

En cuanto á la acción mixta, la corte da una singular definición. «Existen acciones, decía el art. 18, á las que se les da *con más particularidad que á todas las demás* el nombre de acción mixta, es decir, á la vez real y personal, porque además de la reivindicación de una cosa, abrazan *casi siempre* prestaciones. El proyecto enumeraba en seguida esas acciones. «Las acciones mixtas son: la petición de herencia, la demanda de partición de sucesión ó de uno ó de vario objetos particulares pertenecientes en común á varios individuos, la acción de deslinde.» Estas definiciones implican desde luego que hay además otras acciones llamadas mixtas; implican igualmente que las acciones mixtas por excelencia no son siempre mixtas, supuesto que puede suceder que no tengan por objeto prestaciones. Para tener una idea exacta de estas divisiones, necesitamos remontarnos al antiguo derecho, no habiendo hecho la corte, en apariencia al menos, más que formular en artículos de ley la doctrina enseñada por Pothier.

78. Pothier dice, como la corte de casación, que hay acciones *propriamente mixtas*, cuya naturaleza participa de la de las acciones reales y de la de las acciones personales. Cuenta tres de ellas: la acción de deslinde, la acción de partición de una sucesión y la acción de partición de cualquiera otra cosa. ¿Por qué Pothier considera esas acciones como mixtas? Acerca de este punto, él difiere de la corte de casación, y la diferencia es considerable. La corte se fija en el objeto de la demanda que, además de la cosa, estriba en prestaciones. Pothier no habla de prestaciones; si las acciones mixtas participan de la naturaleza de las acciones personales, es «porque nacen de un compromiso personal.» En efecto, dice él, la acción de deslinde nace de la obligación que un cuasi-contrato forma entre vecinos y que los obliga á demarcar sus heredades cuando uno de ellos lo pide: la

acción de partición nace también de la comunidad, la cual produce obligaciones entre los comunistas (1).

Sea de ello lo que fuere, las dos definiciones de las acciones mixtas concuerdan en un punto que, para nosotros, es esencial, y es que la acción mixta no significa un derecho mixto perseguido judicialmente. En cuanto á la definición de Pothier, la cosa es evidente: precisamente porque el derecho del actor para pedir el deslinde ó la partición deriva de un cuasi-contrato, es decir, de una obligación personal, es por lo que la acción real en su objeto toma un carácter personal. La definición de la corte de casación no implica tampoco que haya derechos mixtos; si los hubiese, la acción sería siempre mixta; lo sería por su esencia, mientras que no viene á serlo sino porque el actor, además de la cosa, reclama *casi siempre* prestaciones. Según esto, se podría negar que haya acciones mixtas. En efecto, la acción real es el derecho real ejercitado judicialmente; luego la acción mixta debería ser también el derecho mixto ejercitado judicialmente; mientras que en la doctrina de Pothier, la acción es real en cuanto á su objeto y no es personal, sino porque deriva de una obligación; y, en la doctrina de la corte de casación, habría que decir que la acción es siempre real, supuesto que las prestaciones que la vuelven mixta no son de su esencia. De todos modos no hay derecho mixto; en efecto, la razón no concibe que un solo y mismo derecho sea personal y real á un tiempo mismo, puesto que las dos especies de derecho difieren, en todos los conceptos como acabamos de decirlo.

79. Pothier añade que existen acciones que se llaman mixtas en otro sentido. Son acciones por su naturaleza personales, pero que, con relación á algo que les es accesorio, participan de la naturaleza de la acción real. Tales son, di-

1 Pothier, *Introducción general á las costumbres*, núm. 121.

ce él, las acciones que se llaman personales reales, ó personales *in rem scriptæ*, que nacen de una obligación personal, á cuya ejecución la cosa que es su objeto se halla afectada. Pothier da como ejemplo la acción de retroventa. El confiesa que esta acción es principalmente personal, supuesto que nace de un contrato y de una obligación contraída por el comprador. Pero, como la heredad está afectada á la ejecución de esta obligación, la acción de retroventa tiene de la naturaleza de las acciones reales, en que persigue la heredad y en que puede darse contra los terceros detentadores de la heredad, para que las abandonen como afecta á la ejecución de la obligación del comprador (1).

El código civil parece que consagra esta doctrina. Según los términos del art. 1664, «el vendedor con pacto de rescate puede ejercitar su acción contra un segundo adquirente, aun cuando la facultad de retroventa no haya sido declarada en el segundo contrato.» Volveremos á tratar la cuestión en el título de la *Venta*; si se la entiende en el sentido de que la acción de retroventa del contrato puede intentarse contra un tercero detentador, no obligado, el código y Pothier dicen una cosa imposible, absurda: en efecto, esto equivaldría á decir que el que no es deudor es deudor, que el que no ha intervenido en el contrato está obligado en virtud del contrato. Nos es repugnante imputar tamaño dislate á Pothier y á los autores del código civil. Sin duda que el vendedor puede proceder contra el tercer detentador, pero hay que ver en virtud de qué acción. Desde luego observemos que la cláusula de retroventa no da lugar á una acción judicial; es una condición resolutoria potestativa, luego condición resolutoria expresa, escrita en el contrato; la venta queda resuelta desde que el

1 Pothier, *Introducción á las costumbres*, núm. 122.

vendedor manifiesta la intención seria de usar del pacto de rescate. Esto decide ya nuestra cuestión. Supuesto que el ejercicio del rescate no es una acción, no puede decirse que el vendedor intenta la acción de retroventa contra el tercer detentador. Desde el momento en que el vendedor usa de su derecho, la venta queda resuelta; el comprador con pacto de rescate, no ha podido conferir al segundo adquirente más que un derecho igualmente resolutorio; desde el momento en que el vendedor declara al comprador que pretende ejercer el rescate, la venta queda resuelta, y por consiguiente la segunda lo es igualmente. El vendedor primitivo vuelve á entrar en su propiedad; se le considera como que siempre ha sido propietario, luego puede reivindicar su cosa contra todo tercer detentador. En definitiva, la acción que él intenta contra el poseedor de la heredad es una acción de reivindicación.

80. Nuestra conclusión es que no hay acción mixta, porque no hay derecho mixto. Los autores que han escrito desde la publicación de nuestros códigos están muy divididos. Se ven obligados á admitir acciones mixtas, supuesto que el código de procedimientos las coloca en el número de las acciones; pero grande es su embarazo cuando se trata de explicar la naturaleza de estas acciones y de decir la razón por la cual son personales á la vez que reales. Nosotros hacemos á un lado el procedimiento y á los autores que de él tratan. Nuestro único objeto es establecer que si hay acciones mixtas, no hay, sin embargo, derechos mixtos. Demolombe dice, como nosotros, que no hay derechos mixtos; esta forma de lenguaje, agrega, le chocaría vivamente si fuese empleada. Esta confesión condena la teoría de las acciones mixtas, porque el derecho no puede tener naturaleza diferente de la acción por cuyo medio se ejercita judicialmente. Sin embargo, Demolombe admite acciones mixtas,

y aun extiende el número considerando como tal la acción que nace de la venta, teniendo el comprador un derecho real, supuesto que es propietario, y un derecho personal, supuesto que tiene un crédito contra el vendedor. Después de esto, hace la observación de que esos son dos derechos distintos que engendran dos acciones distintas; lo que mina la base misma de la doctrina que él profesa; desde el momento en que hay dos acciones, una real y otra personal, ya no puede decirse que haya una sola y misma acción que sea *real* y *personal*, como dice Pothier.

La misma contradicción se encuentra en la aplicación que Demolombe hace de la teoría de las acciones mixtas á las acciones de resolución, de nulidad ó de rescisión. Todas estas acciones son *in rem scriptæ*, según la doctrina de Pothier. Pero Demolombe observa, y con razón, que derivándose estas acciones de un contrato no pueden intentarse sino por una de las partes contrayentes contra la otra: únicamente después de que el contrato queda resuelto, anulado ó rescindido por el tribunal, es cuando el actor puede proceder contra los terceros. ¿Su acción contra los terceros es una acción de resolución, de nulidad ó de rescisión? La cuestión sola implica una herja jurídica: ¿se puede proceder contra un *tercero* en virtud de un *contrato*? La acción es una acción de reivindicación, como acabamos de decirlo de la acción de retroventa. Si señalamos estas contradicciones y estas incertidumbres, es para proveernos de una arma contra la teoría de las acciones mixtas. ¿Cómo es que no hay dos autores que estén de acuerdo sobre la naturaleza de estas acciones? ¿Cómo es que aquellos mismos que enseñan que hay acciones mixtas se contradicen á cada paso? ¿No sería esto una prueba de que la distinción es falsa?

### § III.—¿CUALES DERECHOS SON REALES?

81. El art. 543 enumera los principales derechos reales diciendo que se puede tener sobre los bienes ó un derecho de propiedad, ó un simple derecho de uso, ó únicamente servicios que pretender. Por derecho de uso, el código entiende el usufructo, el uso y la habitación, y por servicio, las servidumbres. Puede decirse en dos palabras que la propiedad es un derecho real, así como todo desmembramiento de la propiedad: tales son las servidumbres personales y reales. Tales son, además, á nuestro juicio, las hipotecas; nosotros hemos reservado la cuestión para el título que trata de esta materia. En derecho francés, la cuestión de saber si la enfiteusis y la superficiè son derechos reales, con el mismo título que las servidumbres, es debatida; según nuestro derecho, no hay duda alguna, puesto que tenemos leyes sobre la materia; nosotros expondremos los principios en un anexo al libro II; es, pues, inútil detenernos por ahora. También en el título consagrado á la anticresis examinaremos si este derecho es real ó personal. Quedan la posesión y la herencia, acerca de las cuales hay controversia.

82. El código define la posesión en estos términos (artículo 2228): «Es la detención ó el goce de una cosa ó de un derecho que tenemos ó que ejercemos por nosotros mismos, ó por otro que la tiene ó que lo ejerce en nuestro nombre.» Se ve que la ley ni siquiera califica la posesión de derecho, porque la detención y el goce son hechos. Tal es también el lenguaje de los jurisconsultos romanos; si ellos hablan de un derecho de poseer (*jus possidendi*), es con relación al propietario; pero este derecho de poseer no es un derecho distinto de la propiedad, uno de esos derechos que pueden desmembrarse de ésta á título de derecho real; este es el ejercicio de la propiedad. Los jurisconsultos ro-

manos hablan además de un derecho *de posesión* (*jus possessionis*); entienden por esto el conjunto de los derechos que están ligados á la posesión, considerada como aislada de la propiedad (1). Decir que hay derechos ligados á un hecho, no es declarar que este hecho es un derecho real. Los intérpretes modernos del derecho romano están de acuerdo en este punto.

Se podría objetar que cuando se discutió el código civil, la teoría de la posesión romana era ignorada. Luego hay que ver lo que nuestros antiguos autores y Pothier, sobre todo, entendían por posesión. Como el código no se explica sobre la naturaleza de la posesión, la tradición adquiere grande autoridad. Pothier ha escrito un tratado especial sobre la *Posesión*, en el cual se lee: «Aun cuando la posesión no sea un derecho en la cosa y no sea en sí misma más que un hecho, da, no obstante, al poseedor ciertos derechos con relación á la cosa que él posee» (2). Pothier dice en seguida cuáles son esos derechos, y su doctrina es literalmente la del código civil. Importa observar que ni siquiera discute la cuestión de saber si la posesión es un derecho real, y hace constar la negativa como cosa aceptada y no discutida. En su *Tratado de la posesión*, Pothier habla como intérprete del derecho romano; ha escrito una «Introducción general á las costumbres,» en donde expone los principios del derecho consuetudinario; pues bien, siempre usa el mismo lenguaje: «La posesión, propiamente, no es un derecho en la cosa, supuesto que se puede poseer una cosa con tener derecho en ella, y que la posesión consiste en el hecho simple de poseer. No obstante, esta posesión tiene efectos de derecho.» Pothier enumera esos derechos en algunas palabras; las vamos á transcribir para hacer

1 Namur, *Institutas é historia del derecho romano*, t. 1º, ps. 448-449.  
2 Pothier, *Tratado de la posesión*, número 82.

constar que hay identidad entre el derecho antiguo y el derecho moderno: «1º, se presume que el poseedor es el propietario de la cosa hasta que el verdadero propietario haya justificado plenamente su propiedad; 2º, la posesión da al poseedor acciones contra los que los perturban ó despojan; 3º, cuando está acompañada de buena fe, da al poseedor el derecho de retener los frutos que ha percibido hasta el día de la demanda del propietario que ha justificado de su propiedad; 4º, por último, hace adquirir al poseedor el derecho de propiedad al cabo del tiempo requerido para la prescripción» (1).

Se pretende que los autores del código civil han seguido en esta materia los principios del derecho canónico, el cual consideraba la posesión con un derecho real (2). Esto supone desde luego que la posesión era un derecho real según la legislación canónica; en seguida, que los redactores del código abandonaron en esta materia la tradición francesa, que se han separado de la doctrina de Pothier, su guía habitual. Ahora, nada de todo esto está probado; porque para establecer que la posesión era un derecho real según el derecho canónico, se citan las acciones posesorias; ahora bien, la teoría de las acciones posesorias nada tienen de común con nuestra cuestión, y por otra parte, el código de procedimientos no hace más que reproducir, en este punto, el antiguo derecho francés. En cuanto á los autores del código civil, no se cita una sola palabra de ellos que pruebe que hayan tenido la intención de consagrar la doctrina pretendida del derecho canónico, de preferencia á la de Pothier. Portalis no dice más que una sola palabra sobre la posesión, y esta palabra la toma del derecho romano. «La

1 Pothier, *Introducción general á las costumbres*, número 107.

2 Duranton, *Curso de derecho francés*, tomo 4º, p. 195, núm. 245.

propiedad, dice él, es un derecho; la simple posesión no es más que un hecho» (1).

Nosotros concluimos que, según el texto y el espíritu de la ley, la posesión no es un derecho real (2). La opinión contraria es más generalmente enseñada por los autores franceses. Demolombe llega hasta decir que es cierto que nuestras leyes reconocen la posesión como un derecho real. ¿Cuáles son esas leyes? No hay otras que los códigos civil y de procedimientos, los cuales dan al poseedor los derechos que hemos enumerado siguiendo á Pothier (3). A pesar de esos derechos, Pothier no vacilaba en enseñar que la posesión no es un derecho real. Luego habría que probar que los autores de nuestros códigos han querido invocar y por qué han derogado el antiguo derecho. Teniendo la posesión absolutamente los mismos caracteres que los que tenía en el antiguo derecho, debe decirse que ella es lo que siempre ha sido, un hecho que manifiesta la propiedad, hecho con el cual la ley liga ciertos derechos. ¿Por qué el legislador da cierto derecho al poseedor? Cuando expongamos esos derechos, diremos las razones por las cuales el código las otorga al poseedor, aun contra el propietario.

83. Colócase también el derecho de herencia entre los derechos reales. Duranton lo define en estos términos: «El derecho que tiene el heredero de perseguir al que retiene las cosas hereditarias, con los fines de que éste esté obligado á reconocer la calidad del actor, y en consecuencia, de restituirle la herencia con todas sus dependencias.» Esta es la definición de la petición de herencia, es decir, de la ac-

1 Portalis, Exposición de motivos del título de la *propiedad*, número 14 (Loché, tomo 4º, página 80).

2 Esta es la opinión de Toullier, tomo 3º, núm. 78; de Troplong, de la *prescripción*, núms. 219 y 220; y de Aubry y Rau, tomo 2º, p. 79.

3 Demolombe, t. 9º, p. 331, núm. 477; Demante, *Curso analítico*, tomo 2º, p. 448, núm. 378, bis 8º; Ducaurroy, Bonnier y Roustain, tomo 2º, p. 45, número 69.

ción que pertenece al heredero para hacer valer sus derechos; esta acción es real, es cierto; pero ¿quiere decir esto que el derecho hereditario sea un derecho real? El mismo Duranton confiesa «que esta segunda especie de derecho real entra mucho en la primera, la propiedad, sobre todo, en nuestra legislación, en la que, el heredero es el continuador directo de la persona del difunto, y tiene de pleno derecho la propiedad y hasta la posesión que éste tenía cuando falleció.» ¿Por qué, pues, se hace del derecho hereditario un derecho aparte? Duranton contesta que el derecho real consiste en la calidad de heredero (1). Esta es una idea que confesamos no entender. Siendo el derecho real un derecho en la cosa ¿de qué manera una *calidad* puede ser un derecho real?

84. Queremos apresurarnos en abandonar estas ociosas disposiciones que nada positivo ofrecen; si de ellas hemos dicho algo, es porque importa, en derecho, tener ideas claras y netas sobre todas las cosas, aun sobre las abstracciones de que tanto gusta la escuela. Hay una cuestión más importante bajo el punto de vista de los principios, y que no carece de interés práctico. Pregúntase si las partes contratantes pueden establecer otros derechos reales que los que el código civil ha mantenido, agregando la enfiteusis y la superficie, arregladas por leyes especiales en Bélgica. Generalmente se acepta la afirmativa, con excepción de algunos disentimientos (2). A nuestro juicio, ni siquiera hay un motivo para dudar. ¿Qué cosa es un derecho real? Con excepción de la propiedad, que se halla fuera de la cuestión,

1 Duranton, tomo 4º, p. 191, núm. 236. Compárese, Demolombe, tomo 9º, p. 380, número 478.

2 Toullier, tomo 3º, núm. 96; Ducaurroy, Bonnier y Roustain, tomo 2º, p. 45, núm. 69. Sentencias de denegada apelación, de 25 de Junio de 1834, y de 13 de Febrero de 1834 (Dallez, en la palabra *propiedad*, núm. 66, 1º, y 63, 1º). En sentido contrario, Demolombe, tomo 9º, núms. 513-518; Aubry y Rau, tomo 2º, p. 409, nota 1.