

la verdadera dificultad. Merlin interpreta la ley de 1791 por el edicto de 1771. Es claro que el legislador de 1791 no ha hecho más que aplicar á toda la Francia el edicto de 1771, que únicamente se había expedido para algunas provincias. Ahora bien, ¿qué es lo que dice el edicto? Se lee en el preámbulo, que el objeto del edicto ha sido hacer cesar los obstáculos que los habitantes del Hainaut y de Flándes experimentaban en la libertad natural de disfrutar de sus posesiones, aboliendo todos los abusos que el derecho de vano pasto había introducido, "sin atentar, no obstante, á los derechos de legítima propiedad de las comunidades." Y ¿de qué manera poner remedio á los abusos resultantes del pasto vano, sin atentar á los derechos adquiridos, y por consiguiente á la propiedad? El edicto distingue. Cuando el pasto vano constituye una servidumbre, permite al propietario que se liberte de ella por el coto, "interpretando á este efecto, dice el art. 2, todas las leyes, costumbres usos y reglamentos en contrario, y aun derogándolos si necesario fuere." El art. 6 aplica el derecho de cercarse á las praderas gravadas con pasto vano, y en seguida viene el art. 7 concebido en estos términos: "Por las disposiciones del artículo precedente, no se entiende un embargo, que se dañen ó perjudiquen los derechos que algunas de dichas comunidades pudieran tener en la propiedad de las mencionadas praderas, y que se hallasen en estado de justificar por medio de títulos válidos." Este art. 7 ha sido reproducido por el 11 que acabamos de transcribir; luego debe entenderse en el mismo sentido, es decir, del caso en que los habitantes invoquen, no la servidumbre de pasto vano, porque tal caso está regido por los arts. 2 y 5, sino el caso en que invoquen la propiedad de las praderas; por esto el texto exige un título de propiedad para impedir el ejercicio del derecho de cercarse. En definitiva, el art. 11, lo mismo que el edicto,

supone que los habitantes tienen un derecho de "co-propiedad en la segunda yerba de las praderas" (1). La interpretación propuesta por Merlin no fué aceptada por la corte de casación. La interpretación descansa en una distinción entre el derecho de servidumbre y la propiedad, distinción que no se halla escrita en el texto de la ley, ni aun en el art. 1771 (2). En efecto, la servidumbre da un derecho en las yerbas tanto como la propiedad; ¿acaso la servidumbre no es un derecho real, un desmembramiento de la propiedad, y por consiguiente, una propiedad? ¿Y en dónde estaría la razón de esta distinción entre el pasto fundado en una "servidumbre" y el pasto fundado en una "co-propiedad?" El legislador, que declara que quiere respetar los derechos de propiedad legítima ¿puede atentar á una "servidumbre" adquirida por un "título legítimo" más bien que á una "propiedad?" Si el legislador quisiera mantener los derechos adquiridos en materia de pasto vano, debería mantener las servidumbres establecidas por título, tanto como la propiedad. La interpretación de Merlin crea una autonomía insoluble entre el art. 11 y los arts. 2 y 5.

448. Si tal no es el sentido del art. 11, ¿entonces cuál es su verdadera significación? Para penetrarla, deben compararse los términos del art. 11 con los del 5. Esta última disposición no es tan general ni tan absoluta como lo pretenden. La ley no dice que los propietarios puedan emanciparse de todo pasto vano usando del derecho de cercarse, sino que dice que el derecho *simple* de pasto vano en ningún caso puede impedir que los propietarios cierren sus heredades. Hé aquí una restricción. El art. 5 no se aplica más que al "derecho simple" de pasto vano, lo que

1 Merlin, "Cuestiones de derecho," en la palabra *pasto vano*, párrafo 1º. Compárese, Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 187, núm. 279. Merlin dice en su *Repertorio*, que él se equivocó.

2 Aubry y Rau, t. 2º, p. 178, nota 23.

implica que existe otro caso de pasto vano, en el cual el derecho de cercarse no recibe ya aplicación. ¿Cuál es este caso? El que prevee el art. 11. Este artículo supone que las praderas se vuelven comunes á todos los habitantes, después de recogida la primera yerba. Este no es ya un derecho simple de pasto vano; en efecto, el pasto vano supone terrenos en donde no hay ni semillas ni frutos (1), no se ejerce sino cuando se ha levantado la cosecha; ahora bien, las praderas dan dos cosechas aun en nuestros climas; de aquí la distinción de dos yerbas, la primera que se llama heno y la segunda, á la cual en el lenguaje vulgar se le da el nombre de retoño. Luego, en su aplicación á las praderas, el *pasto vano* supone que la cosecha de las *dos yerbas* se ha operado; entonces hay un *derecho simple* de pasto vano. Más si los habitantes de una comuna tienen el derecho de pasto en las praderas después de la primera yerba, como lo expresa el art. 11, entonces su derecho es mucho más considerable, porque tienen derecho á la segunda cosecha, la del retoño, la cual á veces es más ventajosa que la primera, cuando la buena estación ha sido seca, mientras los últimos días del estío y el principio del otoño son lluviosos.

Ahora se comprenderá la diferencia que la ley establece, respecto del derecho de cercarse, entre el caso del artículo 11 y en el caso del 5. Cuando se trata de un derecho simple de pasto vano, el pastoreo se ejerce después de levantadas todas las cosechas; y el propietario casi ningún interés tiene en oponerse, y precisamente su falta de interés es lo que ha hecho que se introduzca el uso del pasto vano; aun cuando exista un título no hace más que hacer constar el uso y la falta de interés para oponerse. Así, pues, se concibe que el legislador permita á los propietarios emanciparse de este vano pasto cercando

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *pasto vano*, (t. 35, p. 455).

sus fincas por medio de un coto. No despoja de un derecho adquirido, no viola la propiedad, aun cuando existiese un título. En efecto ¿qué cosa es este título? El propietario consiente en que los habitantes manden pastar á sus ganados en predios despojados de sus cosechas, en heredades abiertas; si hubiesen estado cerradas, jamás se habría tratado de pasto vano. Así, pues, consentir en el pasto vano implica que los predios no están cercados y que el propietario no tiene ningún interés en circuirlos. Desde el momento en que hay interés en cerrarlos, el propietario debe tener el derecho de hacerlo, porque él no había consentido en etregarlos al pasto vano sino con la condición tácita de la falta de interés.

La posición del propietario que entrega sus praderas al pasto vano después de la cosecha de la primera yerba, es muy distinta. Hay todavía que levantar una cosecha, y él la renuncia en favor de los habitantes de la comuna. Esto no es más que la abdicación de un derecho á los frutos, la abdicación de un derecho de propiedad. ¿Puede presumirse esta renuncia? Nó, porque no se presume que uno renuncie á su derecho. Si el propietario lo renuncia, será á título oneroso; luego entonces hay una verdadera convención, que da un derecho á los habitantes en una parte de los frutos. Esto es lo que el art. 11 llama un *título de propiedad*. El legislador debe respetar este título y lo respeta. Pero si los habitantes no tienen título, si sólo invocan una antigua costumbre, el legislador permite al propietario que se emancipe de ella y que se circuya; ¿por qué? Porque dicho uso no es más que el efecto de la tolerancia, y la tolerancia no da ningún derecho. Este es un acto de benevolencia, de generosidad, que se renueva ó no se renueva, según le ocurre al propietario. Desde el momento en que quiere encerrarse, tiene derecho á hacerlo.

449. Hay, pues, un pasto vano que admite el derecho de cercarse; y lo hay que no lo admite. ¿De qué manera distinguir el *derecho simple de vana pastura* que permite á los propietarios circuir sus heredades, aún cuando aquél derecho se fundase en un título, y la "vana postura" del artículo 11 que cuando se funda en un título, excluye el cercado? Nosotros hemos intentado establecer un principio; pero la aplicación no carece de dificultades. Si diésemos crédito á la jurisprudencia de las cortes de Bélgica, la cuestión sería una cuestión de hecho, abandonada, como tal, á la apreciación del juez. ¿Qué cosa es el pasto vano? La ley de 1791, según se dice, lo mantiene, pero no lo define, y tampoco el código. He aquí lo que leemos en el código rural (tít. I, sec. IV, art. 3): "El derecho de vana pastura en una parroquia, acompañado ó nó de la servidumbre de reciprocidad, no podrá existir sino en los lugares en que se funde en un título particular, ó autorizado por la ley ó por una costumbre local inmemorial, y con la condición de que la vana pastura no se ejercerá sino conforme á las reglas y usos locales que no contrarién las reservas de que hablan los artículos siguientes." Cuando hay un título, éste tendrá fuerza de ley para las partes, y por consiguiente, también para los tribunales; el título resolverá si se trata de un derecho á las segundas yervas, que no admite el derecho de cercarse ó si se trata de un derecho simple de vana pastura que permita á los propietarios circuir sus predios ó heredades. Si no existe título ¿de qué modo se distinguirán estas dos especies de vana pastura? Esta es una cuestión de hecho, se dice, supuesto que ninguna ley define la vana pastura; de lo que se infiere que los tribunales juzgan soberanamente en esta materia, y que sus decisiones eluden la inspección de la corte de casación. Nosotros no creemos que la definición de la vana pastura sea una cuestión de hecho. El ar-

tículo 11, que es el verdadero asiento de la dificultad, define claramente la vana pastura que excluye el derecho de cercarse: y es cuando las praderas se vuelven comunes á los habitantes después de la cosecha de la primera yerba, en virtud de un título de propiedad; mientras que hay simple derecho de vana pastura, en el sentido del art. 5, cuando de conformidad con las antiguas costumbres, el pastoreo se ejerce en las tierras y praderas despojadas de sus cosechas. Hemos dicho que de conformidad con las costumbres. No puede decirse que las costumbres estén abolidas por el código Napoleón, porque el artículo 648, que mantiene las servidumbres de reciprocidad y de pasto vano, mantiene por este hecho la ley de 1791; ahora bien, esta ley dice que la vana pastura *continuará* subsistiendo, art. 2, luego tal como existía en el antiguo derecho; y el art. 3, al agregar que se ejercerá de "conformidad con las reglas y usos locales," conserva á las costumbres su fuerza obligatoria en esta materia. Luego existen costumbres con fuerza de ley, que definen el pasto vano; puede vérselas en el *Repertorio* de Merlin. Luego existe una definición legal de la vana pastura: nosotros la hemos dado en un párrafo anterior. Vamos á ver cómo la corte de casación de Bélgica no ha permanecido fiel á su doctrina; ella ha casado una sentencia que decidía que no había pastura vana en el sentido del art. 5. Esto equivale á decir que en este punto hay cuestiones de derecho que dan lugar á muchas dudas.

450. ¿Hay un derecho simple de vana pastura cuando los habitantes tienen el derecho de vender la segunda yerba? El tribunal de Lovaina, juzgando en apelación sobre una acción posesoria, resolvió que había vana pastura, y por lo tanto, un goce precario, no susceptible de prescripción, ni de ser mantenido por la acción posesoria. A recurso de casación, recayó el fallo que acabamos de comba-

tir; siendo la cuestión de hecho, dice la corte, se escapa al examen de la corte suprema. Nosotros creemos que tanto el tribunal como la corte han fallado mal. En el caso al debate, tratábase de un derecho de pasto ejercido sobre una heredad particular, y no sobre todos los predios de la comuna, lo que excluye desde luego la idea de un pasto vano, la cual implica un goce recíproco de todos los habitantes sobre todas las heredades. ¿Y cuál era el carácter del derecho litigioso? No consistía únicamente en el pasto, sino que daba á la comuna el derecho de vender la segunda yerba. Esto es más que una servidumbre, es una propiedad, supuesto que el propietario es el único que tiene el derecho á vender. No puede decirse que la propiedad es un acto de tolerancia, un goce á título precario. ¿Un propietario permite á los habitantes que vendan la segunda yerba que él tiene derecho á vender? ¿y se lo permite á título de tolerancia? Se está fuera del texto como del espíritu de la ley (1).

No quiere decir que el derecho de pasto cese de ser un pasto vano sólo porque los que lo ejercen están en posesión de vender las segundas yerbas. Para determinar la naturaleza de un derecho, se necesita saber lo que es de su esencia. Si los habitantes de una comuna tienen el derecho de pasto en todos los prados de una comuna después de la primera yerba, este derecho es una vana pastura, aun cuando de hecho la comuna vendiese las segundas yerbas en lugar de dejarlas pacer; la venta de las yerbas, en este caso, no es más que un modo de ejercer el derecho; él que tiene el derecho de consumir las yerbas tiene, por esto mismo, el derecho de venderlas, por lo menos si tal es la costumbre, porque su posesión es la que deter-

1 Compárese la Memoria de los demandantes de casación, firmada por D'Elhomge, padre; D'Elhomge, hijo; y Dedryver (*Pasicrisia*, 1840, 1, 379). En sentido contrario, Bruselas, 14 de Agosto de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 425) y 25 de Enero de 1845 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 60)

mina el modo de ejercer las servidumbres. En esta suposición, la pastura seguirá siendo pasto vano, y en consecuencia, los propietarios tendrán el derecho de cercarse, á menos que tengan un título que les dé derecho á las segundas yerbas.

451. Hay otra cuestión acerca de la cual está dividida la jurisprudencia. El pasto se ejerce en fecha fija, el 24 de Junio á medio día, en prados pertenecientes á un propietario, aun cuando el heno no estuviese cortado ni quitado. De esto la corte de Lieja ha inferido que este pasto no era vano, sino pingüe y vivo. De donde se seguiría que no estamos en el caso de la servidumbre comunal mantenida bajo ciertas restricciones por la ley de 1791, que la servidumbre es una servidumbre de pasto (*pacage*), y que, por consiguiente, el propietario no puede librarse de ella por medio del coto. Lo que da gran peso á esta decisión, es que el pasto litigioso no se ejercía en la generalidad de los prados de la comuna, sino únicamente en ciertos prados, llamados *prados del día de San Juan*. Esta circunstancia es, á nuestro juicio, determinante, en lo concerniente al derecho de cercarse. Según los términos del artículo 648, el propietario que quiere cercarse pierde su derecho á la reciprocidad y vana pastura, en proporción del terreno que él subtrae. Esto supone que la vana pastura es una servidumbre general y recíproca. Luego desde el momento en que es particular y determinada á ciertos fundos, deja de haber vana pastura. En consecuencia, se vuelve al derecho común que rige las servidumbres. En el caso al debate, tratábase de saber si este derecho podía adquirirse por la prescripción; como los hechos de posesión subían á una época anterior al código civil, la corte de Lieja resolvió que la comuna había adquirido el derecho de pasto que se le había disputado (1).

1 Lieja, 23 de Marzo de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 176).

Una segunda sentencia de la corte de Lieja, pronunciada en el mismo sentido, fué deferida á la corte de casación y casada. Hay un motivo para dudar. El edicto de 1771 considera como pasto vano el pasto ejercido en una parte solamente de las praderas de una comuna, tanto como el que se ejerce sobre la generalidad de las praderas; no hace excepción al derecho de cercarse sino cuando la comuna justifica con títulos válidos que tiene derecho á la propiedad de las praderas, art. 6, (1). La ley de 1791, es verdad, no reproduce esta disposición, pero el art. 11, que mantiene el derecho á las segundas yerbas, está concebido en términos generales, y no distingue si el pasto es general ó particular. Lo que parece decidir la cuestión. Sin embargo, nosotros nos afiliamos al parecer de la corte de Lieja. El art. 11 excluye el pasto que sólo se ejerce en ciertas praderas; en efecto, supone que "las praderas se vuelven comunes á todos los habitantes." Lo que implica que todas las praderas son comunes. El artículo 10 está concebido en el mismo sentido. Cuando un propietario ha cerrado sus propiedades, su derecho de pasto está proporcionalmente restringido: tal es la disposición del art. 648 del código civil, y el texto como el espíritu de estas leyes prueban, así como lo hemos dicho, que el derecho de cercarse no puede ejercerlo sino aquél que, al cerrar su propiedad, pierde su derecho de pasto en las demás propiedades; mientras que en la doctrina consagrada por la corte de casación, aquél cuyas praderas estuviesen gravadas por un derecho de pasto vano, su título podría cercarse sin perder nada.

La corte de casación tiene razón en un punto. Lo que sobre todo parece que determinó á la corte de Lieja, es que pudiéndose ejercer el pasto antes de la cosecha de la

1 Merlín, "Cuestiones de derecho," en la palabra *vana pastura*, párrafo 1º (t. 16, p. 525).

primera yerba constituía una pastura pingüe y viva, es decir, una servidumbre de pasto. Esto no es exacto. En efecto, cuando el pasto se ejercía en día y horas fijos, el 24 de Junio al medio día, es porque se suponía que la cosecha se había levantado el día de San Juan, y á menudo sí lo está; así, pues, sólo accidentalmente tenía lugar el pasto en praderas no cortadas; ahora bien, no es en una circunstancia accidental en lo que uno puede fundarse para caracterizar un derecho. El art. 10 de la ley de 1791 nos parece decisivo contra la interpretación admitida por la corte de Lieja. "Por todas partes, dice el art. 10, en que las praderas naturales estén sujetas á la reciprocidad y al pasto vano, estos dos derechos no tendrán lugar provisionalmente sino en la época autorizada por las leyes y costumbres, y nunca en tanto que la primera yerba no se haya cosechado." Así, pues, el pasto no cesaba de ser vano, aun cuando se ejerciere antes de la cosecha de la primera yerba; sólo que éste era uno de esos abusos que el edicto de 1771 había señalado, y que el legislador de 1791 quiso suprimir.

452. Queda por saber lo que debe entenderse por "título de propiedad:" ésta es la expresión de que se sirve el legislador, art. 11. Acerca de este punto, también la corte de Lieja disiente de la corte de casación. ¿El título es una escritura instrumental en que conste el establecimiento del derecho de servidumbre? ¿O las comunas pueden también invocar la prescripción para rechazar el derecho de cercarse que los propietarios reclaman? La corte de casación rechaza la prescripción mientras que la corte de Lieja admite que la prescripción constituye un título. Claro es que en teoría la corte de Lieja tiene razón. El título es todo hecho jurídico que engendra un derecho; luego la prescripción es un título. Pero la cuestión consiste en una dificultad de texto; ¿la ley de 1791, en materia de vana