

son desmembramientos de la propiedad, es decir, actos de propiedad, maneras de utilizar la propiedad, de aprovecharla. ¿Nuestra cuestión se reduce, pues, á saber si el propietario es libre para hacer de la cosa que le pertenece el uso que quiera? La afirmativa es un axioma, y ésta está escrita en nuestras leyes. Según los términos del art. 544, «la propiedad es el derecho de gozar y de disponer de las cosas *de la manera la más absoluta.*» Así, pues, el dueño puede desprender de su propiedad los derechos que quiera crear, en consecuencia, derechos reales á su antojo. El artículo 686 está concebido en el mismo sentido.» Se permite, dice el artículo, que los propietarios establezcan en sus propiedades las servidumbres que gusten. Hé aquí una aplicación de nuestro principio. Si los propietarios tienen un poder ilimitado para establecer servidumbres ¿por qué no habían de poder establecer otros derechos reales?

Verdad es que los arts. 544 y 686 contienen restricciones al poder absoluto que en favor del dueño estamos reivindicando. El art. 544, después de haber dicho que el propietario tiene un derecho absoluto sobre la cosa, agrega que no puede hacer de ella un uso prohibido por las leyes. Luego debe verse si existen leyes que prohiban establecer otros derechos reales que los que el código prevee. El art. 543 enumera los derechos reales: ¿esta disposición es limitativa? En los términos ciertamente que no hay limitación: «Puede tenerse en los bienes ó en un derecho de propiedad, ó un simple derecho de goce, ó únicamente servicios que pretender.» Esta disposición podría suprimirse del código Napoleón, pues sólo sirve de transición entre el título I del libro II y los títulos que siguen. No tiene por objeto limitar el número de los derechos reales, porque no pronuncia esta frase; es tan poco limitativa, que ni siquiera comprende todos los derechos reales de que trata el código; las hipote-

cas no están allí comprendidas, y no obstante, el art. 2114 dice que la hipoteca es un derecho real. ¿Si no hay restricción en los términos del art. 543, la había en el espíritu de la ley? Podría creerse, según la Exposición de motivos: Treilhard dice que: *sólo tres especies de derechos pueden tenerse sobre los bienes: ó un derecho de propiedad, ó un simple goce ó únicamente servicio de bienes raíces.* «Pero lo que sigue del discurso nos revela el pensamiento del orador del gobierno.» Así es que dice él, nuestro código deja abolido hasta el menor litigio de ese derecho de propiedad conocido en otro tiempo bajo los nombres de *Señoría feudal y sensual* (1).» Entendido en este sentido, el art. 543 no hace más que confirmar la abolición de los derechos feudales pronunciados por la Asamblea constituyente. Vamos, que aun esto era inútil; en todo caso, esto nada tiene de común con el establecimiento de derechos reales extraños al feudalismo.

El art. 686 contiene una restricción que tiene el mismo sentido. Se permite, dice el artículo, que los propietarios establezcan las servidumbres que se les ocurra, «con tal que estos servicios nada tengan de contrario con el orden público.» ¿Cuál es este orden público que la ley quiere resguardar? Nosotros hemos dicho que por orden público se entiende el estado de las personas, la capacidad ó la incapacidad que de este resulta. Las servidumbres no atañen al orden público sino en un puesto: con el nombre de servidumbre, las partes contrayentes podrían restablecer la señoría del propietario dominante y por consiguiente la sujeción del propietario sirviente; semejante convención sería contraria al orden público, supuesto que tendería á privar á las personas

1 Treilhan, Exposición de motivos; del título 1º del 2º libro, número 22 (Loché, tomo 4º, p. 32). El relator del Tribnado da también un sentido restrictivo al artículo 543 (Informe de Goupil-Préfeln, núm. 12, en Loché, tomo 4º, p. 36.)

de su libertad colocándolas en un estado de dependencia respecto á otras personas. ¿Y era necesario añadir semejante restricción en el art. 686? Nó, porque no hace más que reproducir el principio general del art. 6, por cuyos términos no se pueden derogar por convenciones particulares las leyes que interesan al orden público. Es cierto que los arts. 6 y 686 no prohíben más que los derechos reales que restablecerían la soberanía feudal.

Demolombe se prevale del principio asentado por el artículo 6 y aplicado por el 686, para sostener que los derechos reales son de orden público, y que, por lo tanto, sería derogar el orden público establecer los que no están consagrados por el código. Funda esta doctrina en una definición muy singular de las *leyes que interesan al orden público*. «Evidentemente, dice él, que se necesitan colocar en el número de estas leyes aquellas que interesan á los terceros, al público, la seguridad de las convenciones, la manera de transmisión de los bienes. Ahora bien, la ley que determina y organiza los derechos reales de que son susceptibles los bienes, interesa sin duda en el más alto grado á los terceros, al público, el modo de transmisión de los bienes, la seguridad de las convenciones. Luego aquella es una ley de orden público: luego los particulares no pueden cambiarla; luego una ley semejante, en la enumeración de los derechos reales que ella reconoce, debe necesariamente considerarse como limitativa:» Una sola cosa falta á este razonamiento, y es la prueba de la proposición en que se apoya. ¿En dónde está dicho, sea en nuestras leyes, sea en la tradición, que las palabras *orden público* significan lo que Demolombe les hace decir? Esto es tan evidentemente una definición imaginada por las necesidades de la causa, que es inútil combatirla, y ¿se combate una quimera? Todo lo que puede decirse, es que las palabras *orden público*, tie-

nen un sentido todavía más amplio en la doctrina y en la legislación; jamás se ha permitido á los particulares que deroguen las leyes concernientes al interés general. El debate se reduce, pues, á los siguientes términos: ¿Es de interés general que el propietario esté limitado en el uso que quiere hacer de la cosa, estableciendo en ella un derecho real sea el que fuere? Hay que decir que sí, si tales derechos conciernen á la libertad de los fundos y de las personas, proclamada por la Asamblea constituyente. Debe responderse que nó, desde el momento en que las convenciones de las partes no tienen por objeto más que su utilidad privada. ¿Existe una razón de interés general para limitar esas convenciones? Cosa singular, el mismo Demolombe dice lo contrario. Confiesa que hay una ventaja social en que los mismos bienes pueden servir al mismo tiempo á un número mayor de personas; esto es, dice él, favorecer los intereses de la humanidad, de la agricultura, de la industria y del comercio. ¿Y las convenciones que favorecen todos los intereses generales imaginables serían contrarias al orden público, en tanto que es, sinónimo de interés público (1).

85. La jurisprudencia ofrece pocos monumentos acerca de la materia. Esto explica el silencio del código. Una experiencia secular había hecho conocer los derechos reales más ordinarios, y desde la publicación del código, apenas se han producido algunos casos no previstos por la ley, en los cuales la propiedad se desmembra, ó por mejor dicho, se distribuye (2). Merlin hace las observaciones de que no es extraordinario ver simultáneamente una comuna propietaria de un bosque y un particular propietario de los árboles que crecen en ese bosque. Esto puede acontecer cuando se cede

1 Demolombe, tomo 9º, p. 446, núms. 513 y siguientes.

2 Compárese, Aubry y Rau, t. 2º, pfo. 222, bis, p. 409.

un bosque con reserva de tales ó cuales árboles que en él crecen; ó la prescripción puede convertir en propiedad el derecho de uso á que estaba limitada la comuna en un principio (1). Merlin llama á la propiedad dividida de tal manera una propiedad parcial. Si está dividida la propiedad, ya no es entera, luego está desmembrada, y por consiguiente, puede considerarse el derecho á ciertas especies de árboles como un derecho real.

Se ha presentado el caso, y ha sido resuelto por la corte de casación que ese derecho no es solamente un derecho en los árboles, sino también un derecho en el suelo, en el sentido de que el propietario del bosque está obligado á dejar subsistir aquella especie de árboles á perpetuidad. Su derecho, pues, ya no es íntegro, porque una parte del inmueble pertenece al que tiene derecho á los árboles; este derecho es inmobiliario, y por consiguiente, un derecho real, un verdadero desmembramiento de la propiedad (2).

85 a. La comuna de la Bresse, que dependía en otro tiempo de la Lorena, está circuida de montañas cuya pendiente está cubierta de bosques y de malezas y la cima de céspedes de los que se llaman bálagos. Desde hace mucho tiempo el dominio y la comuna se disputan la propiedad de los bosques, tierras y céspedes. Se ha fallado que la propiedad de los bosques pertenece á la comuna. Propietaria de los bosques la comuna lo es por lo mismo del suelo. Respecto á los bálagos, fué declarado propietario el Estado y su derecho es también un derecho en el inmueble. Hé aquí un nuevo caso de propiedad parcial. Esta no es una servidumbre, dice la corte, son propiedades simultáneas, però dis-

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *comunales* (*Bienes*), párrafo 7º.

2 Sentencia de casación, de 20 de Febrero de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 55).

tintas, que coexisten en el mismo suelo (1). Desde el momento en que el suelo pertenece á varios, siu que haya indivisión y también sin que el terreno esté dividido, debe decirse que el suelo está desmembrado. En el caso de que se trata, la propiedad principal pertenecía á la comuna, ella era la que poseía las montañas; el Estado tenía una parte de esa propiedad, el derecho á los bálagos, á título de derecho en el inmueble, luego de derecho real inmobiliario.

85 b. Dos propietarios poseían cada uno, en Ivry la-Bataille un molino cuyas ruedas eran movidas por un canal derivado del Eura y dividido en dos ramales. Una calzada separaba los dos molinos; en el terreno de esta calzada, á lo largo de la ribera de uno de los ribereños, estaban plantados unos sauces y unos alisos; el otro ribereño plantó unos chopos en la pradera que corría á lo largo de la calzada. Las yerbas crecían por toda la extensión de la calzada. La corte de Rouen juzgó que cada uno de los ribereños tenía un derecho de co-propiedad en la calzada, con la obligación de usar de ella como en el tiempo pasado, es decir, que uno de ellos no podría pretender más que á los sauces y á los alisos, con la obligación de conservar el ribazo en buen estado, y que el otro continuaría explotando la yerba hasta la orilla del agua, y tendría el derecho de plantar y de transplantar en la pradera, hacia adelante de dichos sauces y alisos. A recurso de casación, la corte decidió que los arts. 544, 546 y 552 del código civil eran declarativos del derecho común relativamente á la naturaleza y á los efectos de la propiedad; que estas disposiciones nada tenían de restrictivo ni de prohibitivo, que no excluían, pues, las

1 Sentencia de Nancy, de 16 de Agosto de 1832, confirmada por una sentencia de denegada apelación, de 26 de Diciembre de 1833 (Dalloz, *Propiedad*, número 69).

diversas modificaciones y descomposiciones de que es susceptible el derecho de propiedad. (1).

En el presente caso, esta descomposición era muy singular: el terreno era una co-propiedad de los dos ribereños, pero los productos estaban divididos; el derecho á dichos frutos, siendo un derecho al suelo, era, por lo mismo, inmobiliario; luego los propietarios tenían una co-propiedad, pero desmembrada por el derecho en los productos que pertenecían exclusivamente al otro.

En este negocio, el abogado general de la corte de casación hizo observar que existían numerosos ejemplos de esta descomposición de la propiedad; que, en muchas localidades, existía ésta respecto á los prados, de los cuales una yerba pertenecía á uno de los propietarios, y la segunda ó tercera yerba al otro; que en la Bresse, los estanques pertenecen, por espacio de dos años, en cuanto al agua y á la pesca, á un propietario, y al tercer año, en que se les deseca, á otro propietario, el cual es dueño del suelo y recoge los frutos. Estos derechos diversos, en materia de estanques, llevan nombres diferentes: se llama derecho de *evolage* (pesca) el goce que uno de los propietarios tiene en su fondo en tanto que es en naturaleza un *estanque*; y se llama derecho de *assec* el goce de este mismo fondo que pertenece al otro, cuando queda seco. La corte de casación ha mantenido esta división de goces, que realmente implica un desmembramiento de la propiedad (2).

86. ¿El vendedor puede reservarse á perpetuidad el derecho de caza, para sí y para todos los que le suceden en sus derechos? Esta cuestión es más dudosa que las que acabamos de examinar. La corte de Amiens la ha resuelto afir-

1 Sentencia de denegada apelación, de 13 de Febrero de 1834 (Daloz, *Propiedad*, núm. 68, 1°).

2 Sentencia de 31 de Enero de 1838 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1526).

mativamente (1). Ella se funda en el principio incontable, á nuestro juicio, de que la transmisión de la propiedad es susceptible de todas las estipulaciones que nada tengan de contrario á las leyes, á las buenas costumbres y al orden público. La corte infiere de aquí que el propietario, al vender su heredad, puede reservarse tal ó cual parte de sus derechos en la tierra que enagena, notablemente el derecho de caza, que no es más que un accesorio ó un desmembramiento de la propiedad. Se objeta que esto equivaldría á restablecer el derecho de caza, derecho feudal, que fué suprimido por las leyes de la Revolución, y que el código prohíbe que se restablezca (2).

Nosotros, con la corte de Amiens, creemos que el derecho de caza, en sí mismo, no tiene ningún carácter de feudalismo; pertenece al propietario; luego puede desprenderlo de su propiedad; puede, alquilarlo, venderlo; si este derecho puede cederse temporalmente ¿por qué no habría de poderse reservar perpetuamente? Por lo menos, el feudalismo no entra en la cuestión; lo que caracterizaba el derecho feudal de caza, era que pertenecía á los señores á título de señorío en las tierras de sus vasallos, los cuales no tenían el derecho de cazar; mientras que en el caso de que se trata, el comprador que consiente en la reserva perpetua del derecho de caza, ejercita su derecho cediéndolo y percibiendo el precio de la cesión; y la reserva se lleva á efecto no á título de señorío, sino como condición de la transmisión de la propiedad; ella no implica ninguna dependencia del comprador que consiente, porque trata de igual á igual y recibe el precio de su renuncia.

Hay otro motivo para dudar, el cual nos parece más serio. La reserva del derecho de caza á perpetuidad ¿no es

1 Sentencia de 2 de Diciembre de 1835 (Daloz, *Caza*, núm. 44).

2 Esta es la opinión de Demolombe, tomo 9°, p. 462, núm. 526.

acaso una servidumbre? Si es una servidumbre ¿no era preciso resolver, en el caso de que se trata, que la reserva del vendedor era nula, puesto que se había hecho para él, sus herederos y demás representantes de sus derechos; siendo así que el artículo 688 prohíbe imponer un servicio en un fundo á favor de una persona? Nosotros creemos que, en efecto, tal reserva constituía una servidumbre. Cazar es uno de los modos de usar ó de gozar de su propiedad; ahora bien, el goce desprendido del fundo es una servidumbre. La dificultad consiste en saber si dicha servidumbre puede estipularse á favor de una persona. Este es nuestro parecer. En efecto, el código admitió tres servidumbres personales, el usufructo, el uso y la habitación; el uso es un usufructo restringido; si se puede conceder una parte de los frutos de un fundo, á título de servidumbre, ¿por qué no había de poderse ceder el derecho de caza, el cual es también un modo de disfrutar? ¿El derecho de caza puede también estipularse á título de servidumbre real? Volveremos á tratar la cuestión en el título de las *Servidumbres*.



CAPITULO II.

DE LA PROPIEDAD (1).

SECCION I.—Principios generales.

§ I.—¿LA PROPIEDAD ES DE DERECHO NATURAL?

87. Portalis al exponer los motivos del título de la *Propiedad*, comienza por establecer que es de derecho natural; él la defiende contra los ataques de que había sido objeto en el siglo XVIII y durante la revolución. Los debates sobre la legitimidad de la propiedad son tan viejos como la misma propiedad. El primer filósofo que ha trazado un ideal de constitución política reprueba la propiedad individual; Platón ve el tipo de la perfección en la unidad absoluta, lo que lógicamente lo conduce á exaltar la comunidad. El quiere que «las cosas mismas que la naturaleza ha dado personalmente á cada hombre se vuelvan en cierto modo comunes á todos, como los ojos, las orejas, las manos, y que todos los ciudadanos se imaginen que ven, que

1 Proudhon, *Tratado del dominio de propiedad*, 3 vols.