

TITULO I.

DE LA OCUPACION.

438. El código civil reconoce tres clases de ocupación: la caza (art. 715), la pesca (art. 716) y la invención (arts. 716 y 717). Agrégase una cuarta, la ocupación del botín de guerra (1). Esta última manera la hemos anulado, en primer lugar, porque el código no habla de ella, y en segundo lugar, porque nos repugna tratar, á título de derecho, de un medio de adquirir la propiedad, que hallaría su lugar propio en el código de las bestias feroces. Nosotros no admitimos el derecho de conquista (2). Quien dice conquista dice fuerza bruta, y ésta y el derecho se excluyen. Por la misma razón repudiamos el derecho de botín, que es todavía más brutal. La conquista, al menos la sancionan los tratados consentidos por el vencido; mientras que el botín es la violencia en toda su desnudez.

1 Véase Duranton, t. 4º, p. 285, núms. 335-343.

2 Véanse nuestros "Estudios sobre la historia de la humanidad."

CAPITULO I.

DE LA CAZA.

439. Según los términos del art. 715, la facultad de cazar está reglamentada por leyes particulares. La última ley que se expidió en Francia es la de 3 de Mayo de 1841, y en Bélgica la de 26 de Febrero de 1846. Al remitir á las leyes especiales sobre la materia, el código marca suficientemente que esta legislación es extraña al derecho civil. Podrían objetarnos que la caza es un atributo de la propiedad. En efecto, las leyes que acabamos de citar establecen como principio que nadie tiene la facultad de cazar en la propiedad ajena sin el consentimiento del propietario. Pero hay que agregar que el ejercicio de este derecho está subordinado á ciertas condiciones y se relaciona con intereses que nada tienen de común con el derecho privado: la agricultura se interesa en esto tanto como el orden público. Así, pues, la materia entra en el derecho de policía, tomando la expresión en su más lata acepción, es decir, en el derecho administrativo. En cuanto al derecho privado, no trata de la caza sino bajo el punto de vista de la adquisición de las piezas por vía de ocupación. ¿Cómo es que el cazador se vuelve propietario de dichas piezas?

Las leyes especiales sobre la caza no se ocupan de esta cuestión, que es del dominio del derecho civil.

440. ¿Qué se entiende por piezas de caza? Pothier contesta que los animales salvajes, sean cuadrúpedos, sean volátiles, en tanto que se hallen *in laxitate naturali*, es decir viviendo en su estado de libertad natural. Lo que resulta de la noción misma de la ocupación, la cual supone bienes que á nadie pertenecen. Tales son los animales salvajes, que no puede decirse que pertenezcan al dueño del predio en donde se encuentran, porque él no los posee; al no pertenecer á ninguno, se vuelven propiedad del cazador que los mata. Síguese de aquí que la caza no se aplica á los animales que, aunque son de naturaleza selvática, viven en una especie de domesticidad. Tales son los pichones de los palomares; la ley los declara inmuebles, y por lo mismo, atribuye su propiedad al dueño del predio en el cual tienen la costumbre de permanecer. Por lo tanto, la caza no puede aplicarse á los pichones. Sin embargo, debe hacerse notar que los reglamentos locales determinan una época en que los pichones deben encerrarse en los palomares; si se contraviene á estos reglamentos, toda persona tiene derecho á matar los pichones que encuentre en su terreno. Aun cuando no hubiese reglamento, los pichones pueden matarse cuando causan daño á las sembradas ó á las cosechas (1). Existen aún otros animales que son á medias salvajes y á medias domésticos: las abejas. El propietario del predio en el cual viene á caer un enjambre de abejas tiene derecho á apoderarse de ellas, cuando el propietario no las persigue; cesarán entonces de ser una dependencia del predio en el cual estaban hasta ese momento, y recobran su naturaleza salvaje y su libertad

1. Ley de 4 de Agosto. 11 de Septiembre de 1789. Ley de los días 28 de Septiembre y 6 de Octubre de 1891, tít. II, art. 12, y las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 2º, p. 235, nota 2.

natural; por consiguiente, pueden ellas ser objeto del derecho de ocupación (1).

441. ¿Cuándo las piezas de caza se vuelven propiedad del cazador? La cuestión es controvertida. No hay una ley sobre esto, pues á lo que debemos atenernos es á los principios que rigen la ocupación. El cazador adquiere la propiedad de las piezas de caza *de las que se apodera*, tal es la definición de Pothier. Pero ¿cuándo puede decirse que él se ha *apoderado* de aquéllas? El obliga á la caza á alejarse y la persigue; mientras que los perros siguen la caza, sobreviene otro cazador y la mata: ¿puede el primero reclamar? Barbeyrac contesta que basta que yo esté persiguiendo á un animal para que se me tenga, mientras dure la persecución, como el primer ocupante, en el sentido que á otro no se le permita que se apodere de ella por todo ese tiempo. Pothier dice que tal sentir lo aprueba el uso, y agrega que es más civil que el de los jurisconsultos romanos, los cuales exigen que la pieza de caza esté en poder del cazador. Pothier hace notar que la costumbre de los cazadores está conforme con un artículo de la antigua ley de los Sálícos (2). Existe un fallo de un juez de paz en este sentido (3). El magistrado invoca las costumbres de caza, ley de equidad que no necesita estar escrita para que se observe; es de uso constante y general considerar *en cierto modo* como propiedad del cazador las piezas que ha levantado, en tanto que él las corre y que sus perros no abandonan la persecución. Ciertamente es que, en el silencio de la ley, el juez es un ministro de equidad; los autores mis-

1 Ley de 28 de Septiembre. 6 de Octubre de 1891, tít. 1, sec. III, art. 5.

2 Título XXXV, art. 5. "Siquis aprum lassum quem alienicanes moverunt, occiderit y paraverit, D. C. denarios culpabilis judicatur." Pothier, "De la propiedad," núm. 26.

3 Tribunal de paz de Schirneeck (Vosgos), de 10 de Octubre de 1859 (Daloz, 1860, 3, 80). En sentido contrario, sentencia de segunda apelación, de 29 de Abril de 1862 (Daloz, 1862, 1, 449).

mos del código han proclamado esta máxima (1). Pero antes que todo, es preciso que los jueces consulten los principios de derecho tales como la tradición los ha establecido. La ocupación es una materia tradicional; la definición que de ella da Pothier, implica que la ocupación no existe sino cuando el que la invoca se ha apoderado de la cosa; ¿y puede decirse que el cazador se haya apoderado de la caza que ha levantado y que persigue? Todavía es dudoso que la alcance, dudoso si la herirá, dudoso que, aunque herido el animal se escape; ¿es esto una ocupación? Ciertamente que nó. A Barbeyrac le parece más civil, pero no dice que sea más jurídica. Nosotros avanzaremos más; si el legislador fuese llamado á decidir la dificultad, creemos que debía hacerlo en aquél sentido, porque debe tener en cuenta los usos y la equidad; y aun en derecho, puede decirse que el hecho de levantar la caza y perseguirla es el primer elemento de la ocupación. Sin duda que puede suceder que la ocupación no se consume, pero al menos un tercero no tiene el derecho de intervenir para impedirla matando la pieza, siendo que hay un principio de ocupación por otro cazador. Pero para hacer todas estas distinciones se necesitaría una ley; en el silencio de la ley el intérprete debe atenerse á los principios tradicionales, y éstos nos dicen que la caza no es propiedad del cazador, sino hasta que la tiene en su poder.

442. ¿Quiere decir esto que el cazador debe haber puesto mano en la pieza, para que pueda invocarse el derecho de ocupación? Pothier responde que para que á un cazador se le tenga por adueñado del animal y por haber adquirido su dominio, no se necesita precisamente que haya puesto mano en él; basta que, de cualquiera manera que sea, el animal haya estado en poder de aquél, de modo que no pueda escaparse. El principio es claro, pero su aplicación

1 Véase el tomo 1.º de esta obra, núms. 256 y siguientes.

origina una nueva dificultad. Yo hiero al animal; ¿está desde entonces en mi poder? y si, mientras persigo al animal herido, otro cazador se apodera de él ¿tendré una acción contra él? Ya la cuestión se controvertía en derecho romano. Cujas lo resolvía negativamente: el animal herido no ha caído en poder del cazador, dice él, porque puede suceder que se escape; luego no hay ocupación. Pufendorf distingue: si la herida fuese considerable, y probable que el cazador hubiese alcanzado al animal, no es permitido que otro se apodere de él mientras lo persigue el cazador que lo ha herido; si la herida es ligera, el animal permanece en poder del primer ocupante (1). La jurisprudencia ha consagrado esta distinción que se desprende de noción misma de la ocupación. Se ha fallado que si la herida es ligera y no impide que el animal herido se escape, el cazador no tiene en él ningún derecho; de donde se sigue que, si el animal se refugia en una propiedad en donde el cazador no tiene el derecho de cazar, el dueño de ese terreno tiene derecho á matarlo. La decisión es jurídica, por más que sea poco conforme con los usos de la caza, la delicadeza está de acuerdo con los cazadores, pero no debe escucharse la equidad cuando esté en oposición con el derecho; y en el caso de que se trata, el rigor del derecho no deja duda alguna: no hay ocupación mientras el animal puede escaparse. El legislador es el único que podría y debería intervenir para prohibir á un tercero que se apoderase del animal herido, aun cuando lo matase en terreno que le perteneciera. En el silencio de la ley, el derecho estricto es el que debe predominar. Pero cuando el animal ha sido herido mortalmente, se halla en realidad bajo el poder del cazador, porque ya no puede escapársele; luego éste está seguro de *poner la mano*

1 Pothier, "De la propiedad," núm. 20. Pufendorf, "El Derecho natural y el de gentes," lib. V, cap. VI, úm. 10.

encima, según la expresión de Pothier. Se ha fallado en este sentido que un lobo mortalmente herido viene á ser propiedad del cazador que continúa persiguiéndolo; que, en consecuencia, el cazador que llega después fortuitamente y acaba por dar muerte al animal, debe restituirlo (1).

443. Queda una última dificultad. El cazador persigue la pieza que ha herido en una propiedad en donde no tiene el derecho de cazar; si se apodera de ella ¿adquirirá una propiedad? ¿ó pertenecerá el animal al dueño del terreno si es éste el que se apodera? Supónese naturalmente que no se había consumado la ocupación según los principios que acabamos de exponer. Cujas decide que el cazador no se vuelve propietario, y se funda en una ley romana que á lo que parece ha interpretado mal (2). No entramos en este debate, para no complicar una controversia de derecho francés con una controversia de derecho romano. Vinnius ha restablecido los verdaderos principios. ¿Qué es lo que hace el cazador que, contra la prohibición del propietario de la heredad, persigue en ella la caza? Viola el derecho de propiedad: por tal capítulo es responsable, y el propietario tiene contra él una acción de daños y perjuicios. En seguida mata al animal; ¿ha lesionado con esto un derecho del propietario? Este ningún derecho tiene en el animal que se encuentra en su terreno, si no es por la ocupación; ahora bien, él no es el que se ha apoderado del animal, sino el cazador, luego á éste pertenece por derecho de primer ocupante.

444. Conforme á estos principios es como debe decidirse la cuestión de saber si el propietario del terreno en el cual se refugia el animal perseguido, puede apoderarse

1 Sentencia de denegada apelación, de 29 de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 449).

2 Cujas observat., IV, 2. Buguet acerca de Pothier, "Del dominio de propiedad," núm. 24.

de éste por vía de ocupación. La circunstancia de que sea propietario del terreno no tiene ninguna influencia en la decisión de la cuestión. Como muy bien lo expresa Vinnius, las piezas de caza no cambian de naturaleza según los sitios en donde se encuentren. Dichas piezas á nadie pertenecen, hasta el instante en que alguno se apodera de ellas. Luego debe verse si la caza ha venido á ser propiedad del cazador que la persigue. Conforme á los principios que acabamos de establecer, el hecho de perseguir la caza, el hecho mismo de hierirla ligeramente no es suficiente para dar su propiedad al cazador, se necesita que el animal esté herido mortalmente. Síguese de aquí que el propietario del terreno en donde el animal perseguido se refugia no puede apoderarse de él si está mortalmente herido, mientras que sí tiene el derecho estricto de matarlo si únicamente es perseguido ó si está ligeramente herido. En dos palabras, el propietario permanece en el derecho común, el primer cazador advenedizo tiene el mismo derecho (1).



1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 236, y notas 6 y 7. Demolombe, t. 13, página, 30, núm. 23.

pertenece el derecho de pesca está obligado á restituir el precio de lo pescado; lo que quiere decir que no adquiere su propiedad (1). Como en Bélgica no hay una ley especial, estamos bajo el imperio de los principios generales: ahora bien, en principio, no hay razón para establecer una diferencia entre los pescados y las piezas de caza. Luego debe aplicarse por analogía lo que acabamos de decir de la caza (núm. 443). En derecho francés hay una diferencia, pero que, bajo el punto de vista del derecho, no se explica.

CAPITULO II.

DE LA PESCA.

445. La facultad de pescar está reglamentada por leyes particulares (art. 717). Distínguese la pesca marítima de la fluvial. Acerca de la marítima, hay en Francia un gran número de decretos y reglamentos, lo mismo que en Bélgica, y tantos que sería demasiado extenso enumerarlos; pueden verse en los índices de las colecciones de leyes. La pesca fluvial está reglamentada en Francia, por las leyes de 15 de Abril de 1829 y de 6 de Junio de 1840. En Bélgica, sólo hay reglamentos particulares; tal es el de 26 de Agosto de 1825 concerniente á la pesca en el Escaut. Esta materia, así como la de la caza, pertenece al derecho de policía en lo que concierne al derecho de pescar.

446. Los pescados que á nadie pertenecen son propiedad del primero que los ocupe. Por su misma naturaleza, la pesca no da lugar á las cuestiones que ofrece la caza. Sin embargo, una de aquellas dificultades se reproduce. Si yo pesco sin derecho en un río ¿el pescado se vuelve de mi propiedad? Conforme al derecho francés, debe contestarse negativamente. Según los términos de la ley de 1829 (art. 5), él que pesca sin permiso de la persona á quien

1 Demolombe, t. 13, p. 36, núm. 29.