

haya renovado tan á mënudo. La jurisprudencia jamás ha variado. En vanó se invoca el derecho del propietario; tiene derecho en el sentido de que el hecho de establecer parajes de prostitución no está castigado por la ley; pero nadie se atreverá á dar el nombre de derecho á la tolerancia de una cosa inmoral. Aun cuando hubiese derecho bajo el punto de vista legal, ¿qué importa? ¿Acaso el industrial que alza una fábrica no ejerce un derecho, un derecho útil, moral? y no obstante, se le obliga á reparación si al usar de su derecho lastima el ageno. Con mayor razón debe ser lo mismo con los que especulan con la prostitución. La lesión del derecho es lo que da lugar á una reparación. La única cuestión está, pues, en saber si las casas de tolerancia vulneran los derechos de los vecinos. Acabamos de decir en qué consiste la lesión cuando se trata de la vecindad de establecimientos industriales. Se altera la libertad de los vecinos, ¿y no lo está más por la prostitución y lo que la acompaña, el desorden, la algazara, las riñas y las disputas sin contar con los gritos y las canciones obscenas? La propiedad de los vecinos está violada, porque se disminuye su goce, se deprecia su fundo; los inquilinos huyen de aquel vecindario nefasto, las casas no encuentran compradores. Hé aquí una lesión que supera en mucho á la que los establecimientos industriales los más peligrosos, los más insalubres, los más incómodos pueden ocasionar (1). Nosotros aplaudimos el rigor de los tribunales, que sólo puede ser saludable para las buenas costumbres.

155. Los principios que acabamos de establecer se aplican á todo género de establecimientos, cualquiera que sea el favor de que disfruten. No puede haberlos más favora

1 Besançon, 3 de Agosto de 1859, confirmada por sentencia de denegada apelación, de 3 de Diciembre de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 331). La jurisprudencia no ha variado.

bles que las fábricas, porque procuran el trabajo, primera condición de la moralidad, y porque suministran á todas las clases de la sociedad los objetos necesarios á la vida. Los teatros no son siempre un instrumento de moralización, y ni siquiera es ese su objeto; pero lo bello y el arte tienen también un papel en la vida, é importa que todas las clases de la sociedad aprendan á no separar lo bueno de lo bello; si los teatros no moralizan, humanizan. De todos modos es lo cierto que están sometidos al derecho común. Algunos vicios de construcción pueden ocasionar á los vecinos una grande incomodidad y por consiguiente depreciar sus casas. No hay mingitorios y de ello resulta que el frente de las casas vecinas se cubre de inmundicias durante los entreactos. O el vestíbulo que conduce á la entrada principal de la sala es insuficiente para contener á los numerosos espectadores, de modo que éstos se ven obligados á estacionarse en las cercanías, y de aquí una aglomeración que priva á los propietarios del libre uso de fundo, y acarrea los demás inconvenientes que hemos señalado. Hay en esto un atentado al derecho de aquellos, y por consiguiente, lugar á reparación. Se aplican también los principios que rigen la cuantía de los daños y perjuicios, así como las reglas que los tribunales deben observar para no cometer excesos de poder, invadiendo las atribuciones de la autoridad administrativa.

SECCION III—De las acciones que nacen del derecho de propiedad.

§ I.—DE LA ACCION PUBLICIANA.

156. El código civil no se ocupa de las acciones; en nuestro derecho moderno, se confunden con los derechos que se hacen valer en justicia. No obstante, importa siem-

pre distinguirlos, en el sentido de que el ejercicio de un derecho está sometido á ciertas condiciones y produce ciertos efectos. De aquí grandes dificultades que conciernen al derecho civil, y que por consiguiente, tenemos que abordar: haremos á un lado el procedimiento propiamente dicho.

La acción que nace del derecho de propiedad se llama reivindicación. En derecho romano, se admitía además, para proteger la propiedad, otra acción conocida con el nombre de *publiciana*. Se entiende por esto, en la legislación de Justiniano, la acción por la cual una persona, que ha obtenido una cosa por tradición y en virtud de una justa causa, puede, si es despojado, reivindicarla con sus accesorios, como si la usucapición estuviera ya cumplida, por más que en realidad esté únicamente principiada. La mayor parte de los autores franceses enseñan que la *publiciana* existe todavía en el derecho moderno (1). Esto es inadmisibile. Basta leer la definición de la *publiciana* que hemos tomado de las Institutas, para convencerse de que esta acción reposa en una ficción; se finge que la prescripción está cumplida, por más que no lo esté. Ahora bien, ¿incumbe al intérprete crear una propiedad ficticia y dotarla de una acción? Ciertamente que nó. Esto decide la cuestión. Nada más débil como las razones que se invocan para mantener la *publiciana*. Ella es conforme á la equidad, se dice; sea, ¿pero la equidad es suficiente para crear ficciones y acciones? Se invoca la autoridad de Pothier; es cierto que él admitía la *publiciana* (2). Pothier dice también, que esta acción se funda en la equidad; en efecto, la equidad quiere que el que es el justo poseedor de una cosa y que, aun

1 Duranton, tomo 4º, núms. 233-235; Troplong, *De la prescripción*, tomo 1º, núm. 230; *De la venta*, núm. 235, Demolombe, tomo 9º, número 481.

2 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núm. 292.

cuando todavía no sea el propietario, está en camino de serlo, sea preferido para tener aquella cosa, cuando ha perdido su posesión injustamente á un usurpador que injustamente se ha puesto en posesión de aquella. En el antiguo derecho, los jurisconsultos podían basarse en la equidad, porque no estaban ligados por textos de ley, como nosotros lo estamos, y el derecho romano tenía entónces una autoridad, en los países de derecho consuetudinario, que no tiene en nuestros días, puesto que está abrogado. Luego habría que probar que los autores del código civil han querido mantener la *publiciana*, y para esto se necesitaría un texto, supuesto que se trata de una ficción, es decir de una excepción. El silencio del código Napoleón es suficiente para decidir la cuestión.

Hay una opinión intermediaria por la cual la jurisprudencia se pronuncia, aunque con vacilación. De aquí nace una grande incertidumbre. Aubry y Rau no admiten la *publiciana* tal como existía en derecho romano, pero mantienen todos sus efectos compatibles con los principios del derecho moderno (1). El interés práctico del debate se concentra en una cuestión: ¿cuáles son las pruebas que debe rendir el actor de reivindicación? Vamos á examinarlo cuando tratemos de la reivindicación. En principio, nos parece imposible conservar los efectos de la *publiciana*, es decir de una acción ficticia, cuando está uno obligado á abandonar la ficción.

§ II.—DE LA ACCION DE REIVINDICACION.

Núm. 1. ¿Contra quién puede y debe intentarse?

157. El propietario reivindica su cosa contra el que la retiene. De aquí se infiere que no se pueden reivindicar los

1 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 389, nota 1.

muebles, porque el detentador opondría al reivindicante que en materia de muebles, la posesión equivale á título (artículo 2279. Nosotros examinaremos esta máxima fundamental del derecho francés, en el título de la *Prescripción*, conformándonos con el orden del código civil. Por ahora, no tratamos más que de la reivindicación de los inmuebles. ¿Contra quién debe y puede intentarse?

Pothier contesta: «El propietario que ha perdido la posesión de una cosa debe dar la acción de reivindicación contra aquél á quien encuentra en posesión de esa cosa.» Entiéndase, si no quiere ó no puede intentar las acciones posesorias. Si tienen todavía las acciones posesorias, tiene interés en formularlas, porque la prueba que tiene que rendir es mucho más fácil. Así, pues, supongamos que el propietario prefiere promover como petitoria, ó que debe hacerlo, porque ha perdido las acciones posesorias. Naturalmente al detentador el al que debe perseguir, porque su acción tiende á que el que ocupe el fundo sea obligado á abandonarlo; y éste no puede abandonar sino lo que posee. La única dificultad consiste en saber si el propietario puede reivindicar contra todo detentador, aun contra aquél que posee el fundo en nombre de otro. En derecho romano, la cuestión era debatida; Ulpiano decide, contra el parecer de los Proculeyos, que la acción está bien dada contra todos los que se hallan en posesión de una cosa que ellos poseen en propio ó en ageno nombre (1). En el antiguo derecho francés, seguía esta opinión por una consideración de equidad. Yo no puedo adivinar, dice Pothier, si al que encuentro en posesión de mi heredad la posee en propio nombre ó como arrendatario. La equidad venció á la sutileza del derecho. Conforme al rigor de los principios, la cuestión sobre el dominio de propiedad de la cosa reivindicada no puede ser discutida ni juzgada con el

1 L. 9, D., *derei vindic* (VI, I).

arrendatario, porque éste no pretende ser propietario; luego el proceso no puede sostenerse válidamente sino por aquél en cuyo nombre el arrendatario retiene la heredad, es decir por el verdadero poseedor, por el que posee con la intención de tener la cosa para sí. En el antiguo derecho, se conciliaban los principios con la equidad, permitiendo al propietario que demandase á todo detentador; pero cuando el demandado declaraba que no poseía la heredad sino como arrendatario, el reivindicante debía citar á aquél por el cual el arrendatario poseía; después de esto, se ponía al arrendatario fuera del litigio, como que ningún interés tenía en el debate (1). El art. 1727 consagra la antigua jurisprudencia. «Si el tomador es citado judicialmente para que abandone la totalidad ó una parte de la cosa, debe llamar como garantía al arrendador, y se le debe poner fuera de instancia, si lo exige, nombrando al arrendador por el cual aquél posee.» Insistiremos en esta disposición en el título del *Arrendamiento*.

Si el demandado por el reivindicante niega que posee, sea por sí mismo, sea por otros, se necesita naturalmente que el actor establezca este hecho; porque no es concebible la acción de reivindicación contra el que no es poseedor. En este sentido la posesión es el fundamento de la demanda del propietario que reivindicar; á él, pues, corresponde rendir la prueba si el hecho se pone en duda (2).

158. Esta cuestión tan sencilla ha dado lugar en nuestros días á una singular dificultad. En el antiguo régimen las corporaciones religiosas gozaban de la personificación civil cuando estaban autorizadas por el soberano. La Revolución las suprimió y se apoderó de sus inmensas propiedades; el Imperio ni siquiera toleró las simples asociaciones

1 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núm. 298.

2 Bruselas, 8 de Julio de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 281).

religiosas. Este rigor era duro, pero era lógico. Desde que la libertad de asociación se proclamó en Bélgica y en Francia, las órdenes religiosas se reconstituyeron, en apariencia, bajo la forma de sociedades libres, en realidad con la ambición de restablecer las corporaciones á título de personas, pudiendo poseer y teniendo su patrimonio. Hemos dicho ya (1), y nos veremos obligados á repetirlo á menudo, que no siendo personas civiles las asociaciones libres, no pueden ser propietarias. Sin embargo, de hecho, ellas poseen. Esta es una posesión más que precaria, supuesto que sólo existe con fraude de la ley. El título de las comunidades religiosas es nulo; luego sus bienes están sujetos á reivindicación, como vamos á decirlo. Pero ¿contra quién se intentará la acción? Tal es la dificultad que se ha suscitado. A primera vista se cree que la cosa es muy sencilla. La posesión es una cuestión de hecho. Qué importa que las comunidades no sean propietarias y que posean con violación de la ley; no por eso dejan de poseer y de retener; ¿no basta esto para que se pueda reivindicar contra ellas? Sí, pero se debe nombrar á aquél contra quien se formula la acción. ¿Quién demandará en el caso de que se trata? ¿La asociación? Ella no existe. ¿Los individuos asociados? Ellos os contestarán que no poseen, que fulano de tal es el propietario. ¿Pero se puede reivindicar contra un propietario? ¿Os dirigireis al jefe de la comunidad? Este santo personaje os dirá que no se ocupa más que de las cosas del cielo!

Nuestros tribunales han reducido esas chicanas á la nada. Allí en donde hay heredades, hay también un poseedor, y preciso es que haya un propietario. Cuando se trata de fundos dados ó legados á una comunidad, hay un propietario aparente, y éste es el donatario ó el legatario; pero

1 Véase el tomo 1º, núm. 298.

nó es más que un nombre prestado, una persona interpósita, es decir, una ficción. Hay otro sér sin existencia legal, la comunidad que se cree propietaria, pero que legalmente no puede serlo; de todos modos, la verdad es que los miembros de esa comunidad son los que disfrutan de los fundos; luego ellos son los detentadores. Así es que el verdadero propietario puede demandar á los miembros de la comunidad, incluso el jefe; porque á pesar de sus pretensiones á una vida espiritual, si se penetra en los detalles de su existencia, se le encontrará muy ocupado en los intereses temporales. En cuanto á los actos de venta ó de sociedad que los religiosos oponen á los reivindicantes, los tribunales para nada los tienen en cuenta, por la excelente razón de que tales actos no son más que ficciones, y digamos la palabra, actos fraudulentos en el sentido de que están destinados á defraudar la ley (1).

Núm. 2. ¿Qué es lo que debe probar el actor?

159. El actor reivindica la propiedad, luego debe probar que él es el propietario. ¿Cómo se rinde esta prueba? Ordinariamente se contesta que se rinde por medio de título ó por la prescripción. Si ha de decirse la verdad, los títulos no prueban más que una sola cosa, y es la causa invocada por el reivindicante para establecer su derecho: éste es uno de los hechos jurídicos que el código civil admite como que transfiere la propiedad, tales como la herencia, la donación, el testamento, la venta, el cambio. En todos estos casos hay transmisión de propiedad, en el concepto de que sea propietario el autor que la transfiere, porque él no puede transferir á otros más que los derechos que él mismo tiene.

1 Bruselas, 13 de Julio de 1866 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 27), y sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Bélgica, de 28 de Junio de 1867 (*Pasicrisia*, 1868, 1, 23).

Así, pues, en vano invoca el reivindicante un acto de venta. Este acto prueba que el vendedor le ha transmitido los derechos que él tenía en la cosa, pero para transmitir la propiedad, se necesita ser propietario; luego el reivindicante debe probar que su autor era propietario. Y respecto á éste se presenta la misma dificultad. A cada transmisión de propiedad, hay que rendir una nueva prueba; de modo que á cada paso se retrocede en lugar de avanzar. No sin razón los antiguos intérpretes llamaban á la prueba por títulos una prueba diabólica. Para poner término á estos embarazos inextricables, el legislador ha admitido la prescripción, sea la usucapición con título y buena fe, sea la prescripción trentenaria, fundada únicamente en la posesión. Por eso es el lenguaje exaltado de nuestros antiguos autores cuando hablan de la prescripción: patrocina al género humano, y ella sola finaliza los pleitos y consolida la propiedad.

No obstante, todo lo que acabamos de decir, debe entenderse con una reserva. La jurisprudencia atribuye á los títulos una fuerza probatoria mayor que la que nosotros les atribuimos conforme al rigor de los principios. Antes de exponer las reglas que ella ha consagrado, debemos ver lo que se entiende por título, y cuál es la prescripción de que debe prevalecer el actor.

160. Desde luego hay que hacer constar la posición de las partes en el debate sobre la propiedad. La reivindicación se intenta contra el poseedor; tiende á que se condene al poseedor á abandonar el fundo que sin derecho ocupa. Luego ella implica que el demandado es poseedor sin ser propietario. Síguese de aquí, por una parte, que el poseedor nada tiene que probar, él no es actor y no opone ninguna excepción al reivindicante, como lo suponemos; él no tiene ningun interés por todo el tiempo que el actor no ha establecido el fundamento de sus pretensiones. El está en es-

pera de las pruebas que alegue el reivindicante. ¿En qué consisten esas pruebas? ¿Es suficiente que el actor establezca que el poseedor no tiene derecho? No, porque suponiendo que el poseedor sea propietario, esto no prueba que el actor lo sea. Luego lo que el reivindicante debe probar, es su derecho de propiedad. En tanto que no presente esa prueba, el demandado nada tiene que probar, puede guardar silencio, y ganará la causa por el hecho solo de que el reivindicante no haya probado que es propietario. Esto está universalmente admitido por la doctrina y la jurisprudencia (1):

¿Pero cuál es la razón por la cual el poseedor vence al reivindicante, si éste no prueba su derecho de propiedad? Se contesta habitualmente que se presume que el poseedor es propietario, y que esta presunción predomina si el reivindicante no logra rendir la prueba contraria. Las presunciones tienen mucha importancia en los debates sobre la propiedad; nosotros las detenemos desde el principio, preguntando en qué leyes se fundan. Este es un modo de prueba; las pruebas las arregla la ley. Abramos, pues, el código; ¿qué es lo que nos dice acerca de la fuerza probatoria de las presunciones? El código Napoleón no habla de las pruebas sino en el título de las *Obligaciones*; pero los principios que allí consagra son reglas generales, que reciben su aplicación en materia de derechos reales tanto como en materia de contratos. Pues bien, la ley no conoce más que dos especies de presunciones; las que se abandonan á la apreciación del magistrado y que, por tal razón, se llaman vulgarmente presunciones del hombre, y las presunciones legales. Las primeras no se admiten sino cuando el objeto

1 Sentencia de denegada apelación, de 2 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 233), y de 22 de Mayo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 473); sentencia de casación, de 22 de Noviembre de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 278). Gante, 1.º de Julio de 1863 (*Pasicristia*, 1863, 2, 316).