

rir; la *causa remota* se llama *título*. También se diferencian en el efecto: 1º por el título solamente se consigue el derecho *ad rem*; por el modo de adquirir, el derecho *in re*. 2º Por el título me dirijo contra la persona que contrató conmigo; por el modo de adquirir reclamo la cosa contra cualquier poseedor. Tenemos un ejemplo en la *L. 72. ff. L. 15. C. De rei vindic. L. 3. ff. De obl. et act.*, donde se pone este caso: compro un libro á un librero, quien en seguida lo vende á Juan, y se lo entrega; ¿podré reclamar de Juan el libro, por haberlo comprado yo el primero? No, porque el que compra, aunque tiene título, todavía no adquiere la cosa, ni por tanto puede exigirla de cualquier poseedor, no teniendo ningun derecho *in re*; pero debe pedir al librero que cumpla el contrato, y si no puede, que resarza los daños y perjuicios. Á este propósito debe notarse un axioma: *el título jamas da derecho in re, si no acompaña la tradicion, L. 20. C. De pact.* Luego aunque yo compre, ó adquiera por legado, donación ó permuta una cosa, no soi su dueño, hasta que se verifique la tradicion, la cual solamente produce el dominio ó derecho *in re*, precediendo título hábil para trasferirlo, *L. 34. pr. ff. De adquir. rer. dom. §. 4. Inst. h. t.* Luego ni el título basta sin la tradicion, ni esta sin aquel; axioma que reina en todo el Derecho, y debe grabarse en la memoria. Sin embargo tiene algunas escepciones que añadimos en la nota 2ª; á saber, 4ª *el derecho de hipoteca*; pues esta no se entrega al acreedor como las demas prendas, sino que

se constituye el derecho *in re* con el pacto; teniendo en su consecuencia el acreedor la accion real contra cualquiera poseedor, aunque nunca reciba ó posea la cosa entregada, *L. 1. pr. ff. De pign. act.*

2ª *Las servidumbres negativas*. Las servidumbres son derechos, y los derechos son cosas incorporales. Estas propiamente no se entregan, sino que se cuasi entregan; cuya cuasi tradicion consiste en el ejercicio del uno y sufrimiento del otro. Por ejemplo, si uno me promete una servidumbre de camino, y en seguida voi, paseo y atravieso por su hacienda, y él lo tolera, cuasi me ha entregado la servidumbre, *L. últ. ff. De serv. præd. rust.* Mas esto solamente es cierto respecto de las servidumbres afirmativas, como de senda, carretera, luz, la de recibir aguas etc.; pues las negativas por su naturaleza no pueden entregarse, ni cuasi entregarse. Por ejemplo, si prometo á uno la servidumbre de que no he de edificar mas alto, ni puedo entregarle, ni tolerarle nada, no pudiendo el otro hacer nada; y así con solo el pacto se constituye este derecho *in re*, y por tanto con solo el título. 3ª *Las cosas adjudicadas en los tres juicios divisorios*; las cuales se hacen de uno en el momento de serle adjudicadas, aunque no se le entreguen. Aquellos juicios divisorios son, de partir los bienes de una familia, dividir una cosa comun, y fijar los limites de las propiedades. Luego si á un coheredero, á un comunero, ó á un vecino se les adjudica algo en alguno de estos juicios, al instante adquieren el dominio, *§. últ. Inst. De off. jud.* Vulgarmente los ju-

risconsultos, y entre ellos Ludovico, creen que sucede otro tanto en todas las adjudicaciones; pero es un error. (a) En el §. *últ. Inst. De off. jud.* espresamente se habla solo de aquellos tres juicios divisorios, y no de otros. (b) Si toda sentencia de juez produjese derecho *in re*, la accion de cosa juzgada seria accion real, y manifiestamente es personal, como todos confiesan. 4ª *Las adquisiciones por última voluntad*; pues la tradicion debe hacerse por su dueño, ó por otro con mandato de aquel, *L. 9. §. 4. De adquir. rer. dom.*, y el muerto no puede entregar nada. Así el heredero adquiere la herencia por adición sin que se verifique la entrega, y el legatario la cosa legada, al punto que muere el testador, sin la tradicion, *L. últ. ff. De serv. leg. L. 49. §. 1. ff. Quemadm. serv. amitt.*

§. CCCXL. II.º Se pregunta de cuántas especies son los modos de adquirir. Son distintos en cuanto al origen, pues unos lo traen del mismo Derecho natural y de gentes, y son comunes á todos los pueblos, y otros dimanar solamente del Derecho civil de los romanos, y son desconocidos, ó varían en las demas naciones. La tradicion, por ejemplo, es un modo de adquirir comun á todas las sociedades. ¿*Qué cosa mas conforme á la equidad natural, que permitir al hombre el trasladar á otros el dominio de sus cosas?* dice un jurisconsulto en la *L. 9. §. 3. ff. De adquir. rer. dom.* Al contrario, no todos los pueblos conocen la usucapion, ó al ménos la que conocen, no es idéntica á la de los romanos. Por ejemplo, segun la legislación romana

usucapimos las cosas raíces por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, y las muebles por tres. Viceversa, los germanos, y hoy día los sajones, los ingleses etc., prescriben las muebles por un año, y las raíces por treinta y un años, seis semanas y tres días. De suerte que la tradicion es de Derecho de gentes, y la prescripcion de Derecho civil. Y de aquí se manifiesta que los modos de adquirir son, unos *naturales*, que dimanar del Derecho natural y de gentes, y otros *civiles*, que provienen del Derecho civil. En este título se trata de los naturales, y en el sexto y siguiente de los civiles.

§. CCCXLI. III.º No convienen los jurisconsultos en cuántas sean las clases de los modos naturales de adquirir; pero los redujo á la razon Grocio de *J. B. et P. l. 2. c. 3. §. 1.*, y Puffendorffio, *lib. 4. c. 6. §. 1.* con este argumento: ó adquirimos una cosa que no está en el dominio de otro, como una fiera, un enjambre de abejas, un pez del mar; ó se trasladan á nosotros cosas que están en el dominio de otro: así, por ejemplo, se hace dueño el heredero de las cosas que tenia el difunto, y el comprador se hace señor de la cosa que tenia el vendedor, y que este le entregó. Los primeros modos de adquirir, por los cuales conseguimos el dominio de las cosas que no tenían dueño, los llama Grocio *originarios*; los últimos, por los que el dominio pasa de una persona á otra, *derivativos*. Los originarios son de dos géneros, pues ó adquirimos la misma sustancia de la cosa, ó su incremento ó frutos. Si lo

primero, los denomina Puffendorffio modos originarios *simpliciter*; si lo último, *secundum quid*. Por ejemplo, si uno encierra en su colmena un enjambre de abejas silvestres, este modo de adquirir es originario *simpliciter*, porque coge las mismas abejas, que son la sustancia ó lo principal. Si despues se hace dueño de la miel, este modo de adquirir es originario *secundum quid*, porque adquiere el aumento que proviene de las abejas, que son lo principal. Ahora ya hablaremos y contaremos fácilmente todos los modos naturales de adquirir. Uno es originario *simpliciter*, y se llama *ocupacion*; de la que se trata en el §. 342 hasta el 353.; otro originario *secundum quid*, y se denomina *accession*, §. 354 hasta el 378.; y otro derivativo, que es la *tradicion*, desde el §. 379 hasta el fin.

§. CCCXLII y CCCXLIII. El modo de adquirir originario *simpliciter*, ó *la ocupacion*, es *la aprehension de las cosas corporales que no tienen dueño, con ánimo de guardarlas para sí*: cuya definicion debe entenderse bien. Se dice que la ocupacion es *aprehension*, y se entiende segun que lo permita la cosa, como aprisionando una fiera, cogiendo una perla, introduciendo tropas en la ciudad: así suelen ocuparse estas cosas. Pero se añade, *con ánimo de guardarlas para sí*, pues sin tal requisito, nada adquirimos con la aprehension; así como sin esta no basta el ánimo. Por esto si un loco coge una cosa, se dice que no la ocupa, porque le falta la intencion de adquirirla. Al contrario, si asomándose uno á la ventana viesse una perla en el lo-

do, y gritase: la quiero para mí, no se haria dueño, si otro la cogia primero. Deben pues concurrir juntas la aprehension material, y la intencion de ocupar. Por último, añadimos en la definicion, *que no tienen dueño*, pues cuando la cosa tiene ya señor, no la hacemos nuestra con la ocupacion, sino que cometemos un hurto cogiéndola contra la voluntad de su dueño. Esto supuesto, se entenderán fácilmente los cuatro axiomas que hemos sentado acerca de la ocupacion en el §. 343. de los *Elementos*: 1º las cosas que no tienen dueño, son del primero que las ocupe. En nuestro Derecho se dice que no tienen dueño las cosas, ó por la *naturalaleza*, como los pescados del mar, las fieras, §. 42, 22. *Inst. h. t.*, ó por el *tiempo*, porque ya no existe memoria de su antiguo señor, como un tesoro, §. 39. *Inst. h. t.*, ó por el *hecho* del primer dueño, que arroja la cosa con ánimo de desprenderse del dominio de ella; y estas cosas se llaman en especie *dejadas por perdidas*, §. 46. *Inst. h. t.* Á todas abraza nuestro axioma, las cosas que no tienen dueño, son del primero que las ocupa, porque nada hai que pueda impedir á este su dominio. 2º *Para la ocupacion debe haber intencion y accion corporal*. Cuando no se ha cogido una cosa, no hai razon para decir que es de uno mas que de otro; y si no hai ánimo de apropiársela, la accion no es humana, y por tanto no puede producir ningun efecto civil. La aprehension de las cosas muebles se hace ordinariamente con la mano, y la de las raíces con los piés ó entrando en ellas; con lo cual fácilmente puede re-

solverse aquella famosa cuestion que trae Plutarco, *Quest. græc.* 30. Habiendo tenido noticia los isleños de Ándros y Cálcis de que los bárbaros habian abandonado la ciudad de Acanto, enviaron por separado personas que lo averiguasen, y siendo cierto, que ocupasen la ciudad. Luego que se acercaron y conocieron que estaba desierta, el diputado calcidense, apretando la carrera, logró ocuparla el primero á nombre de los de su nacion; pero ántes el emisario de Ándros, conociendo que por correr no sacaria ventaja, clavó un dardo en la puerta de la ciudad, pretendiendo con esto que la habia ocupado representando á su nacion. Se nombraron jueces árbitros de los eretrienses, samios y parios: los dos primeros sentenciaron á favor de los de Cálcis, y los últimos á favor de los de Andros. Qué se debia fallar en esta controversia? Que era mui justa la causa de los calcidenses. Porque ¿quién ocupa con un dardo una ciudad, como si fuese un pájaro? ¿Se dice que el enemigo ocupa una ciudad, porque introduzca en ella algunos miles de balas? Véase á Puffendorffio *Derecho natural y de gentes*, L. 3. cap. 6. §. 8. Ambos legados tenian intencion de ocupar la ciudad para su respectiva nacion; pero no lo hicieron los dos del modo que se acostumbra tomar posesion de las ciudades. 3º No pueden ocuparse las cosas que no pueden ser custodiadas (por el axioma 2º), porque nada aprovecha coger lo que no puede retenerse en posesion, L. 43. pr. §. 2. ff. *De adquir. rer. dom.* Por esto Bynkersh. en un folleto del *dominio del mar*, que acom-

paña al comentario á la lei Rodia, niega con razon que pueda ocuparse el mar Océano, por no poder conservarse la posesion, si es apresada la armada. Porque si se retira á sus puertos, con igual facilidad puede otra escuadra dominar en el mar así como la anterior.

§. CCCXLIV. En este párrafo se manifiestan las especies que hai de ocupacion, las cuales son tres, á saber, *la caza y pesca, la ocupacion que se hace en la guerra, y la invencion ó hallazgo.* 1º La caza es la ocupacion de los animales libres; y siendo estos ó cuadrúpedos, ó volátiles, ó acuátiles, resulta que hai tres especies de caza. 2º *La ocupacion que se hace en la guerra* es la aprehension de los enemigos y sus cosas; de lo que nace una gran duda. Se ocupan las cosas que no tienen dueño (§. 343.); es así que las cosas y personas enemigas que tomamos, tienen dueño, porque ó están en poder del enemigo, ó son personas libres, y nunca las dejaron aquellos por cosa perdida; luego de ningun modo pueden ocuparse. Respondemos (§. 348.), que los romanos juzgaban ser cosas sin dueño las de los enemigos, lo cual observó Westembergio, *pr. ff. De adquir. rer. dom.* §. 39., y se ve en la L. 4. §. 1. ff. *De adquir. vel amit. poss.*, donde manifiestamente compara el jurisconsulto las cosas de los enemigos con las que no tienen dueño. Y nosotros añadimos, que este principio es conforme al Derecho natural y de gentes. Á cuyo propósito dice elegantemente Puffendorffio, *lib. 4. del Derecho nat. y de gent. cap. 6. §. 44.*: « Ha de saberse que por el estado de guerra, de tal modo

« se rompe el efecto del dominio, así como los derechos civiles, que ninguno está obligado á respetar las cosas de los enemigos, sino en cuanto lo dicte la humanidad. Pues en la guerra las cosas de los enemigos se consideran como fuera del dominio, no porque por el derecho de ella dejen aquellos de ser señores de sus cosas, sino porque su dominio no impide que el enemigo pueda apropiárselas y guardarlas, así como basta la ocupacion para adquirir las cosas que no tienen dueño. » 3º La *invencion* ó *hallazgo* es la ocupacion de las cosas muebles que no tienen dueño, ó por no haber estado nunca en el dominio de nadie, ó por haberse dejado por perdidas. Así, por ejemplo, hacemos nuestras por la invencion las perlas que arroja el mar, el dinero cuyo dueño no parece, hallado en un paraje público, etc. Vamos á tratar de cada una de ellas.

§. CCCXLV, CCCXLVI y CCCXLVII. La primera especie de ocupacion es la *caza*, la que hemos definido en el párrafo anterior. Siendo pues la ocupacion de los animales libres, hai que indagar tres cosas; 1ª qué son animales libres, §. 345; 2ª cómo se hacen nuestros por la *caza*, §. 346., y 3ª una vez cogidos, hasta cuándo permanecen en nuestro dominio, §. 347.

1º Los animales se dividen en *mansos*, *libres* y *domesticados*; aunque muchos antiguos comprendieron los últimos entre los libres. 1º *Libres* son los que andan vagando libremente, y no se cogen sino á fuerza, como las liebres, ciervos, jabalíes. En nuestras *Insti-*

tuciones, §. 3. de este título, se dice que son las que no tienen ánimo de volver. Un pajarillo, por ejemplo, que que se suelta de la mano, y no vuelve, es animal libre. 2º *Mansos* son los animales domésticos que tienen ánimo de volver, por ejemplo, los cerdos, bueyes, gansos, gallinas, ánades. 3º *Domesticados* son los libres por naturaleza, pero amansados en nuestras casas, como los ciervos domesticados, las palomas, los pavos, las abejas. De aquí se manifiesta que solamente los animales libres pueden cogerse en la caza, no los mansos ni domesticados: el que caza los últimos, es ladrón, no cazador.

IIº ¿Cómo pues se hacen nuestros los animales con la caza? Lo esplicaremos en cinco conclusiones que dimanar del axioma 1º §. 343, *las cosas que no tienen dueño, son del primero que las ocupa*. De donde fácilmente se deduce, 1º que los animales se hacen nuestros en el momento que se cogen. Pero esto debe entenderse bien. Se supone aquí que los animales libres no tienen dueño, lo cual no es dudoso por Derecho natural y de gentes; mas habiendo manifestado arriba (§. 328.), que en las provincias ocupadas por una comunidad, no hai cosa fuera de dominio, sino que todas pertenecen al pueblo ó nacion que las ocupa; fácilmente se deja ver, que al tiempo de ocuparlas, pudo el pueblo destinar para el príncipe estas cosas como propias y peculiares suyas, escluyendo de su uso á los particulares; lo que efectivamente se ha hecho en muchas partes; y así hoi dia los animales libres son del prime-

ro que los ocupa, pero solamente en el caso de que tenga el derecho de cazar, pues el que caza sin derecho, es castigado con razón. 2º Se pueden coger los animales libres, aún en las posesiones ajenas. *L. 3. §. 4. De adquir. rer. dom.* Porque aunque no puedo buscar en ellas las cosas que no tienen dueño, §. 351.; sin embargo, si las hallo por casualidad, las hago mías, y por lo mismo también un animal libre que ande en terreno ajeno. No obstante deben añadirse dos limitaciones: (a) con tal que no viole el fundo ajeno, pues si persiguiendo un animal por tierras sembradas, echo á perder los frutos, es justo que resarza el daño; y (b) con tal que el dueño no me prohíba la entrada, pues así como tengo derecho de ocupar las cosas que no tienen dueño, aún en terreno de otro, así el señor de éste tiene el de escluir á los demás del uso de sus cosas, y por tanto de prohibir que ninguno éntre á cazar en sus propiedades. (c) No pueden cogerse cazando los animales libres que un particular tiene encerrados, como los que se guardan en los vivares, los pezes en los estanques y las abejas en las colmenas; lo cual aparece claramente de la *L. 3. §. 44. ff. De adquir. vel amitt. possess.* La razón es, porque la ocupación es de las cosas que no tienen dueño (§. 344.). 4º Las cosas que han sido ocupadas, ya son de alguno, pues el que encierra los pezes en un estanque, los ha aprehendido con ánimo de tenerlos para sí; y el que aprehende una cosa con ánimo de adquirirla, se hace señor de ella (§. 343.). Luego estas cosas tienen dueño, y por tanto el que pes-

ca en los estanques, comete un robo. (d) No pueden cazarse los animales mansos y domesticados; de lo que se ha dado la razón poco há. (e) No basta herir la caza, sino que es preciso cogerla, ya con la mano, por ejemplo, si nosotros mismos matamos á un ciervo; ó ya con instrumentos, si cae en la trampa, ó los pezes en la red. Aunque no es bastante herir al animal, *L. 5. §. 4. L. 55. ff. de A. R. D.* el que le ha herido tiene el derecho de perseguirle, aún por posesión ajena, y de cogerle, si cae en ella, con tal que no lo haga á son de corneta, ni introduciendo los perros, como casi en todas partes lo tiene establecido la costumbre.

IIIº. La regla siguiente nos enseña por cuánto tiempo se hace nuestro el animal que hemos cazado. Mientras que no recobra su libertad natural, es nuestro, y solo deja de serlo, si se escapa de nuestra custodia, §. 42. *Inst. h. t.* Por consiguiente, si otro se apropia un ciervo que se nos ha escapado, no podemos considerarlo como hurto, porque no tomó una cosa que nos pertenecía, sino la que no estaba bajo del dominio de nadie. Esta regla se aparta claramente de otros principios de Derecho, pues arriba hemos dicho que el derecho *in re*, no es momentáneo, sino perpetuo, de suerte que no deja de ser nuestra una cosa, cuyo dominio hemos adquirido, aunque perdamos la posesión (§. 333). Así, por ejemplo, un esclavo que huye, no recobra su libertad natural, sino que permanece en nuestro dominio, y podemos vindicarle donde quiera que le encontremos. Del mismo modo la cosa que nos roban, per-

manece en nuestro dominio, porque el derecho *in re* siempre es perpetuo. Pero en los animales libres falla esta regla, como ya observó Grocio *De jur. bel. et pac. lib. II, c. 8. §. 3.* Desde el momento que huyen y eludiendo nuestra guarda, recobran su antigua libertad, dejan de ser nuestros, y por consiguiente pueden ser ocupados por cualquiera sin cometer robo.

§. CCCXLVIII y CCCXLIX. La otra especie de ocupacion es la que se hace en la guerra; cuyo principio y origen hemos visto en el §. 344. Considerándose por Derecho de gentes que las cosas y personas enemigas están fuera del dominio, nacen de aquí siete conclusiones.

1^a Las cosas que cogemos de los enemigos, se hacen nuestras, *L. 5. §. ult. ff. de A. R. D. §. 47. Inst. h. t.* Decimos *de los enemigos*: de lo cual se sigue inmediatamente, que no se observa este derecho en las guerras civiles, donde los que caen prisioneros, no se hacen siervos, *L. 2. §. 1. ff. De capt. et postlim.*, sino que se proscriben; de cuya proscripcion (en cuanto á su forma y origen) refieren algunas cosas varones doctos en las notas á *Vell. Paterc. lib. 2. c. 28.* Y mucho ménos en las cosas que quitan los asesinos y ladrones, los cuales no gozando ningun derecho de guerra, no las hacen suyas. 2^a y 3^a. El enemigo tiene derecho á recuperar las cosas que le hemos quitado, pues siendo nosotros tambien enemigos respecto de él, le asiste el mismo derecho para con nosotros que tenemos para con él. De lo que se sigue, que no se hacen nuestras las

cosas muebles y personas que cogemos, hasta que las llevamos á nuestras plazas y puertos; y por consiguiente, si el enemigo las recupera ántes, no comete un robo, sino que usa de su derecho, *L. 5. §. 1. ff. De capt. et postlim.* 4^a Las presas no son de cada uno de los soldados que las cogen, sino de aquel bajo cuyos auspicios, y con cuyos gastos se hace la guerra, *L. pen. ff. ad leg. jul. pecut.*; por lo cual se llama reo de peculado el que retiene parte de la presa y no la lleva al erario. Por tanto es vulgar y ridículo el error de los que juzgan que entre los romanos lo que cada soldado cogia, era para él. Antes bien es conforme á la misma equidad, á nuestro Derecho y á los monumentos históricos, que cuanto adquieran los soldados, puesto que son pagados por ir á la guerra, no sea para ellos, sino para aquel que soporta los gastos, y bajo cuyas órdenes militan. 5^a Mucho ménos pueden exigir los soldados los bienes raíces que cogen en la guerra, como prados, tierras, predios, aunque los invadan y ocupen los primeros, pues toda heredad cogida de los enemigos, se hace pública por nuestro Derecho, *L. 20. §. 1. ff. De capt. et postlim.* Entre los romanos no tomaban nada los soldados, hasta que el pueblo decretaba por una lei agraria que se enviasen colonias militares, y se repartiese una parte á los soldados veteranos beneméritos. Espuso claramente este asunto, con arreglo á las antigüedades romanas, Pedro Burmano, *De vectigal. pop. rom.* 6^a En un solo caso retenian la presa los soldados, y era cuando se lo habia permitido espresamente el empera-