

vio aplicable á este caso, que el de personalidad y de fianza de extranjero no capitulado. En cuanto al juicio prévio entablado por la escepcion dilatoria sobre personalidad, se halla establecido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la personalidad escepcionable dilatoriamente es la procesal ó causidica, es decir, la formularia para presentarse en juicio segun los artículos de la ley de Enjuiciamiento. Es la presentacion directa por procurador con poder bastantado por letrado; ó la representativa con documento comprobante de la representacion; reuniendo las calidades de presentacion en juicio, como mayor edad, ó suplemento del curador; ó siendo mujer, intervencion del marido. Pero la aptitud civil y no procesal, cual la de ser hijo para pedir una herencia, etc., esa se discute como escepcion perentoria. De esto resulta que las acciones de *estado* mas bien que *prejudiciales*, pueden llamarse *adjecticias*, pues en la mayor parte de los casos solo aparecerán como un medio de obtener el derecho á ellas anexo. Y como esta anexidad, que en la mayoría de casos consistirá en derecho como heredero, es casi exclusivo de las acciones reales; pues entre las personales pasan pocas, como por ejemplo, la de inquilino por tiempo determinado; puede sentarse que por regla general son reales las acciones de *estado* ó familiares, cuando conexas con otras. Si se entablan solas, como la de reconocimiento y alimentacion, pueden considerarse mistas, en cuanto solo pueden darse á virtud de un hecho personal obligatorio, pero con resultas para sus bienes.

Restan los interdictos que muchos han considerado como acciones reales, por ser la posesion, como dice Heineccio, una quinta clase de derecho real. Segun nuestra nueva ley, son cinco: las tres posesorias, y las dos denuncias de obra vieja y nueva. El de *adquirir* no hay duda en que es accion real, pues procede contra cualquiera que detente la cosa sin ser dueño ni usufructuario. El de *retener* es personal, segun se ve en el artículo 714, por el que se manda convocar á quien haya ejecutado *acto* para *temer* inquietud en la posesion. Desde el momento en que para el ejercicio de una accion se exigen actos personales del demandado, la accion es *personal*. Pero se dirá que es real en cuanto se dirige á precaver la desposesion de una cosa; á lo cual respondemos que es una violencia de la palabra *vindicacion* ó reclamacion de la cosa; es una condicion personal de perturbador moral, si bien con mira á las cosas como son todas las acciones personales. La accion de *recobrar* es tambien personal por exigirse en el art. 724 la designacion del autor del despojo, aun cuando toma interinamente carácter *real*, si se da fianza. Los interdictos de obra nueva ó vieja son acciones reales, pues se dan contra cualquiera que haga la obra nueva; ó contra cualquiera que deba reparar ó demoler una obra vieja: en el primer caso es contra la cosa renovada; y en el segundo, contra la ruínosa.

Las acciones mistas eran la peticion de herencia, de que ya se ha hablado bajo el aspecto real de hereditaria; pero dudo mucho que pueda reconocérsele el carácter personal; pues entre los romanos procedia

acaso de la ficcion de considerar al difunto personalizado en el heredero, de donde provino la exigencia de morir todo testado, por lo cual no pueden citarse en apoyo del carácter personal de la accion las leyes de Partida, escritas bajo la inspiracion de aquel principio destruido en la ley 1.<sup>a</sup> título 18, lib. X, *Novissima Recopilacion*.

En las otras acciones mistas de los tres juicios divisorios: en la de *familia erciscunda* cabe la misma observacion; pues el heredero testado ó intestado tiene derecho real á la herencia por el prólogo y ley 1.<sup>a</sup> del tit. 14, part. 6.<sup>a</sup>; y aun cuando la ley 1.<sup>a</sup> del 15 designa contra los co-herederos el ejercicio de la accion de division de herencia comun, esta necesidad se fundaba en el sistema de particion de la libra hereditaria en onzas. Véase en comprobacion lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento, respecto de las testamentarias ó intestados. En el primero basta la presentacion de la partida y testamento ante el juez, para llegar al tercer periodo, que comienza por la reunion de una junta. No hay, pues, necesidad de dirigirse contra los co-herederos, sino al juez para reclamar, por medio del procedimiento prescrito, el derecho correspondiente. Todavía se ejerce mas el oficio del juez en los intestados. Ahora bien; en el caso mas directo, que es el de un heredero desposeido contra sus co-herederos, apoderados de la herencia, y en caso de enagenacion contra los terceros, se ve bien que la accion es verdaderamente real contra cualquiera que la tenga, para la division judicial, no tomando el carácter personal, sino cuando haya, con arreglo al art. 492, convenios, y en tal caso la accion no procede de la personificacion del difunto en sus herederos, sino de lo convenido por estos. La de *communi dividundo* solo me parece que puede tener de personal el caso de retracto, que es mas bien integracion que division; pero trascurridos los nueve dias, ¿puede sostenerse que haya accion de division contra el enagenante? Si se trata de la accion contra el que haya constituido comunidad, la accion personal procedente será la del contrato constitutivo; pero la accion divisoria será contra la cosa, téngala él ú otro. La de *finium regundorum* se llama de deslinde y amojonamiento, y se trata desde el art. 1,323 en los actos de jurisdiccion voluntaria. Por lo mismo ha perdido el carácter de accion; pues cuando puede tenerle, que es en el caso de oposicion, corresponde á la causa, porque uno la sostenga y otro la combata; y si resulta convenio, la accion será de convenio. Por lo tanto, mas bien que accion, ha quedado reducida á convocacion, escepto bajo el aspecto de derecho á fijar los limites contra ausentes ó no comparecientes, en cuyo caso es accion real exclusivamente.

Como tránsito entre las acciones reales y las personales, se hallan las llamadas *in rem scriptas*, por darse, aun cuando personales, contra cualquiera persona.

Estas acciones eran cuatro entre los romanos: la exhibitoria; la Pauliana ó *revocatoria* de enagenacion fraudulenta; la rescisoria por miedo, y la *espulsoria* del agua llovediza. Ya hemos hablado de la Pauliana, con-

siderándola comprendida en la general hipotecaria, y por lo tanto como *real*; tambien de la rescisoria por miedo, considerándola accion vindicatoria ó posesoria; la *espulsoria* es una especie de negatoria de servidumbre, y por lo mismo *real*: queda, pues, la *exhibitoria*. Juzgamos que se halla modificada por el art. 222 de la ley de Enjuiciamiento, en que se describen cuatro exhibiciones, prohibiéndose por el 223 cualquier otra diligencia prévia. De consiguiente, se da la accion *exhibitoria*: 1.º por la cosa mueble, que en su caso haya de ser objeto de accion real que trate de entablar; 2.º por el testamento ó codicilo en que se crea tener herencia, co-herencia ó legado; 3.º por los títulos ó documentos referentes á la cosa vendida por el comprador al vendedor ó vice-versa, y 4.º por los documentos ó cuentas de sociedad ó comunidad por el sócio ó comuneros. De estos cuatro casos, los dos primeros tienen el carácter de accion real, y los otros dos, de accion personal limitada al contratante consensual con el actor. De manera que la accion exhibitoria solo queda como real, en carácter de accesoria de una accion real, ó por supuesto hereditario para la exhibicion del testamento ó codicilo. La escepcion de la ley para que no se exhiban las vigas ú otros materiales introducidos en la fábrica de un edificio y reclamados por su dueño, reposa en el doble principio de que en la accesion por edificacion no cede lo accesorio á lo principal, y solo hay derecho de indemnizacion; y en que se han hecho ya inmuebles por destino, y la exhibicion se da solo para los muebles.

Los romanos conocian acciones personales nacidas de la equidad natural, de la ley civil y del hecho mismo; pero entre nosotros todas las acciones proceden de la ley. Tampoco hay distincion entre pactos desnudos y revestidos, ni entre contratos nominados ó innominados. La ley 1.ª, tit. 1.º, lib. X de la *Novísima Recopilacion* dispone que nace obligacion siempre que conste su existencia. El Tribunal Supremo ha completado la inteligencia de la ley, requiriendo la clara intencion de obligarse ó existencia de la obligacion, la capacidad del obligado y el hecho lícito ó no contrario á ley ni moral. Queda la distincion de contratos reales y consensuales: aquellos perfeccionados por la entrega del objeto, y estos por el consentimiento de las partes. Puede ser cuestionable si quedan contratos verbales, aun cuando puede decirse que esta es una cuestion de palabras; pues si de las solas palabras aparece la clara intencion de obligarse, entrarán en la ley general: en cuanto á los literales, reducidos entre los romanos al recibo de dinero, contra cuyo tenor se reclamaba en el bienio, y reproducido en la ley 9.ª, tit. 1.º, part. 3.ª, hay razones muy poderosas para crearla derogada por la ley recopilada, si la obligacion consta claramente, lo mismo que la intencion, mucho mas despues de abolida la ley contra la usura, contra el libre ejercicio de arrendar y demas restricciones de la libertad y contratacion, que dadas por un espíritu mal entendido de proteccion al débil, solo servian de armas á la mala fé, á la falta de cumplimiento, siendo terror de los rectos contratantes, sin contener á los avarientos que preveian el exceso y sabian eludirle.

En resúmen, puede sentarse la regla de que todos los contratos son consensuales; pero que los hay simplemente consensuales, y los hay en que el consentimiento los hace solo promisorios, como sucede en los reales y en el enfiteusis, que exige la escritura para su perfeccionamiento, si bien puede probarse con cualquier otro medio de conviccion. Sobre cada una de estas acciones se hablará en su propio lugar, así como se han indicado ya las correspondientes á los puntos de que se ha tratado.

Concluimos, pues, advirtiéndolo que en cada peticion judicial debe examinarse muy detenidamente la clase de accion legal en que puede fundarse la presentacion en juicio, para anunciarla en la reclamacion. No hay necesidad de identificar la accion, sino de *clasificarla*. Esto es importante; pues reduciendo con la identificacion el círculo del fallo, podria encontrarse una absolucion de la demanda sobre la accion reducida, pudiéndose haber obtenido una declaracion en la accion clasificada. Tambien se dificulta la prueba, identificando la accion. Así el tacto del letrado estará en clasificar la accion del modo mas lato posible, pero sin que deje de calificar el derecho.

Para este efecto son bastantes las clasificaciones indicadas en cuanto al derecho civil. En cuanto á las acciones procedentes de obligacion, se recomienda gran cuidado respecto de la calificacion del acto lícito ó moral sobre que recaiga, y cuyo criterio es lo que se llama técnicamente la *causa civil* de obligar. No es obligacion lícita ó moral la que no tiene esa causa. De los casi-contratos nacen, como de los contratos, acciones directas y contrarias; y ya hemos hablado de varias bajo otros aspectos como son la tutela y comunidad.

No es necesario ni oportuno entrar en esplicaciones sobre las procedentes de hechos ilícitos y que corresponden al Código penal. En ellas hay la ventaja de poderse conseguir el objeto con la persecucion fiscal, coadyuvándola ó no. Las principales son de hurto y robo, estafa, daño, injuria, indemnizacion, y las numerosas procedentes de las faltas. Constituyen el hurto y robo la despropiacion violenta ó mañosa; y la estafa, la retencion fraudulenta. Puede haber estafa de *uso* como de propiedad. El daño es lo contrario de las anteriores; pues en ellas se aprovecha el delincuente, y en este desperdicia. Es preciso gran cuidado en no confundir el *daño*, que puede reponerse fácil y gratuitamente, por el procedimiento de delito ó falta, con el *despojo* que requiere el pleito de interdicto. La regla es que el ejecutor del exceso sea probado de haberse arrogado, al hacerle, derecho sobre el objeto invadido; pues entonces ha verificado despojo. Pero si no se prueba y solo aparece un perjuicio, entonces solo procede el daño. Entre los excesos contra la propiedad se halla la accion de propiedad literaria. La accion de injuria debe siempre, sobre todo si no es bien manifesta, prepararse con la comprobacion de no dar la parte agresora esplicaciones satisfactorias en juicio.

Uno de los grandes vacios de nuestra legislacion es la falta de disposiciones para relacionar lo civil con lo penal. En una persecucion de hurto

se opone escepcion de propiedad ó falta de propiedad en el actor por parte del reo. Segun el estado de nuestra legislacion, deberá seguirse el procedimiento criminal; pero ¿conviene sujetar á sus angustias al que podrá resultar dueño de la cosa que se supone por él hurtada? En las acusaciones de estafa es donde mas combinaciones pueden presentarse, y donde mas puede padecer el inocente, por la precipitacion necesaria y el arbitrio inherente al procedimiento criminal. Por el contrario, reconvenido uno como deudor por un documento que puede tachar de falso, é interponiendo declinatoria por no ser juez de estafa y falsificacion, ¿ha lugar á la incontestacion?

Las acciones, cuando se hallan en el demandado, se usan como *escepciones*. Estas son la *aptitud de eludir ó contradecir el derecho reclamado por la accion*. Cuando el demandado se atiene á negar simplemente la accion, no puede decirse que escepciona; y entonces corresponde al actor la prueba, por regla general; pues ya hemos dicho que en la negatoria de servidumbre incumbe al demandado. Mas cuando este escepciona, se toca la prueba. Las escepciones que eluden la accion, se llaman dilatorias; y las que contradicen, *perentorias*. Aquellas son tasativas y pasan á ser perentorias, si no se oponen dentro de seis dias. Segun el art. 237 de la ley de Enjuiciamiento, solo son admisibles: la incompetencia de jurisdiccion, la falta de personalidad, la litispendencia, el defecto legal, la falta de arraigo para el juicio en extranjero, cuyo país no haya obtenido exencion. Segun se ve, todas son procesales ó causidicas; pues ya hemos explicado cómo se entiende la *personalidad*, y que la correspondiente al derecho civil se sustancia como escepcion perentoria.

#### PORTUGAL.

Division.—Descripcion de acciones.—Casi-dominio.—Posesion de buena fé equivalente á dominio.—Otras acciones reales.—Toda obligacion es consensual.—Interdictos.—Acumulaciones.

Todas las acciones son civiles y de buena fé. Se conservan las arbitrarias en los asuntos familiares. Se conocen las divisiones en directas y útiles, reales, personales, mistas y prejudiciales, subdividiendo estas en afirmativas y negativas de estado, al cual, y no al *jus in re* ó al *ad rem*, corresponden, segun Melo. Espresa el casi-dominio como raíz de la vindicatoria. Da á la exhibitoria el carácter de acumulativa, indicando su oposicion probable por las escepciones de transaccion, cosa juzgada, prescripcion y *falta porcionera* en el sucesor legitimo contra el legatario presunto. Se aconseja acumular con la reivindicatoria la publiciana, sin necesidad de espresar el título de dominio para evitar estrechez en la prueba, bastando demostrar haber sobrevenido el dominio transferido al actor, al cual pueden oponérsele las escepciones comunes de cosa juzgada, juramento, transaccion y las especiales de prescripcion, retencion compensatoria y entrega por venta. Se da vindicatoria útil en el derecho

enfitéutico y dotal al marido, por la dote que puede reclamar la mujer en cuyo daño se ha enagenado.

La posesion de buena fé se equipara al dominio, en lo cual se funda la Publiciana, á la que se oponen dos escepciones: la de *legitimo dueño* y la de *igual derecho*. Obsérvase sobre la *rescisoria*, que no corriendo la prescripcion contra el que pruebe justa causa para invalidarla, no hay necesidad de rescindir, sino de anular por la vindicatoria de dominio. A la Pauliana se la escepciona de *oneroso* con buena fé. A la peticion de herencia del heredero testamentario, legitimo ó convencional, se oponen todas las escepciones que invalidan una última voluntad, de nulo, roto, irrito, destituido, inoficioso, siendo la queja de este una especie de peticion. La de los legitimarios desporcionados es personal: contra la vindicatoria de legado, además de las escepciones que invalidan el testamento, hay la de *ademcion*, traslacion, adscripcion, estension é insuficiencia.

Por la negatoria de servidumbre se pedian tambien los derechos *banarios*, aunque consistian en hacer, y de los cuales quedarán ya pocos, si alguno. Como escepcion de servidumbre aprovechan: de servicio aun no constituido; falta de utilidad, constitucion por el que no era dueño; nulidad testamentaria; prescripcion ó no uso; consolidacion; remision y dolo malo. Contra la hipotecaria se opone la escepcion de *escusion*.

Los pactos no difieren en eficacia á los contratos, y no se conocen las estipulaciones y accion de ley, escepcionándose como en aquellos con el error, el dolo, el miedo, la simulacion, la cesacion de la causa de deber, la falta del asentimiento tutorial ó curatorio, la torpeza ó imposibilidad de la promesa. En los contratos la accion de *mútuo* es necesaria; y se escepciona por los menores y municipios la no inversion y el dinero no contado en sesenta dias, además de la paga, compensacion y prescripcion de treinta años. Nacen tambien de los cuasi-contratos acciones directas y contrarias; y por escepcion contra el gestor de negocios, la de causa benéfica, la de gastos excesivos, de propio lucro, prohibicion por el dueño. Aquí corresponden las condiciones de *indebido*, *sin causa*, por *causa de lo dado*, por *causa escandalosa ó torpe*, por *condicion especial de ley*, procurando la revocacion, como en la de donacion por ingratitud. Por contrato ageno se dan por acto de dependiente, procurador, hijo aprovechado del pacto.

Siendo todas las obligaciones consensuales, no ha lugar á la verbal, ni literal. Hay una accion especial portuguesa, llamada asignacion de diez dias, dentro de los cuales el deudor pruebe la paga y escepciones, la cual se parece á nuestro término del *encargado* en las ejecuciones, y ha de suscitarse por título de ejecucion *aparejada*. En el interdicto *retentivo* no vale la escepcion de dominio, sino probado *incontinenti*. El recobradorio puede usarse contra los *locadores*; para las cosas muebles é incorporales, como honores, sin que se admita la escepcion de dominio que se rechaza en odio del despojo, imitándose nuestra legislacion, que hasta castiga

penalmente al dueño invasor. Pero hay la escepcion especial de defensa posesoria, ó sea el interdicto *retentorio*. Llámase el recobradorio de *fuera nueva*, y es sumario, interpuesto dentro del año y día. El de adquirir se da principalmente en las herencias y derecho vincular, trasmitido como en España por virtud de la ley; y se escepciona con las generales contra el testamento, y las especiales de posesion ya lograda, viviendo el testador, ó que no estaba en el patrimonio de esta la cosa pedida. En cuanto á los interdictos de obras, solo hay que observar que se conoce la edificación bajo caucion demolitoria.

Finalmente, se pueden acumular varias acciones, siempre que nazcan de un mismo hecho, y aun muchas deudas de varias causas, como de préstamo, locacion, venta, etc.

### CIVILISMO.

#### FRANCIA.

No hay division especial.—Accion de repudio de paternidad ó negatoria.

No hay en el Código civil division especial para las acciones, y lo relativo á ellas se encuentra esparcido en las diversas entidades legales de que nacen, como podrá haberse notado en las materias hasta aqui esplicadas. Así al tratar de los muebles é inmuebles, se han dicho las acciones que tenian este carácter, y al hablar de la familia, se han notado las relativas á sus modificaciones. En este punto debemos advertir que la ley de 6 de diciembre de 1850 llenó un vacío de la legislacion, declarando al marido accion de repudio de la paternidad contra el nacido de su mujer despues de trescientos días del auto del presidente, en que vista la no conformidad de los cónyuges en seguir unidos, los envia á conciliacion; ó contra el nacido antes de ciento ochenta días desde la reconciliacion ó no admision de la demanda en separacion; en todo caso, siempre que no haya habido union de hecho.

Salvos los respetos que debemos á un Código de tanta autoridad como el civil francés, diremos que hallamos un gran defecto en no haber dedicado un tratado especial á la clasificacion y distincion de las acciones. La prueba está en que el Código de procedimientos, para decidir, por ejemplo, las competencias, distingue entre las acciones reales, las personales y las mistas; pero no hay en el Código civil regla para distinguir estas acciones. Igualmente en la prescripcion, que está al fin del Código, nos habla de acciones reales y personales, sin haberlas definido y caracterizado, ni haber puntualizado antes sus efectos.

#### GERMANISMO.

No hallamos especialidad alguna notable sobre las acciones en las ramas teutónica, helvética ó escandinava, mientras en la anglicana ó anglo-sajona tenemos esta particularidad, análoga á la del antiguo derecho romano.

### INGLATERRA.

Acciones inmutables.—Carácter peculiar por *ofensa* y *tenencia*.—Accion *eyectoria* ó *espulsoria*.—Interdictos.—Acciones vindicatorias por *forma de don*.—Atropello.—Incomodidad.—Dispendio.—Perturbacion.—Cédula cancelaria.—Equidad.—Competencia por posiciones, testimonio escrito, mayor eficacia, garantia, fideicomiso.—Enflar la demanda.—Carácter autoritativo de las acciones.

Se consideran las acciones fijas é inmutables, á no ser por acta del Parlamento; y se dividen en reales, personales y mistas; pero las reales, dirigidas á la vindicacion de los inmuebles en toda tenencia, ó en reversion, ó por vida, no se usan por la gran necesidad de pruebas y requisitos, supliéndolas con las personales ó mistas. Se ha adoptado un procedimiento semejante al de los romanos, al abandonar la vindicatoria por la Publiciana, lo cual se ha imitado tambien en todas las legislaciones fundadas en la romana. Pero en Inglaterra habia dos particularidades: una que toda accion se consideraba con cierto carácter criminal, como una queja en reparacion de una ofensa; y que toda propiedad inmueble se consideraba como tenencia del poder público, y por tanto con un carácter preferente de ocupacion y presuncion á favor del ocupante. De esto resultaba en las reales la necesidad en el actor de probar la ofensa, que no podia ser otra que algun menoscabo de su posesion; y respecto del demandado poseedor, es preciso probarle algo que invalide esta posesion. Entre nosotros, como se reconocen *nudas* posesiones y posesiones *precarias*; como se da el interdicto de adquirir contra el que posea sin ser dueño ó usufructuario, no hay la dificultad que en Inglaterra; pues por medio de él puede cualquier titular conseguir la posesion contra el que no posea á titulo de una de esas dos calidades. Pero en Inglaterra, donde es preciso una *ofensa* del demandado al demandante, y donde la posesion locataria detiene el curso del interdicto de adquirir, lo mismo que la posesion dominical ó usufructuaria, es preciso buscar contra el locatario su accion posesoria específica, que es el interdicto *espulsorio* de *lanzamiento*. Para su procedencia se necesita un *contrato* de que haya provenido *ofensa* al actor, y además con él una posesion que le autorice para desposeer al locatario. No habiéndolas en el actor, que por otra parte tenia un título suficiente *á la cosa*, se producen legalmente, ó como suele decirse, se fingen legalmente. En nuestra legislacion, la ficcion legal está en la legislacion misma, que finge la trasmision ó entrada de posesion en varios casos, aun cuando no la haya realmente. Pero en Inglaterra, que rige en parte la *costumbre* y en parte el *literalismo* de la ley, y que además hay la division de hecho y derecho, siendo aquel de competencia del jurado, la ficcion tiene que verificarse en cada caso en la actuacion del tribunal. Así es que para hallar en este competencia de derecho, necesita el actor suponer tres hechos, á saber: un contrato de arriendo, posesion del arrendador y espulsion por el detentador, los cuales deberian ser probados por el jurado, pero que son admitidos por el