado Grocio, de jur. bel. et pac. 2. 6. 1. 2.--2. 8. 25. y Puffendorf, de jur. nat. et gent. 9. 6. puesto que, segun expresion de los mismos jurisconsultos Romanos: "nada es tan conforme á la equidad natural, como el respetar y sancionar "la voluntad del dueño que quiere trasferir su cosa á otro." §. 40. Inst. de rer. divis. l. 9. D. de adquir. rer. dom. De donde inferimos, 25. que toda voluntad que tenga el dueño para trasferir á otro el dominio de su cosa; ya sea que esa voluntad se declare expresamente, ó ya que se manifieste por ciertos signos de donde pueda colegirse; debe reputarse como tradicion, y ser suficiente para trasferir válidamente el dominio á otro.

(\*) Parece que ni los mismos Romanos exigian en otro tiempo la tradicion material de una manera absoluta. Porque solo habia tradicion respecto de las cosas *non mancipi*. Ulp. Tit. 19.

## PARRAFO CCLXXVI.

Cómo se haga.

Como toda voluntad que tenga el dueño para transferir á otro el dominio de su cosa, deba reputarse como tradicion, y transfiera válidamente el dominio: (§. 275. 25.) deducimos con razon, 26. que es indiferente que esa tradicion la verifique el ausente por palabras ó por cartas, ó 27. el presente por pasar la cosa de mano á mano; ó, 28. por la introduccion en la cosa; ó 29. por *larga ó breve mano*; ó, 30. por cierto símbolo acostumbrado entre los vecinos de alguna provincia, [\*] de manera, 31. que el derecho puede transferirse á otro, ya por *tradicion*, ó ya por *cuasi tradicion*.

7. como eran los prédios provinciales. Las cosas *mancipi* se enagenaban plenamente *per aes et libram*; de manera que, celebrado el contrato, y adquirido por él el derecho de propiedad, inmediatamente se transferia el dominio. Var. de *ling. lat.* 4. Aun entre los Romanos dejó de regir el derecho de ser necesaria la tradicion ó la posesion material de la cosa, para transferir el dominio, desde que Justiniano abolió la distincion de las cosas *mancipi* y *non mancipi*, y la division del dominio en *quiritario* y *bonitario*. l. un. *Cod. de nud. jur. Quirit. toll. et l. un C. de usuc. transform.*

(\*) Esa tradicion simbólica, no era desconocida ni aun para los mismos Romanos, como se infiere de la l. 1. §. pen. *D. de adq. possess. l. 9. §. 6. D. de adq. rer. dom. l. 74. D. de contr. empt.* Las naciones de origen aleman, significaban la tradicion casi siempre con demostraciones arbitrarias; pero usaban principalmente de yerbas, de báculos, de cañas, de arbustos, de guantes, y de otras cosas análogas. A esto se refiere tambien la *Escotacion* danesa de que se habla en el cap. 2. X. de *consuet.*

## PARRAFO CCLXXVII.

Quién pueda transferir el dominio por médio de ella.

Como solo el dueño puede entregar aquello que tiene derecho de enagenar: (§. 275.) es consiguiente, 32. que no produzca efecto alguno la tradicion que haga aquel á quien la ley, el pacto ú otra causa cualquiera le prohíbe enagenar; y que mucho ménos, 33. será válida la tradicion que haga de una cosa el que no sea su dueño; supuesto que no puede transferir á otro, derecho alguno, el que ninguno tiene. (\*) Por el contrario, 34. para la validez de la tradicion, lo mismo es que la verifique el mismo dueño, ó que lo haga otro por su mandato, ó con su aprobacion.

(\*) Sin embargo, esta clase de tradicion, hecha al ignorante, lo constituye poseedor de buena fé, mientras el verdadero dueño no se presente á reclamar su cosa. Grocio, *de jur. bel. et pac.* 2. 10. y Puffendorf. *de jur. nat. et gent.* 4. 13. 6. seq. han pretendido establecer muchas reglas para determinar cuáles son los casos en que el poseedor de buena fé está obligado á la restitution de la cosa; y cuáles son los frutos que puede retener, y cuáles los que debe restituir. Nosotros trataremos estas cuestiones en su lugar correspondiente, (§. 312. seq.) y demostraremos que todas ellas pueden comprenderse en las dos reglas siguientes: 1ª El poseedor de buena fé, en tanto que no conste quién sea el verdadero dueño, se coloca en lugar de este, y por lo mismo, puede usar de los mismos derechos de que podria usar el dueño. 2ª Presentándose el legítimo dueño, el poseedor de buena fé está obligado á restituírle la cosa en el estado en que esté y con los frutos existentes. Si la cosa ya no existe, solo deberá restituírle aquello en que se haya hecho más rico.