

lo alto; y apenas se encuentra mas que en los usos vecinales y en las fundaciones piadosas.

Así es que se hallan, ya por ese espíritu, ya por las regiones que habitan, ya por su sistema de establecimiento, mas caracterizadas que en parte alguna las cosas *nullius* ó de nadie. Distingúense bajo este aspecto las tierras *muertas*, que no han sido apropiadas ni poseidas, y pueden serlo por cualquiera, llevando consigo la *superficie de derecho*, que es la estension de una jornada de trabajo, ó de pasto, ó por un pozo, ó fuente, á la distancia de riego, sin dañar á otro.

Se da el nombre de *mubah* á las cosas de nadie, ya las que no han sido apropiadas, ó ya las abandonadas. Entre los animales lo son los que no han perdido su libertad originaria: cuadrúpedos, pájaros, reptiles, insectos, pescados, etc.; la yerba nacida naturalmente, sin cuidado de nadie, la cual, aun en terreno ajeno, será del primer ocupante, lo mismo que el agua. Es tal la fuerza de la ocupacion en el terreno *mubah*, que aun la venta no transfiere el dominio de lo interior, sino solo de la superficie. Los infieles enemigos son tambien *mubah*, y pueden reducirse á servidumbre.

El rito hanafita solo varía en exigir el permiso de la autoridad para la apropiacion del *mubah*, mientras el malekita solo exige su intervencion, cuando hay reclamacion; por lo demás, el agua se considera comun para los usos de bebida, riego, limpieza y ablucion, salva la propiedad limitada por este uso y por la humanidad de dar bebida al sediento.

CAPÍTULO III.

Acciones.

Sentencias.—Definicion de accion.—Atribucion y contradiccion.—Clasificacion.—Civiles, penales y administrativas.—Civiles de estado.—Esponsales.—Posesion de estado.—Otras de filiacion y matrimoniales.—Restitucion integral.—Reales.—Alodial.—Vincular.—Publiciana.—Rescisoria.—Otras reales.—Interdictos.—Mixtas.—Personales.

SENTENCIAS.

Los derechos y acciones son, en su acepcion jurídica, *bienes y cosas*, por tanto divisibles. (22 de diciembre de 1860).

No es necesario dar su nombre *técnico* y propio á la *accion* que se ejercita, sino que con arreglo al art. 224 de la ley de Enjuiciamiento, basta con determinar la clase á que pertenece, fundándose en las leyes cuyas disposiciones fijan el mismo sentido y concepto en que se pedia, ya en lo tocante al cumplimiento del contrato, ya por lo respectivo á la indemnizacion de perjuicios. (7 de octubre de 1858).

Garantia contradictoria.

En una accion entablada como inmediato sucesor de un vínculo y como heredero por sus cuatro sestos, en vez de acordarse afirmativa ó negativamente, se ordena que la totalidad de dichas fincas quede á disposicion de la herencia paterna, en la que estan interesadas otras personas que no habian litigado, declarándose además la nulidad de un documento privado, sin haberse pedido ni ser la cuestion del pleito; por lo cual se declara la casacion, segun la ley 16, tit. 22, part. 3.^a, que prescribe ajustar el fallo á la cosa contenciosa, por la fórmula pedida, segun la prueba pertinente. (5 de marzo de 1861).

NOTA. Creemos que esta declaracion corresponde al derecho civil de *apropiacion*, aun cuando sus efectos se desarrollen en el procesal de *contradiccion*. El sentido es que un derecho-habiente no es judicialmente supuesto sin *contradiccion*, debidamente *formulada y probada*. Como se ve, este es un derecho del *haber*, aun cuando el hecho de si el *fallo* se ajustó ó no á la fórmula, sea una apreciacion procesal.

Accion real.

Cuando se ejercita una accion real ó se exige el cumplimiento de una obligacion impuesta sobre determinados bienes, es innecesario que en el documento que aquella conste, aparezcan nominalmente todos los deudores por que se trasmite á los poseedores de las cosas, sean quienes fueren, y se les reconviene, no por razon de sus personas, sino por la posesion de los bienes grabados. (9 de marzo de 1861).

Identidad.

Desechada la escusa de no quedar una mujer obligada, con arreglo á la ley 61 de Toro, interpuesta como tercería; y presentada despues demanda de nulidad de la obligacion, se decide: que no por variarse el nombre de la accion puede reputarse distinta en su naturaleza y efectos de cosa juzgada, cuando es idéntica la razon en que se funda, igual el objeto á que se dirige, y unas mismas las personas interesadas en su aplicacion. (28 de febrero de 1861).

En los bienes litigiosos ha de probarse la identidad, para estar sujetos á las consecuencias del derecho ejercitado contra ellos. (20 de marzo de 1861).

Restitucion integral.

Se declara la restitucion *in integrum* á la Hacienda, y la entrega al fiscal, para mejorar la apelacion que habia sido antes renun-

ciada, con daño notorio de aquella, en asunto cuestionable; por lo cual, y tratándose de volver á un trámite esencial, no habia necesidad de la prueba, cuya falta se reclama, ni de la personalidad, de quien no habia sido parte en el pleito principal. (25 de junio de 1849).

No ha lugar á restitucion *in integrum* en los casos en que no ha lugar á nulidad; y no puede fundarse aquella en falta de representacion legal de una madre, por habérsela discernido con calidad de por ahora, el cargo de tutora y curadora. (25 de junio de 1847).

Restitucion y nulidad.

La ley 48, tit. 16, part. 6.^a, que autoriza la venta de bienes de menores con las palabras, ó por otra razon derecha que hubiese de hacerlo, sin poder escusarlo en ninguna otra manera, halla su esplicacion en la 60, tit. 18, part. 5.^a, que dice: *fuera de deuda ó gran provecho de los huérfanos*, sobre lo cual, como punto de hecho, aprecia el tribunal sentenciador; y probada así la necesidad ó utilidad, habiendo precedido justificacion de conveniencia y dictámen de letrados calificadores; dádose á la venta toda la publicidad posible, guardando los términos legales, y procediéndose con arreglo á práctica constante, recayendo la aprobacion judicial, se ha cumplido la ley 60 que previene: *ande la cosa públicamente en almoneda treinta dias*, sin que pueda tener lugar la ley 52, tit. 5.^o, part. 5.^a, aplicable á otra clase de ventas, resultando de todo no haber lugar á restitucion, por haber apreciado el tribunal que no hubo para el menor perjuicio, sino beneficio. (11 de marzo de 1861).

Cosa juzgada.

No puede reivindicarse por una tercera persona la cosa que en tercera de dominio ha sido perdida por otra, cuando es una misma la causa en que reposa lo juzgado. (18 de marzo de 1861).

Definido el dominio *derecho real vindicable*; habiendo explicado los derechos y las cosas, toca ahora examinar las vindicaciones, reclamaciones ó acciones. Definese en la *Instituta* accion: *derecho de perseguir en juicio lo que á uno se le debe*; y Heineccio observa que esta definicion conviene á la accion, considerada cosa incorporal ú objeto de la segunda parte; mas no á la accion procesal, cuyo tratado corespondia al tercer objeto del Derecho romano, bajo cuyo aspecto se definiria mejor: el *medio legítimo de perseguir en juicio su derecho*. Mas no da una definicion que pueda convenir, así á la accion incorporal, como á la procesal; y en este silencio, supliremos el vacio, definiendo en general la accion: la

aptitud de atribuirse un derecho y sostener su contradiccion en juicio. Compréndense en ella las dos ideas de *derecho* y de *fórmula procesal*, distinguiéndolas con la calificacion, en nuestro concepto, mas apropiada: que es considerar como *atribuciones* á las acciones en derecho civil; y como *contradiccion* en el procedimiento.

El art. 224 de la ley de Enjuiciamiento civil exige en la demanda *determinar la clase de accion que se ejercite*, so pena de no entrarse en juicio por *defecto legal*, que es la cuarta escepcion dilatoria, segun el artículo 237. Este precepto requiere en el tratado de la jurisprudencia civil un detenido exámen, para determinar escrupulosamente la calificacion de las acciones, segun *su clase*, sin lo cual serán vanos todos los conocimientos juridicos para el letrado práctico, que se verá detenido desde el principio, ó estraviado en actuaciones inútiles, perjudiciales y costosas, al entablar una reclamacion justa en el fondo.

La primera cuestion es sobre las palabras que han de usarse para determinar la clase de accion; y esta se halla resuelta previniendo que no es necesario *individualizarla*, puesto que la ley solo exige la *clasificacion*, y así se ha declarado interpretativamente por el Tribunal Supremo, en 7 de octubre de 1838. Para proceder á la clasificacion de una manera auténtica, será preciso tomar las mismas palabras de los códigos, ó de la jurisprudencia.

Las acciones por primera clasificacion reciben las de las fuentes del derecho, que es civil, penal ó administrativo. Trivial es para todo estudiante la distincion entre lo civil y lo penal; mas no así entre lo civil y lo administrativo. Sin embargo, es tan sencilla una distincion como la otra. Luchan dos intereses privados entre sí, ó aun cuando sean públicos, revistiendo el carácter de privados, y corresponden á lo civil. Lucha un interés privado ó con carácter privado, con uno público; y el ataque del privado al público constituye lo criminal. Lucha un interés público con uno privado; y el ataque del público al particular constituye lo contencioso-administrativo.

Así la primera division de las acciones es en: 1.^a la que corresponde á un particular ó á un reclamante con carácter particular contra el agravio de otro carácter privado; y es la accion civil; 2.^a la que corresponde á un particular, reclamante con carácter público contra el agravio de otro carácter privado ó público, con carácter privado; y es la accion penal; 3.^a la que compete al particular contra el agravio de un carácter público y es la accion contencioso-administrativa.

Debe cuidarse mucho de deslindar bien las acciones civiles, sobre todo en los interdictos ó acciones posesorias; distinguiendo si ha habido combate de derechos, ó daño; pues lo primero pertenecerá á lo civil y lo segundo á lo penal; ó si el agravio que se reclama procede de un carácter público, en cuyo caso corresponderá abrir una contienda contenciosa; y no perder en uno ni en otro caso el tiempo y causar gastos, usando acciones civiles, que serian inútiles y dañosas, aunque procedentes en el

fondo. Ocupándonos ahora de las civiles, las dividiremos en familiares, reales y personales.

Las familiares tienen el nombre jurídico de acciones de estado, que entre los romanos era de tres clases: de libertad, de ciudad y de familia. El de libertad solo es conocido en el derecho colonial: el de ciudad es entre nosotros político ó administrativo; perteneciendo ó á la legislación por la concesion de naturalizacion, ó á lo procesal por las dudas sobre estranjería, vecindad, domicilio, ó residencia, referentes á la competencia de los tribunales; ó bien al derecho administrativo por lo que se conexione con este.

La primera division de las acciones familiares puede recibir el nombre de matrimoniales, y subdividirse en los diversos aspectos bajo que estas pueden considerarse, ya por sus antecedentes, ya por su constitucion, ya por sus consecuencias; distinguiéndose en acciones *esponsalicias*; acciones nupciales por validez ó por nulidad; acciones de legitimidad; acciones de paternidad y filiacion; acciones maritales.

La accion de *esponsales* se da á la parte perjudicada por acto ó falta de la otra, ó á su representacion legitima para pedir su validacion, nulidad, rescision ó cumplimiento en los tribunales eclesiásticos: los cuales pueden apremiar, no habiendo escusa legitima, á la realizacion de la promesa, ya por censuras eclesiásticas, ya impidiendo la celebracion de otros. La accion de *indemnizacion* de daños y perjuicios es del fuero civil, segun la ley 20, tít. 1.º, lib. II, *Novisima Recopilacion*.

Contra el disenso juzgado irracional de los padres, abuelos ó tutores, ya se ha manifestado que hay recurso administrativo ante la autoridad superior del disiente; mas contra el abusivo consentimiento de la parte hay accion eclesiástica de *oposicion* en la persona ligada con previo vínculo esclusivo; pero las personas cuya licencia sea necesaria para el consentimiento, parece que solo tendrán recurso administrativo. Respecto de los impedimentos que interesan á la sociedad, se tenia por pública la accion, prefiriéndose á los parientes; pero en el estado de la jurisprudencia procedería el ministerio fiscal por denuncia.

La accion de *oposicion* se da para los impedimentos impeditivos, y la de *nulidad* para los dirimentes: por aquella, se procura evitar el matrimonio futuro; por esta, se procura la disolucion del matrimonio contraido. Tambien hay accion en el que se considera legalmente cónyuge contra el que vive matrimonialmente á virtud de enlace contraido con las formalidades necesarias. Pero esta accion, mas bien que de nulidad de posterior matrimonio, es un *interdicto* posesorio de estado del primero; pues que el posterior no es nulo en sí mismo, sino imposible.

Entre las acciones matrimoniales consiguientes, las relativas á la legitimidad son por regla general posesorias, á virtud del principio de presumirse aquella á favor del matrimonio. No lo es, sino *petitoria*, la accion de *desconocimiento*, ó *negatoria de paternidad* dada al marido contra el hijo nacido de su matrimonio durante ausencia ó impotencia dentro de los

cuatro meses *concepcionales*, segun la ley 4.ª, tít. 23, part. 4.ª, ó la misma que pudiera el hijo entablar por convenirle, por ejemplo, no llevar un nombre deshonrado. Es una accion escepcional y contra la presuncion legal; asi es que no se toma en cuenta sin otros datos la sola confesion de la madre.

La otra clase de acciones matrimoniales consiguientes son las relativas á la potestad marital. Entre ellas la principal es la de *divorcio*, que es eclesiástica, y solo produce el efecto de separar cuerpo y bienes. Las relativas á alimentos y á estos mismos bienes, son civiles. La personalidad marital llega solo hasta el ejercicio de la accion de depósito provisional de la mujer, anterior á la presentacion de la demanda, mas no en el posterior permanente.

Corresponde tambien al marido accion civil de administracion en los bienes estradotales que la mujer le ha transferido; y á esta contra el marido en los que no le transfiriere; mas no se admite la *general de estado* para vivir separada, establecerse y gestionar libremente por convenio mútuo y sin sentencia disolutoria. Tambien corresponden á uno y otro acciones alimenticias. Las demás acciones relativas á dotes, parafernales, regalos, gananciales, corresponden á las donaciones, herencias y sociedad.

Las acciones relativas al ejercicio de la patria potestad, en cuanto al derecho civil, son de *alimentos* y de *peculios*; pues cuanto concierne á la persona y educacion corresponde á lo administrativo.

La segunda division de las acciones familiares contiene cuatro clases segun las fracciones de ella: de bastardía; de legitimacion; de adopcion; de tutela y curatela. En la bastardía hay accion de *filiacion* del ascendiente ó pariente contra el afiliado ó afiliable; y de este contra el ascendiente ó pariente. En el primer caso, el afiliado puede oponer como escepcion la *posesion de estado no interrumpida*, y como prueba, la testifical, la de concepto público, las partidas de bautismo, las denominaciones familiares y otros actos de esta especie. Accesorias á la bastardía la accion de *alimentos* contra los ascendientes ó sus herederos por el bastardo, segun su clase; y segun ella, la escepcion, que tambien se estenderá á la importancia de la herencia y estado de fortuna, pues alcanza al quinto ó parte necesaria.

Hay accion de *reconocimiento* y contra *reconocimiento* por el hijo y por la madre. Accion hereditaria legitima del hijo natural respecto de la madre, probando la falta de hermanos legitimos. Tambien hay accesorias, accion hereditaria en el sesto del padre, probando la misma falta y con caucion de dividir con la madre: ó en el total del intestado á falta de parientes del cuarto grado.

En la adopcion no hallamos notable mas que la accion de restitucion del menor contra el adoptante que le enseñe malas maneras.

Las acciones procedentes de la tutela son relativas á los derechos respectivos. La accion de *tutela*, por la que se requiere al tutor la dacion de cuentas y entrega de productos, tiene en las tutelas discernidas, con

arreglo á la ley de Enjuiciamiento, la modificacion de que optándose por el régimen de frutos, no habrá necesidad de dar cuentas; y siguiendo el régimen de estas; no hay necesidad, por ser de oficio del juez pedir-las. En el derecho romano se conocia tambien contra el tutor ó curador la accion de *distrahendis rationibus*, cuando habia ocultacion en lo devuelto, al concluir el oficio. En nuestro derecho puede llamarse accion *tutelar de entrega* la correspondiente al huérfano ó sus herederos contra el tutor, sus fiadores y herederos, para ser entregado de todos los bienes muebles ó raíces, ó hacer la entrega al curador: igual accion cabe contra este, por lo cual puede llamarse en general *accion de horfandad para entrega*, segun las palabras literales de la ley 21, tit. 17, part. 6.^a

Tambien correspondia en derecho romano la accion *ex stipulatu* contra las garantías del tutor, ó sus fiadores, ó poseedores de la hipoteca, dirigiéndola contra aquel antes que contra estos terceros, para evitar la escepcion de escusion. En estos casos, corresponde en nuestro derecho la accion comun *fideyusoria*, *hipotecaria* ó *pignoraticia*, sin darse mérito á la estipulacion tutorial, pues no tiene la importancia que en el derecho romano. Tambien habia en Roma accion contra *affirmatores* ó informantes judiciales de buenas cualidades, en el tutor que no las tenia. Solo podria perseguírseles por falso testimonio é indemnizacion de daños. Otra habia contra los *nominatores*, que para evitar la tutela, indicaban una persona inhábil. Otra contra los *postulatores*, que requerian un nombramiento innecesario; y ambas son desconocidas. La accion *hipotecaria* contra los poseedores de bienes del guardador está vigente, con la modificacion de la tutela legal, antes *prescrita*, á la *inscrita* en el régimen de especialidad y publicidad, prevenido en el nuevo arreglo hipotecario. La accion *subsidiaria* ó útil de tutela contra el juez inferior, por garantías nulas ó insuficientes, ó por omision, ó dilacion en el nombramiento, con responsabilidad á sus herederos, se halla en fuerza, habiendo un caso reciente de haberla exigido el Tribunal Supremo.

Hay accion contraria de tutela dada á los tutores, y la útil á los curadores, para reclamar las obviaciones y compensaciones de su cargo, con retencion de bienes. En cuanto á esta retencion, como la ley no la previene al hablar de la *entrega*, debe interpretarse estrictamente; y solo en el caso consiguiente al antecedente fijado en la ley misma. Como la 15 pone entre las obligaciones del guardador «enderezar las casas que non cayan; facer labrar las heredades é criar los ganados; á buena fé é lealmente,» resulta una obligacion de gastos útiles y necesarios, los cuales llevan consigo el derecho de retencion, en cuanto haya mejora.

La accion característica de los menores es la llamada en latin *restitutio in integrum*, ó entrega integral, la cual es demanda de entrega, que dentro de cuatro años despues de la mayor edad, se reclama en juicio por obligacion perjudicial contraida en la menor edad, para la reposicion al estado anterior, revocando el compromiso ó reponiendo el juicio. Se estiende á todos los menoscabos y daños recibidos por falta de menor

edad, por no formar juicio exacto de las cosas, por culpa ó engaño de sus guardadores ó de otro. La menor edad dura hasta los veinticinco cumplidos; y para proceder la accion, debe probarse el daño ó menoscabo, y ser al tiempo de recibirle, menor. La reposicion cabe hasta por los juicios dados á virtud de confesiones hechas por el menor, su guardador ó defensor. Se estiende la reposicion aun al legado de eleccion en que se hubiese el menor equivocado en lo mejor. Tambien aun á mejora de subasta ya celebrada y entregada. Igualmente en las obligaciones, cambios ó novaciones en que se probase menoscabo.

No procede la restitution, si el menor se hiciere pasar por mayor y lo pareciere. El púbero que jurase no deshacer la venta ú obligacion, no puede reponerla; y aun cuando el anotador de los Códigos españoles opina que esta disposicion y la de la ley 16, tit. 11, part. 6.^a ha caido *natural* y *convenientemente* en desuso, no podemos convenir con él, no tanto por el literalismo legal de observarse las leyes que no esten espresamente derogadas, ó desusadas por costumbre que reuna los requisitos legales para la sustitucion á la ley, sino lo que es mas conforme á la ciencia, por recomendarlo la naturaleza y conveniencia del caso.

Nuestra época y el estado de la ciencia exigen que el hombre se ocupe en contribuir á los trabajos del movimiento y trato social, tan pronto como sea posible; y al beneficio, al crédito, á la riqueza del público deben, si ha de haber sacrificio, ceder los intereses y consideraciones individuales. Este principio, exigido premiosamente en una época donde la confianza de los mútuos compromisos es el fundamento de la inmensa riqueza desarrollada y de la incalculable que tiende á desarrollarse; en una época donde todos los medios de ejecucion y movimiento se desarrollan con una rapidez no imaginada siquiera de nuestros antecesores, no debe debilitarse la confianza mútua con escepciones y privilegios, si quiera sean de edad, porque no se amolda con la necesidad de la rápida contratacion la exigencia de cotejar una partida de bautismo. Los principios legales vienen en apoyo de esta exigencia social. El púbero es hombre hecho ante la religion y ante la posteridad; puede casarse y hacer testamento: la restitution es un privilegio, y debe interpretarse estrictamente en lo odioso, cual seria reclamarle, haciendo recaer sobre si la nota de perjuro. La ley no puede favorecer la inmoralidad de hacerse pasar por delincuente, de sujetarse á la pena que el Código señala al perjuro púbero, segun su edad, por reportar utilidad, faltando á un compromiso. No se confunda la inmoralidad del juramento en lo político y en lo civil, como no hay paridad en los actos políticos punibles y los delitos privados. El juramento político recae sobre una *opinion*; siendo esta por su naturaleza mudable y espermental como el pensamiento, es imprudente ligarse inmutablemente. Pero el juramento civil recae sobre un acto ó compromiso moral, con perjuicio de tercero; y la probidad, la rectitud, la moralidad privada son de todas las opiniones, tiempos y circunstancias.

Tampoco puede reclamarse la reposición de sentencia ya ejecutoriada, declarando no haber tal menoscabo. Tampoco cuando se hallase que la obligación fuere tal como pudiera haberla ejecutado hombre de edad cumplida y buen entendimiento. También puede pedirse, con razón fundada, la dimisión de herencia ya aceptada. La acción de reposición pasa á los herederos del menor. Las prescripciones de veinte años y menos no corren contra los menores ya nacidos al tiempo de empezarse: por las antes comenzadas pueden pedir la restitución: las de treinta años ó más corren contra los púberos; pero tienen beneficio de restitución. Finalmente, esta acción es extraordinaria y no procede sino á falta de toda otra.

Esta acción de restitución se declaraba á las iglesias, Fisco y corporaciones. Como la propiedad eclesiástica y corporativa ha pasado á ser pública por la ley de Desamortización, no puede haber lugar á este recurso, sino en los términos y en los límites que lo permiten los únicos bienes explicados en el capítulo anterior. En cuanto á los que puedan adquirir, con arreglo al último Concordato, las iglesias, como han de considerarse de propiedad particular, no podrá ejercerse la restitución.

Se da también el recurso en los casos de fuerza y miedo á los ausentes por causa pública, literaria, religiosa ó cautiverio; y por lo tanto la creemos estendida al caso de emigración, repuesta por amnistía, y mucho más por restauración de la causa emigratoria; pues aun en el caso de amnistía, se concede que pudiera pasar por causa pública, á los ojos del emigrado, la erróneamente defendida.

A las acciones reales corresponde el nombre de vindicaciones; y la acción completa ó integral de dominio es la *reivindicatoria*. En los derechos señoriales corresponde á esta clase la acción *alodial jurisdiccional*, y la excepción señorial á los demandados por una prestación, ya sea de las *constantemente nominadas jurisdiccionales*, ya de las innominadas, exigidas en pueblos donde se ejerció aquel señorío. Las *nominadas* son veinticinco: Acapte; Barcage; Castillería; Cena de ausencia y presencia; Dinerillo; Dominatura; Fogatge; Fonsadera; Jova; Lleuda; Llosal; Maravedises; Martiniega; Moneda forera; Pan de perro; Peatge; Pecha; Plegarias; Quistia; Ral de batlle; Terratge, excepto el de tierra convenida; Tirage; Tragi; Yantar, y Yantareja.

La acción *alodial* corresponde al señor jurisdiccional, poseedor de la prestación, amparado en virtud de la presentación de títulos; al perceptor de la prestación, que no ha ejercido señorío jurisdiccional, ó que habiéndole ejercido, no halla puesto en duda su derecho alodial.

Según se ha manifestado en los derechos vinculares, nacen de ellos la *vindicatoria* de derecho preferente al poseedor, al tiempo de la desvinculación, y la de *mayorazgo indiviso*.

Entre los romanos cuando no había causas bastantes para fundar la acción vindicatoria, se conocía la *publiciana* y la rescisoria. Entre nosotros la acción equivalente á la Publiciana, y que puede llamarse *casi-prescritoria*,

es la correspondiente al poseedor de buena fé sin el transcurso suficiente para prescribirla; á fin de reclamarla de cualquier detentador. Se apoya en la ley de partida que dió esa fuerza á la cosa ganada á virtud de juramento decisorio; y para la excepción, en otra ley que prefiere al poseedor, aun cuando haya sido segundo adquirente.

La acción *rescisoria* es un beneficio restitutorio contra la prescripción ya completa, y por tanto es aplicable lo referido al hablar de los efectos de la restitución respecto del ausente, atemorizado, lesionado, etc., excepto el menor en el cual es por razón de estado. En esta acción se anula la prescripción ya completa; como en la anterior se supone completa la no transcurrida. Estas dos acciones, la publiciana y la rescisoria, son una prueba de la razón con que ponemos la posesión entre las causas de derechos reales. Solo una manía de seguir las ficciones del derecho romano ha podido hacer que continúen como un apéndice de la vindicatoria de dominio dos acciones posesorias. Si el poseedor de buena fé que ha perdido la posesión puede reclamarla contra otro de peor derecho; claro es que debe el derecho en la cosa á su posesión de buena fé, y que esta es una manera de derecho real.

Por el contrario; si al que ha prescrito con todos los requisitos legales, no le valen estos contra el vicio originario de la fuerza y miedo, lesión, ausencia, etc., no debe atribuirse esta falta á la posesión, sino al título originario, que no puede borrar los efectos de la posesión antigua.

Las otras propiedades fraccionadas dan lugar cada una á dos acciones. La de herencia á la *petición* y la queja de *inoficioso*; la de empeño, que comprende la llamada en latín *serviana* y *casi-serviana*; y las confesoria y negatoria de servidumbre. En la negatoria hay la particularidad de que debe probar el demandado contra la regla general de derecho; lo cual consiste en la libertad natural supuesta al predio, mientras no se pruebe la coartación correspondiente á la servidumbre. Exceptúase el caso de estar el demandado en la casi-posesión de su derecho.

Las demás acciones reales, clasificadas como misceláneas en el derecho romano, pueden referirse á las anteriores fuentes. La llamada *Pauliana* para perseguir hasta los frutos de las cosas desaparecidas en fraude de los acreedores, por nuestras leyes puede entrar en la clase de hipotecaria general, pues la 7.^a, tít. 15, part. 5.^a, la clasifica como *revocación de enagenación*, de manda ó herencia; de venta, cambio, dote, ó prenda, ó remisión, durante un año. Por lo tanto, ya se coloque entre la hipotecaria por virtud de fuerza judicial; ya como *revocatoria de enagenación*, la cual es un derecho real, propio del dominio; claramente corresponde á las reales. Las acciones familiares que hemos explicado, y se presentan á veces como *prejudiciales*, ó de juicio previo, se consideraban reales. En mi opinión se fundaba esto en que tanto el hijo como el siervo eran considerados *cosas*; y aun en cierto modo el ciudadano para el Estado. Pero no creo que podría esto sostenerse en nuestra jurisprudencia, ni aun el título mismo de *prejudicial* ó de juicio previo. Pues no hay otro juicio pré-